

BIBLIOTECA JURÍDICA DE AUTORES
ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

E. PESSINA

Elementos de Derecho = penal =

Segunda edición, aumentada.

HIJOS DE REUS, EDITORES
Cañizares, 3 duplicado. - Madrid

BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

En esta importante biblioteca aparecerán las más notables obras doctrinales de autores nacionales y extranjeros de reconocida competencia.

VOLÚMENES PUBLICADOS

- I.—**Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho civil y en Derecho penal** (1.^a edición, corregida y notablemente adicionada). Tomo I, por Eduardo BONNIER, Profesor de Derecho en la Universidad de París, con importantes notas doctrinales de VICENTE Y CARAVANTES, y apéndices del Derecho español é hispano-americano moderno, por RIVES Y MARTÍ.—Un vol. en 4.^o de 640 págs.: 10 ptas. en Madrid y 10,50 en provincias.
- II.—**Tratado de la propiedad industrial**, por Agustín RAMELLA. Tomo I.—Un vol. en 4.^o de 570 págs.: 9 ptas. en Madrid y 9,50 en provincias.
- III.—**El sistema formulario**. Estudio para su adaptación al Enjuiciamiento civil contemporáneo, por José CATALÁ Y FLUJÁ, Presidente de la Audiencia de Barcelona.—Un vol. de 250 páginas. Precio: 4 ptas. en Madrid y 4,50 en provincias.
- IV.—**Elementos de Derecho penal**, por Enrique PESSINA, Catedrático de la Universidad de Nápoles. Obra traducida del italiano por Hilarión GONZÁLEZ DEL CASTILLO, prologada y adicionada con arreglo al Derecho español de entonces, por Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, Catedrático de Derecho penal. (2.^a edición, notablemente aumentada conforme á la legislación vigente, y adicionada con las doctrinas científicas modernas por E. CUELLO CALÓN, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona.) — 15 ptas. en Madrid y 15,50 en provincias.

EN PRENSA

La sentencia indeterminada, por Luis JIMÉNEZ ASÚA.

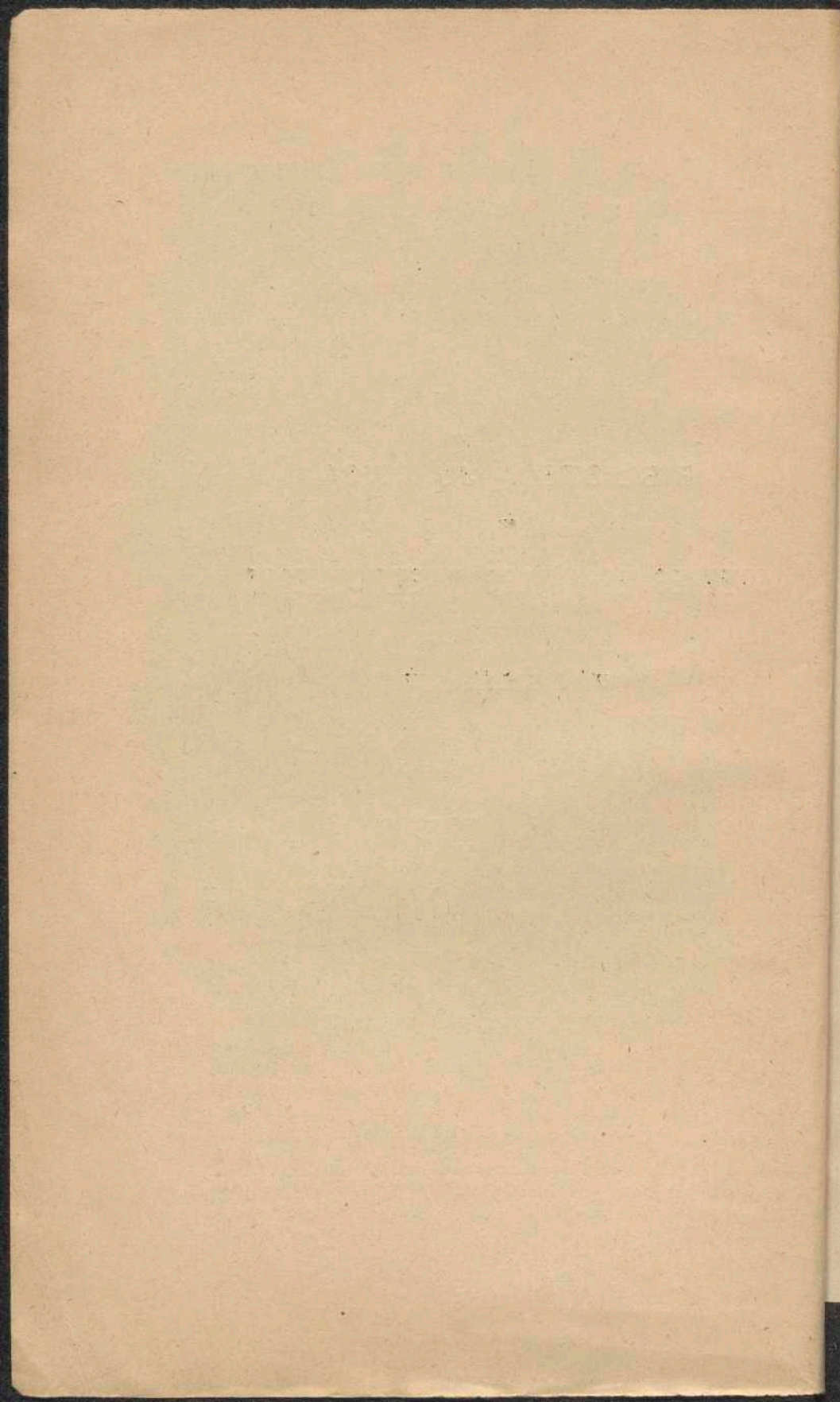
Tratado de Derecho penal, por Franz Von LISTZ, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Berlín, con importantísimos apéndices adicionales, por Quintiliano SALDAÑA, Catedrático de la Universidad Central.

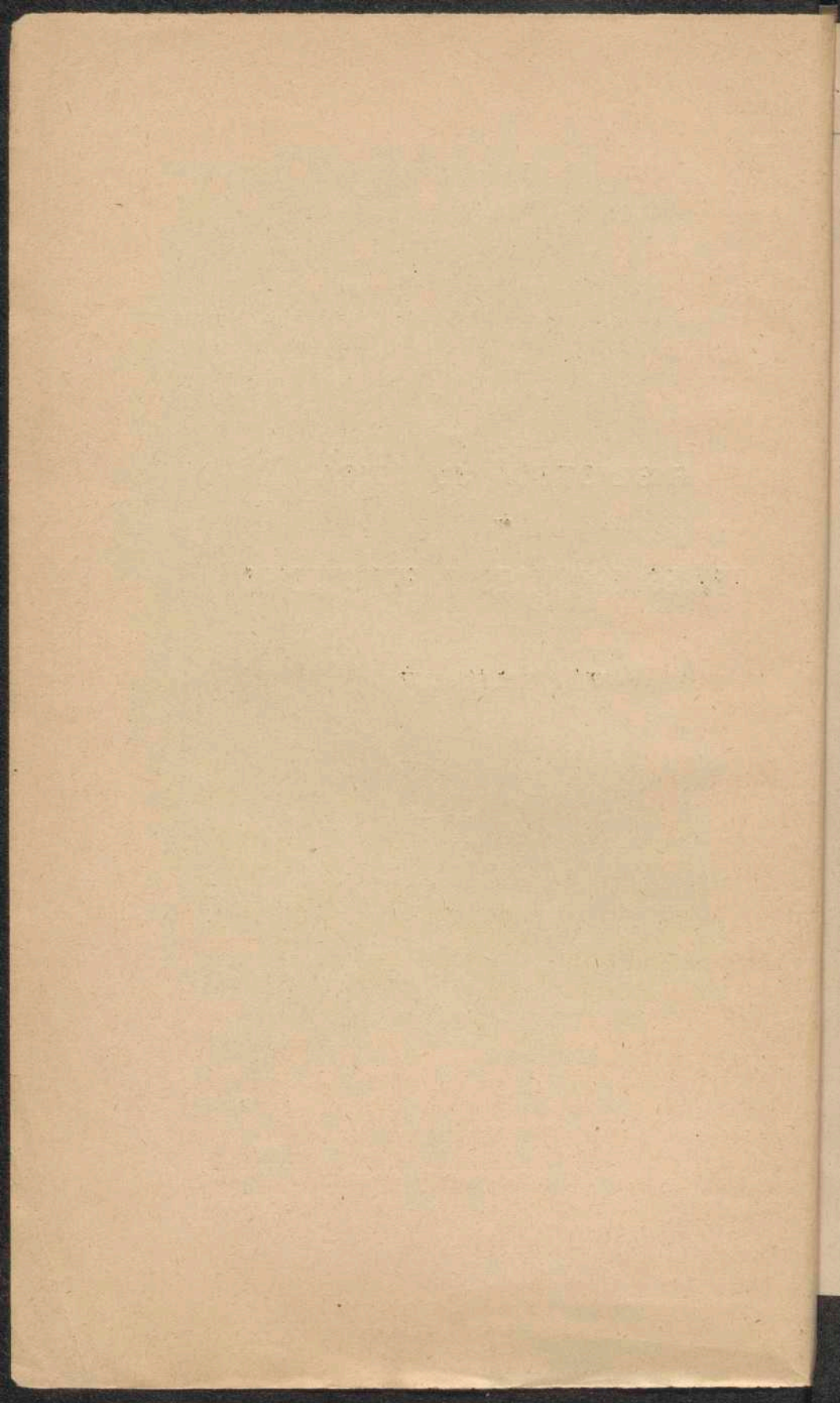
T. 519952

R
15941

BIBLIOTECA JURÍDICA
DE
AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

VOLUMEN IV





(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA)

CURSO DE 1915 A 1916

PROGRAMA DE DERECHO PENAL.

POR

DON. PEDRO DORADO MONTERO.

A D V E R T E N C I A .

Para aprobar esta asignatura con arreglo al presente programa es necesario contestarlo en su totalidad, bien y circunstancialmente.

Para obtener la calificación de Notable hay que saber mucho; para la de Sobresaliente muchísimo.

R U B R I C A D O

P. Dorado.

ELEMENTOS
DE
DERECHO PENAL

POR

ENRIQUE PESSINA

Catedrático de la Universidad de Nápoles.

TRADUCCIÓN DEL ITALIANO

POR

HILARIÓN GONZÁLEZ DEL CASTILLO

Licenciado en Derecho.

prologado y adicionado con arreglo al Derecho español de entonces

POR

FÉLIX DE ARAMBURU Y ZULOAGA

Catedrático de Derecho penal

SEGUNDA EDICIÓN

*anotada conforme á la legislación vigente
y adicionada con las doctrinas científicas modernas,*

POR

EUGENIO CUELLO CALÓN

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona.

MADRID

HIJOS DE REUS, EDITORES

CAÑIZARES, 3, DUBLICATO

1913

12.344.865


~~~~~  
ES PROPIEDAD DE LOS EDITORES  
~~~~~

BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

PROSPECTO

Hay un viejo prejuicio de hondo arraigo en el sentir de muchas personas cultas que no por ello deja de ser muy infundado. Mediante él ha querido elevarse á la categoría de dogma el pretendido divorcio entre la teoría y la práctica. Bien parece á los que así piensan el teórico en su gabinete de estudio, pero muy mal en la realidad: según ellos, el sabio médico no reúne las mayores garantías de ser un buen clínico; el docto jurisconsulto, cultivador de la filosofía del Derecho, infunde graves sospechas de ser un abogado mediocre que, por su propensión al idealismo y la lucubración semimetafísica, está muy expuesto á dejarse coger entre las redes de la realidad, menos sutiles, pero más tupidas que las de la dialéctica, y que, manejadas por un adversario diestro, pueden poner en serio peligro al erudito pensador.

Sería interesante averiguar si estos peligros son más reales que otros contra los que se declama muy poco: los del empirismo rutinario, que, antes de tomarse el trabajo de investigar el porqué de las cosas y la naturaleza de las instituciones, para hacer posible su progreso, prefiere seguir realizándolas y viviéndolas sin comprenderlas y sin darse ni poder dar más razón de ser de su existencia que la tradición y la costumbre.

La virtud del término medio triunfa aquí, como en otras muchas ocasiones: la cultura ha de ser integral, so pena de resultar indigna

de tal nombre. Teoría y práctica, principios y realidad, se completan mutuamente, y para vivir una ciencia ó una profesión cualquiera se necesita conocer *cómo* se hacen las cosas tanto y en el mismo grado que su *porqué*.

Esta elemental consideración, unida al deseo de dar á conocer las obras maestras de la literatura jurídica patria, movió á nuestra Casa Editorial á acometer la empresa de publicación de la **Biblioteca Jurídica de Autores Españoles**, y en la actualidad podemos ufanarnos de no haber defraudado las esperanzas que desde su comienzo cifró en ella el público. Cuarenta años han pasado desde su fundación, y durante ellos hemos dado cabida en su colección á las obras más notables que sobre el Derecho, considerado en su aspecto científico, han publicado los escritores nacionales; los ilustres nombres de sus autores (Dorado, González del Alba, Estasén) bastan para poner de relieve la selecta elección de sus volúmenes. De esta manera, y una vez que por medio de nuestra *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, especialmente en sus cuatro últimas secciones, habíamos procurado facilitar los elementos deseables para el conocimiento y cultivo del Derecho, en su aspecto positivo, redondeábamos nuestra obra facilitando el estudio del Derecho científico.

Pero así como el Derecho constituido lleva por modo ineludible, hondamente impreso, el sello de la nacionalidad, el Derecho doctrinal es la más universal de las ciencias humanas, y para su conocimiento completo es preciso no ceñirse á la literatura jurídica de un solo pueblo. Entendiéndolo así, comenzamos en 1897 la publicación de la **Biblioteca Jurídica de Autores Extranjeros**, que más tarde se refundió con la anterior, y en la que han aparecido obras tan interesantes como *El tratado general de la prueba en Derecho civil*, de Lessona; las *Nociones fundamentales del Derecho civil*, de Bemmelen, y otras tantas debidas á las plumas de Mittermaier, Bertillon, Ellero, Pessina, Mancini, Ortolan, Mortara, Pugliesi, Fiore, Ruben de Couder, Chironi, Grasserie, Cogliolo, Ramella, y últimamente la célebre *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, de Giorgi, con la que hemos obte-

nido uno de los más señalados éxitos de nuestra ya larga vida editorial.

La actual **Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros** comprenderá obras que abarcan todas las ramas del Derecho (procesal, civil, penal, internacional, mercantil, etc., etc.), y la docta dirección del Sr. Azcárate es la mejor garantía de que continuará por los brillantes derroteros que hasta aquí ha seguido.

Siendo el Derecho marco que abarca y condiciona toda la vida social y política, su estudio es provechoso, y á veces indispensable para las personas que, por su posición y circunstancias, están llamadas á intervenir, de modo más ó menos directo, en la solución de los problemas que agitan á nuestro siglo, ya en las esferas serenas de la ciencia, ya en las más tempestuosas de la vida; he aquí por qué, indudablemente, los tomos de nuestra **Biblioteca** han hallado tan calurosa acogida, no sólo entre el público de los profesionales de los estudios jurídicos, á quien especialmente se dirigen, sino también entre el general de los estudiosos. A uno y otro brinda sus esfuerzos nuestra Casa Editorial, haciendo el propósito de ser, en esta como en todas sus demás publicaciones, fiel á los compromisos que la crean su historia y el favor recibido de los hombres de ciencia que siempre la alentaron con su valioso concurso.

La **Biblioteca** se publicará en elegantes volúmenes en 4.º, de numeración correlativa, y el precio de cada uno de ellos irá siempre en relación á su extensión, y queremos que todas las producciones nacionales y extranjeras, en el orden jurídico, aparezcan incluidas en esta importante empresa editorial.

A todos los que nos presten su valiosa ayuda, suscribiéndose á los volúmenes que en lo sucesivo publiquemos en esta **Biblioteca**, se les concederá, por su valioso apoyo, el **10 por 100** del precio que se fije á los volúmenes de la misma, para lo cual les bastará tan sólo con remitir, debidamente extendido, el siguiente

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN (1)

D. _____, vecino
de _____, provincia de _____
calle _____, núm. _____, se suscribe,
desde el tomo _____, á la Biblioteca Jurídica de Autores
Españoles y Extranjeros (2), con el descuento del 10 por 100
del valor que se fije á los volúmenes que desea recibir en (3) _____
_____, y que abonará conforme vayan publicándose.
_____ de _____ de 191_____

El suscriptor,

(1) Deberá remitirse á la Casa Editorial, franqueado como carta, para evitar extravío.

(2) Esta suscripción puede suspenderse cuando el suscriptor estime conveniente hacerlo, no obligando á todos los volúmenes de la Biblioteca. Caso de que el suscriptor posea algunos volúmenes de esta Biblioteca, deberá indicarlo, para evitar duplicidad de envío.

(3) Deberá indicarse si desea recibir los volúmenes en rústica, ó en pasta española.

A MODO DE ADVERTENCIA

La obra de Pessina, el glorioso Maestro italiano, conserva y conservará siempre un mérito extraordinario, pero el transcurso del tiempo le ha convertido en un libro anticuado el que en vano se buscarían datos relativos á los problemas en penales planteados en los últimos años.

Las notas que el Sr. Aramburu adicionó (1), modernizaron el libro respetable y remediaron por completo la vetustez de la obra italiana que, no obstante, seguía manteniendo su vieja reputación. Pero la tarea que tan brillantemente desempeñó el entonces profesor de Oviedo, tiene veinte años de fecha y desde entonces al momento presente los estudios penales han sufrido una completa renovación, una transformación muy profunda. Han aparecido nuevas teorías, se han creado instituciones antes desconocidas, problemas apenas sospechados se han presentado en el campo penal, y dentro del orden legislativo se han elaborado muchos códigos y leyes penales inspirados en un espíritu diferente del que hasta hoy había dominado en la legislación criminal. En una palabra, el derecho penal de hoy es muy diverso del derecho penal reinante hace veinte años.

Con objeto de incorporar estos nuevos aspectos de la ciencia penal á la obra de Pessina y á las páginas de Aramburu

(1) Están publicadas á continuación de cada capítulo de la obra, con tipo menor, y van señaladas al comienzo de cada una con **

he redactado, por encargo de los editores Srs. Hijos de Reus, las notas que más adelante encontraría el lector (1). Allí he procurado exponer las más importantes teorías modernas relacionadas con los puntos desenvueltos por Pessina y al mismo tiempo dar á conocer las innovaciones hechas posteriormente en el derecho positivo, no solamente en el español, sino también en el de otros países.

Eugenio Cuervo Calín.

Barcelona, Noviembre 1912.

(1) Estas notas van publicadas en el libro, por capítulos, á continuación del trabajo original del Sr. Aramburu, y señalados con ●

PRÓLOGO

El traductor de este libro es un antiguo discípulo del autor de estas líneas, que acaso con el título de Prólogo llevan un título excesivo, porque apenas serán otra cosa que una *nota* más, destinada á explicar á qué se debe y la forma en que aparece la versión española de una obra extranjera, justa y unánimemente celebrada.

Aquel antiguo discípulo, que mientras oficialmente tuvo tal carácter en la cátedra de Derecho penal, mostró tan feliz aptitud y tan decidida devoción á la ciencia, como adhesión y afecto á su Profesor, y que desde entonces y hasta la fecha sigue ocupando un puesto entre los alumnos, sin que para ello le embaracen los títulos académicos obtenidos al fin de su honrosa carrera universitaria, —pudo oírme en más de una ocasión lamentar la deficiencia ó escasez de obras nacionales de índole didáctica, con cuyo auxilio pudiera contarse en la enseñanza de aquella importante asignatura; deficiencia ó escasez que hubo de acentuarse cuando se agotó la edición del tratado que el ilustre penalista D. Luis Silvela publicara con el título «El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España» (obra de reconocido mérito, la más adecuada al objeto, y la más conforme también con

mis humildes opiniones doctrinales), sin que su autor, por razones que desconozco y respeto, se cuidara de la reimpresión esperada. Y pudo oírme, á la par que esto, citar una y otra vez con elogio la obra de Pessina, encomiar la lucidez de juicio y la copia de precedentes y datos que la avaloran, deferir con frecuencia á sus autorizados dictámenes, y sobre todo, poner en su sitio, que es eminente, las raras dotes de sabio y concienzudo expositor que distinguen al insigne Profesor de Nápoles.

Sin duda por virtud de aquellas lamentaciones y de estos encomios, surgió en mi buen amigo el Sr. González del Castillo la idea de traducir este libro, idea que se convirtió en decidido propósito cuando por sí mismo pudo penetrarse de que con ello había de prestar un verdadero servicio docente, rindiendo á un tiempo oportuno tributo á la fama del maestro italiano (que sin reserva alguna le autorizó para realizarlo) y á la cultura jurídica de nuestro país, que no está sobrada por cierto, de este linaje de importaciones en el comercio del pensamiento. Y si Italia, con ser Italia, cuna y domicilio predilecto de la ciencia penal, hoy mismo no se desdeña de vestir con las galas de su armoniosa lengua las obras de Berner, Le Sellyer, etc., no será mucho que nosotros, ya que no descolláramos antes ni descollemos ahora por la originalidad y el nervio de tales estudios, mantengamos el empeño noble de divulgar lo bueno que de fuera de España pueda venirnos. Y digo mantener, porque confesada esa relativa indigencia, nunca faltó aquí quien disputara la modesta gloria de mostrar y traducir los trabajos del saber nacidos en extraño suelo, desde el famoso de Beccaria hasta los de la moderna escuela positiva.

Al tocarle hoy el turno á uno de Pessina, eximio como suyo, y el más completo y más amorosamente elaborado, bien cabe asegurar que ni al autor ni á la obra les faltan cuantos prestigios y cualidades pueden apetecerse para justificar el intento de quien le traduce y le edita, y garantizar un feliz éxito. La personalidad de Enrique Pessina es por todos conceptos saliente y respetable en su patria, y conocida y respetada donde quiera. Nacido en Nápoles el 7 de Octubre de 1828, y demostrando su aptitud y vocación para la ciencia desde los primeros años, apenas contaba quince cuando publicó un *Cuadro histórico* de los sistemas de filosofía, que le valió calurosos y públicos plácemes. Con el amor de la ciencia uníase en él un amor entusiasta por la libertad, y en 1848, fecha memorable en los fastos revolucionarios, tomó parte en el movimiento de su país, y le secundó como patriota y con su pluma y con su palabra, según lo prueba su *Tratado de Derecho constitucional* (1849), valiente exposición de sus ideas avanzadas, y su atrevida defensa del diputado Barbarisi, que le acarrearón persecuciones repetidas de la autoridad imperante, sin que la cárcel ni el destierro amenguasen su ardimiento. Todavía en 1860 se le expulsó de nuevo de Nápoles, y llamado á Bolonia por el Gobierno dictatorial de la Emilia, nombrósele Profesor de la célebre Universidad, y explicó en ella un curso de Derecho político. Con la caída de los Borbones volvió á Nápoles, donde tras de desempeñar importantes cargos en la carrera judicial y proseguir sus tareas forenses, aceptó la cátedra de Derecho penal, que hasta el presente conserva, enalteciéndola con sus doctísimas enseñanzas y consagrándole sus mayores preferencias. El voto de sus conciudadanos le llevó al Parla-

mento en varias legislaturas, y en 1879 fué nombrado Senador del Reino, después de haber formado parte del Ministerio Cairoli en el año anterior, con la cartera de Agricultura y Comercio. En 1884 entró otra vez en el Gobierno como Ministro de Gracia y Justicia, y permaneció en él hasta fin de Junio de 1885. Su intervención oficial en la obra legislativa de su patria, para la que su competencia le capacitaba singularmente, arranca de larga fecha, pues designado miembro de la Comisión encargada de la revisión y unificación de las leyes italianas, redactó el preámbulo que figura al frente de los Códigos penal y de procedimiento criminal en 1859; en 1865 formó parte asimismo de una Comisión análoga; en 1877 figuró en la de jurisconsultos creada por el Ministro Mancini, con el fin de preparar el nuevo Código, y fué después Relator de la Comisión parlamentaria sobre el libro primero del mismo Código penal, que después de tan larga gestación—harto distinta de la que en España suelen tener semejantes empresas—rige en la nación hermana, y para honra suya, desde 1.º de Enero de 1890.

Infatigable en sus tareas, apenas podemos dar una enumeración completa de sus escritos. Intentándolo, sin embargo, citaremos, á más de los ya citados antes, los siguientes: Traducción italiana del *Tratado de Derecho penal* de Rossi, con introducción y notas (1853); *Estudios sobre la filosofía moral de los antiguos* (1860); *De la pena de muerte*, refutación de un escrito de Vera contra su abolición (1863); *Desenvolvimiento histórico de la doctrina de la expiación, como fundamento del derecho de castigar* (1863); *Filosofía y derecho*, (1868); *De los progresos del Derecho penal en Italia en el siglo XIX* (1868); *Reflexiones sobre el Código*

penal belga de 1867 (1868); *Apuntes sobre el proyecto de Código penal del Ministro Vigliari* (1875); *Tres lecciones sobre la pena capital* (1875); *Sumario de lecciones sobre el procedimiento penal italiano* (1878); *Estudios sobre Voltaire* (1878); *El Naturalismo y las ciencias jurídicas* (1878).

Tan valiosos trabajos, siempre esperados con afán y leídos con deleite por los hombres doctos, atrajéronle distinciones científicas sobradamente merecidas. Profesor de mérito de la Universidad de Bolonia y Socio correspondiente de la Real Academia de Roma, es también Pessina miembro honorario de la Facultad de Derecho en la Imperial Universidad de Petersburgo, de la Sociedad jurídica de Berlín y de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación; y cuando en 1878 llevó al Congreso penitenciario de Stokolmo la representación oficial de su nación, los congresistas le eligieron Presidente de la sección primera, deferentes á su justo renombre; y cuando la muerte hizo en 1888 caer ed las manos del gran penalista Carrara la bandera de la gloriosa escuela clásica italiana, ninguno con más títulos pudo recogerla que el ilustre Profesor de Nápoles.

Si pasamos ahora del autor á la obra, cuya primera parte aparece hoy en lengua castellana, diremos que fué preparada por otrás publicaciones de igual índole, que vieron la luz en 1858 y en 1865, y que tal como al presente es, la dió Pessina á la estampa desde 1882 hasta 1886, y debe considerársela como maduro fruto de sus constantes investigaciones y de su larga práctica en la enseñanza. Consta de cuatro volúmenes, de los cuales el primero comprende la parte general, los dos siguientes la especial, y el último una *Sipnosis del procedimiento penal*. Al fin

del volumen tercero, y en calidad de suplemento, figuran interesantes monografías referentes al derecho penal contenido en leyes especiales y á la ciencia penitenciaria. En todos ellos abundan noticias bibliográficas muy cumplidas, colcadas al frente de cada capítulo y al pie de muchas páginas; precedentes históricos, escogidos con oportunidad y discreción notorias, singularmente en las fuentes del Derecho romano; referencias á la legislación positiva extranjera y á la de Italia, que se puntualiza y comenta con sobriedad y acierto; y prestando fondo consistente á estos elementos, una exposición, admirable por su claridad y método, de las doctrinas científicas profesadas por el autor sobre las instituciones y problemas que integran la materia del estudio, sin preterir, cuando el caso lo reclama, las opiniones de otros autores, dignas de ser conocidas. Resulta de esta suerte una obra muy completa y en gran manera apropiada á las necesidades de la enseñanza, como correspondía á jurisconsulto tan eminente y á maestro tan experto.—Escribir un buen libro de los llamados de texto, es labor muy difícil y temerosa, siquiera haya muchos que la acometan con lamentable audacia, apenas las circunstancias los colocan en el sitio del magisterio público; sólo quien domine la ciencia con aquel dominio que se obtiene tras de prolijas meditaciones y asiduas lecturas, y quien á la vez cuente con las luces y auxilios que la aprovechada experiencia de la cátedra proporciona, está en las condiciones propias para dar cima á aquel intento. Es preciso saber mucho para decir lo indispensable, y tener larga práctica para decir lo oportuno. Por el camino que en España suele seguirse (y no es, por fortuna, en la enseñanza superior donde el vicio se revela más), sólo se va al plagio

desvergonzado, al fracaso vanidoso ó al mercantilismo repugnante.

Hay gentes que poniendo la ciencia á par de la indumentaria, buscan sólo el último figurín, esto es, el libro último. Para ellas, es posible que el de Pessina, con ser bastante reciente, resulte un poco anticuado, y más si saben que es de un penalista *clásico* y que anda ahora rodando por el mundo una ciencia penal *nueva*. Es tan ajeno á la ciencia aquel afán, y sería tan risible este juicio, que no debiera detenerme en mentarlos. Yo de mí sé decir, que jamás dí por perdido el tiempo que consagré á los grandes penalistas; con estar ya lejos Beccaria, Romagnosi, Bentham, Rossi, hube de sacar más provecho de su lectura que de la mayor parte de flamantes volúmenes; ¡y cuántas veces, al leer unos y otros, me percataba de que hay muchos descubridores de Mediterráneos... penales!—La ciencia, se ha dicho, progresa, no se rehace; no nace todos los días una estrella; y no siempre lo nuevo es lo mejor, dado que sea nuevo. El libro de Pessina es moderno, porque es moderno y porque es bueno.—¿Necesitaba, sin embargo, algún complemento al ser publicado ahora en España? La empresa de la *Revista de Legislación* (que, dicho sea de paso, viene trabajando de tiempo atrás con ahinco y competencia meritísimos por la cultura jurídica nacional), ha entendido que sí, y seguramente no ha errado; pues escrito el libro en Italia, era natural que se consagrara en él atención singular á la legislación italiana, mientras que destinado ahora al público español, era conveniente adjuntarle la doctrina legal contenida en nuestro Código; y, por otro lado, como quiera que la escuela antropológica positivista ha alcanzado, desde la fecha en que el libro apare-

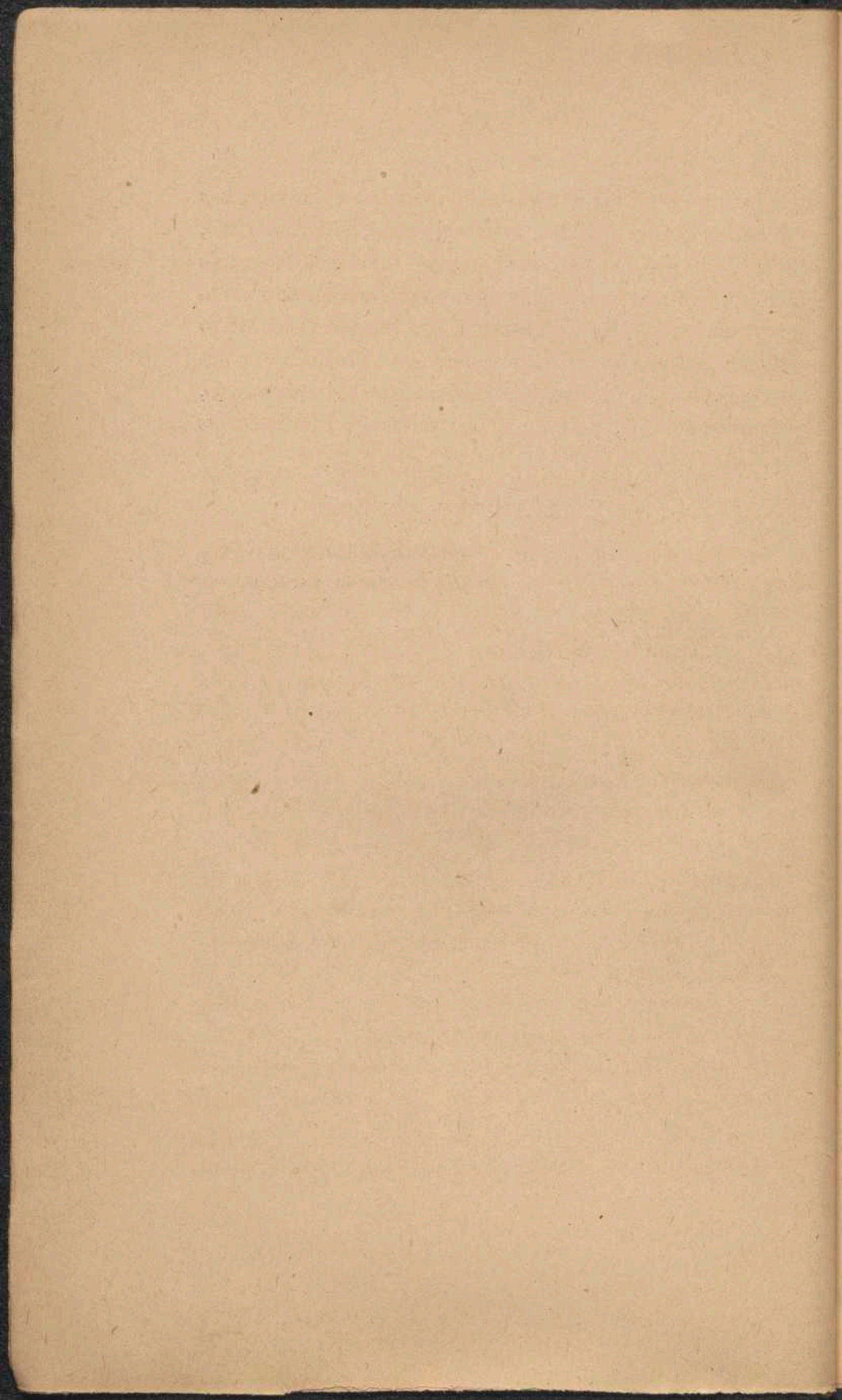
ció, desarrollo y resonancia á que nuestra nación no es en absoluto extraña; tampoco holgaba adicionarle noticias tocantes á este respecto. Con tales complementos, el servicio que estuviera llamada á prestar la presente edición, acrece sin duda alguna; y aun el prurito de novedad, á que antes aludí, quedaba satisfecho hasta cierto punto. Sólo pudo haber error en que esos complementos corriesen á mi cargo, cuando no faltaría quien llenara el cometido con mayor acierto, aunque no con mejor voluntad. Acepté, no obstante, la insistente propuesta, y no me movió poco á ello el vínculo moral que me ligaba al querido y *sugestionado* traductor, que había formado decidido empeño en hacer una traducción verdad (empeño nada infructuoso, como verá el lector); y que, contribuyendo por su parte á *poner al día* el libro de Pessina, sustituyó en el texto las referencias á la ley penal vigente á la sazón en que el autor le publicara, con las disposiciones del nuevo Código italiano; por todo lo cual, era un deber en mí proporcionarle cuantas facilidades y auxilios de mí dependieran.

Hube, por tanto, de redactar las notas que figuran al final de cada capítulo, y con las que se pretende servir, en primer término, las antes mencionadas exigencias; pero declaro que no me limité á ellas, y que en diferentes ocasiones muestro mi disconformidad con el criterio del autor, ó intento suplir alguna deficiencia, ó presento reparos al plan con arreglo al cual se hallan distribuídas las materias. La sinceridad de mis convicciones y el vivo deseo de coadyuvar á la más acabada satisfacción del fin didáctico de la obra, tal vez me hayan llevado más allá de lo que fuera menester: *adhuc sub iudice lis est*. De lo que me toca responder personal y paladinamente, es de que jamás per-

dí de vista en mi tarea las consideraciones y los respetos que al autor eran debidos; homenaje rendido á la verdad, que reclama respecto y consideración supremos, son mis elogios como mis censuras, valgan lo que valieren; y al colocar mis incorrectos renglones á continuación del texto magistral, al asociar mi nombre oscuro al brillante nombre de Pessina, nunca pasó por mi mente el *Arcades ambo*, y siempre me dije, y repito ahora para terminar: *Davus sum, non Edipus*.

F. DE ARAMBURU Y ZULOAGA.

Oviedo.



INTRODUCCIÓN

I

NOCIONES PRELIMINARES SOBRE EL DERECHO PENAL Y SOBRE SU CONOCIMIENTO CIENTÍFICO

§ 1. Un hecho que por su reproducción en todos los tiempos y en todos los lugares de la historia, puede decirse que se presenta como una constante tradición de la sociedad humana, es el de la justicia penal, por la cual, el hombre, considerándose como investido de un deber sagrado, somete á su semejante á la eficacia de un castigo, cuando se ha convertido en autor de algún hecho que se considera como una transgresión de los principios en que se apoya la vida social. Ni siempre fué igual la forma en que este hecho se presentó, ~~ni~~ siempre fué regulado por las mismas leyes; sino que, á semejanza de las varias lenguas en que se ha ramificado el lenguaje humano, cada nación ha establecido un sistema jurídico acomodado á su índole, á sus costumbres, á su cultura, y por eso ni todos los pueblos han considerado siempre las mismas acciones como constitutivas de delito, ni las han castigado con igual pena, ni han seguido el mismo procedimiento para someter los hechos criminosos á su debida punición. Pero á pesar de la variedad de tiempos y lugares, se ha transmitido de nación á nación, de edad á edad, un principio general como patrimonio de la humana convivencia, esto es, el castigo de aquellos hechos que han sido vistos como infracción del orden social; principio que ha originado una serie de reglas, un número mayor ó menor de preceptos consagrados ó por la costumbre ó por la ley. La reunión de estos principios relativos al castigo del delito es lo que se ha llamado *Derecho criminal* ó *Derecho penal*, según que se consideró el hecho individual de la transgresión, al que se contrapone la puni-

ción, ó el hecho social de la misma punición, como imprescindible consecuencia del mal que en la transgresión se contiene.

§ 2. El Derecho criminal ó penal es parte de un organismo mayor, el Derecho, y es preciso, por lo tanto, investigar el lugar que en este organismo ocupa aquella parte. El Derecho en su totalidad es el conjunto de ciertos preceptos impuestos á los seres humanos, y en los que se encierra todo aquello que siendo posible al humano obrar, sirve como condición indispensable para el cumplimiento del destino del hombre. El Derecho se divide en muchas partes, las cuales están determinadas, ó por las varias formas en que aparece la personalidad humana (el individuo, la familia, la nación, la humanidad), ó por los varios fines que en la vida deben cumplirse (la religión, la ciencia, la moralidad, la industria, etc., etc.). Pero cualesquiera que sean estas partes, hay entre ellas una que se enlaza á todas las demás como su esencial integración; tal es indudablemente, la que se refiere á la *actuación del Derecho mismo*, como una de las formas esenciales de nuestro destino y condición para que el hombre cumpla todos los demás fines de su existencia. Llámase esta parte *Derecho del Estado*, en cuanto se considera al Estado como la misma sociedad humana, que poniéndose como el órgano del Derecho, cumple todo lo que está en su poder para hacer que el Derecho reine como un principio inviolable en todas las relaciones humanas. Y si la misma historia de los pueblos nos demuestra que *el castigo del delito* es medio constante para asegurar la soberanía del Derecho, cuando éste es violado por las transgresiones que el hombre comete de sus preceptos, el Derecho criminal ó penal será una rama del *Derecho del Estado*, esto es, de aquella parte del Derecho cuyo contenido lo forman las condiciones necesarias para su mismo cumplimiento en cuanto son posibles al hombre.

§ 3. El Derecho penal permite, pues, una doble división, según que se tengan en cuenta los *elementos* de que se componen ó los *aspectos* en que debe ser considerado.

Los elementos de que el Derecho penal se compone son tres: 1.º, el que hace necesaria la punición, esto es, *el delito*, la transgresión de los dictados que forman el contenido positivo del Derecho; 2.º, el remedio que la sociedad humana suele poner á aquel, esto es, *la pena*, y 3.º, el conjunto de medios necesarios para conseguir que el delito no escape á la punición y ésta caiga exclusivamente sobre el delito. Las tradiciones mismas de la historia con

relación á esta punición del delito, que es la síntesis de los otros dos elementos indicados, añaden dos momentos: uno, el de la formación de las leyes, otro el de proceder para que éstas tengan vigor, una vez confirmada la existencia del hecho punible. Así, forman parte del Derecho penal: 1.º, las leyes é instituciones de la *penalidad*; 2.º, las leyes é instituciones del *procedimiento penal*, subdividiéndose éste en procedimiento judicial y procedimiento ejecutivo, de los cuales, el primero determina las reglas de los juicios penales, y el segundo las relativas al cumplimiento de lo juzgado.

Por otra parte, los aspectos en que el Derecho penal suele ser considerado, son aquellos dos mismos que para todo el Derecho se presentan, esto es, la idea y el hecho. Hay un Derecho criminal superior á todos los tiempos y á todos los lugares, esto es, la justicia penal considerada en su esencia ideal, universal é inmutable como el modelo de las instituciones penales, y hay también un modo de manifestarse este Derecho á los hombres y por obra de los mismos en los varios tiempos y en los varios lugares, que origina las diversas opiniones sobre el contenido del Derecho penal y de aquellas instituciones que, establecidas por los mismos hombres, toman el nombre de Derecho penal positivo. El primero es uno, universal é idéntico, y puede llamarse Derecho penal absoluto; el segundo es múltiple, vario y mudable, y puede llamarse contingente en cuanto cambia según las épocas y los países. Sin embargo, en esta variedad se revela siempre algo del Derecho penal absoluto, de tal manera, que lo vario representa una progresión ascendente, una serie de incrementos del hecho hacia la idea, y forma por tanto, la vida del Derecho penal en la limitación del tiempo y del espacio.

§ 4. El Derecho penal, como cada rama del organismo jurídico, se encuentra en relación con todas las demás, y formando parte integrante del Derecho, se halla también ligado con todas las manifestaciones de la vida individual y social del hombre. Este vínculo de relación afecta: 1.º, á la eficacia determinadora que sobre él ejercen, tanto las otras ramas del Derecho, como las varias direcciones de la vida humana; 2.º, á la eficacia que á su vez ejerce él sobre estas direcciones de la vida y sobre aquellas ramas del Derecho. A-í, por una parte la determinación de los varios delitos, de las penas que pueden adoptarse y de los medios legítimos para que el hecho punible no escape á la punición y ésta caiga únicamente sobre el delito, depende de las varias determinaciones contenidas en las distintas esferas del Derecho público y privado, y de las varias

condiciones de la vida humana individual y social. Por otra, el Derecho criminal impone alguna de sus determinaciones en las otras esferas del organismo jurídico, restringiendo, v. gr., el ejercicio de algunos derechos, y ampara los preceptos jurídicos, favoreciendo por lo tanto, el desenvolvimiento de la actividad humana en las varias direcciones de la vida individual y social.

§ 5. La vida del Derecho en el seno de la humanidad exige para su perfeccionamiento dos importantes condiciones, que son: el *arte* y la *ciencia*. Cronológicamente antecede el arte á la ciencia, pero se perfecciona cuando surge y progresa la ciencia misma, de igual modo que en la vida económica del género humano el arte que transforma la naturaleza ha precedido al conocimiento científico de la misma, y después ha adelantado con los resultados alcanzados por el espíritu humano, al surgir y progresar la ciencia de la naturaleza. Así, pues, para el Derecho penal, como para todo Derecho, hay un *arte* y una *ciencia*. El arte del Derecho es doble, pues comprende lo referente al *jus condere*, arte propio del legislador, y lo relativo al *jus dicere*, propio del intérprete en la cátedra ó en el foro. Los legisladores y los intérpretes (*artifices juris*), preceden cronológicamente á los *juris prudentes*; pero la ciencia del Derecho (*jurisprudencia*) surge del seno de la cátedra, se eleva á conocimiento racional, y como vivísima luz, origina progresos, tanto en la formación de las leyes, como en la interpretación doctrinal ó forense de las leyes formadas.

§ 6. La ciencia del Derecho penal no consiste en el conocimiento empírico de las instituciones penales de tal ó cual pueblo, sino que bajo el nombre de ciencia se entiende el grado más eminente del conocer, esto es, elevarse el espíritu humano por virtud de sus propias fuerzas á alcanzar la íntima verdad de las cosas, indagando sus causas fundamentales y sus fines supremos. Por eso, una serie de observaciones y advertencias desligadas, no constituye propiamente un saber científico, sino que se exige que las afirmaciones todas que forman su contenido, se hallen agrupadas en un sistema de principios y deducciones que dé de todas las afirmaciones una demostración racional, por la eficacia de un principio común fundamental. Y así puede definirse la *ciencia del Derecho penal*: *el conjunto de verdades orgánica y sistemáticamente enlazadas, como consecuencia de un solo y único principio relativo al castigo del delito*.

§ 7. La ciencia del Derecho penal se divide en tantas partes cuantos son los elementos de que el Derecho penal se compone y

los aspectos en que debe ser considerado. Por eso, de un lado habrá la doctrina del delito, la doctrina de la pena y la doctrina del castigo del delito, comprendiendo esta última parte la doctrina de la ley penal y la del procedimiento penal, que á su vez se subdivide en doctrina del juicio y doctrina de la ejecución de lo juzgado. Por otro lado, como la ciencia jurídico penal abraza los dos aspectos del Derecho penal, esto es, la *idea* y el *hecho*, se tendrá la *Filosofía del Derecho penal* y la *Historia del Derecho penal*. La primera es la investigación racional de los principios absolutos de la justicia penal: la segunda estudia la vida del Derecho penal, ya como *pensamiento científico*, ya como *hecho legislativo*, y es la enunciación histórica de los progresos del Derecho penal desde el punto de vista de la ciencia y de aquellas instituciones que se contienen en las legislaciones positivas.

§ 8. Pero además de estas partes que forman el contenido de la ciencia pura del Derecho penal, hay otras dos que deben enumerarse y que son complemento indispensable de la misma ya que el Derecho no es sólo algo teórico, sino que es á la vez principio eminentemente práctico de la vida individual y social. Estas otras dos partes representan la aplicación de la ciencia al hecho mismo, ó sea á la vida práctica del Derecho, y son como anillo de concatenación entre la ciencia y el arte. El arte del Derecho abraza, como ya hemos visto, la misión del legislador y la misión del intérprete: pues bien, la aplicación de la ciencia del Derecho penal al arte del *jus condere*, constituye aquella disciplina que los modernos penalistas llaman *Política criminal ó penal*: la aplicación de la ciencia del Derecho penal al arte del *jus conditum dicere*, origina aquella disciplina que toma el nombre de *Ciencia del Derecho penal positivo*. La primera, apreciando las leyes de un pueblo dado con el criterio de la ciencia y con los estudios comparativos de las varias legislaciones que forman la llamada *Legislación penal comparada*, estudia las mejoras que se necesitan para que la legislación positiva se acerque cada vez más á la esencia de la justicia penal. La segunda eleva la explicación del Derecho positivo, de la humilde condición de la glosa y de una empírica interpretación, á la categoría de un conocimiento científico, ya construyendo en un sistema de verdades lógicamente enlazadas las instituciones de un pueblo dado, ya ilustrándolo con la doble luz de los resultados de la indagación filosófica y las consecuencias de la investigación histórica.

§ 9. Finalmente, por el íntimo enlace que entre sí une á las varias partes del Derecho y al Derecho todo con la vida del hombre en el mundo, es indudable que muchas ciencias pueden considerarse como auxiliares de la del Derecho penal. Así las diferentes ciencias jurídicas, y principalmente las que forman el Derecho público, tienen no pequeña importancia para la solución de los problemas penales; y todas las otras ciencias que se refieren á la vida de la humanidad en el mundo, ejercen también una gran influencia sobre la ciencia del Derecho penal. Por eso se hacen indispensables al que quiere consagrarse á los estudios penales, la *Filosofía* y la *Historia*, la *Antropología*, las *Ciencias Naturales* y la *Medicina legal*, la *Ética* y la *Economía política*, la *Política* y la *Estadística*; y los progresos del espíritu humano en todas estas ciencias, no pueden menos de aportar valiosos elementos para la del Derecho penal.

II

BIBLIOGRAFÍA DEL DERECHO PENAL

§ 1. **Escritores antiguos** — *Alberto Gandino*: «*Libellus de maleficiis*». Venet., 1552-1596, en fol.—*Jacobo de Arena*: «*De quaestionibus—De Bannitis*». Tratados publicados en la *Raccolta del Medio*: «*Rerum Criminalium Tractatus*». Francf., 1587, en fol.—*Bonifacio de Vitalinis*: «*Tractatus super maleficiis*». Lugd., 1551, vol. gr. en fcl.—*Jacobo de Vellovisio*: «*Practica judiciaria in materiis criminalibus*». Lugd. Batav., 1515, en 8.º, Colonia, 1580, 1605.—*Ippolito de Marsiliis*: «*Practica causarum criminalium*». Lugd., 1529; Colonia, 1581, en fol.—*Angelo Aretino*: «*Libellus de maleficiis*». Lugd., 1581 vol gr. en fol.—*Giulio Claro*: «*Sententiarum Lib. V*». Francf., 1590, fol. Genev., 1739, 2 vol., en fol.—*Egidio Bossio*: «*Tractatus varii seu quaestiones criminales materiam five actionem fere omnem continentes*». Basil., 1578.—*Tiberio Deciano*: «*Tractatus criminales*». Venet., 1551, 1591, 1615, vol. 2 en fol.—*Iodoco Damhouderio*: «*Praxis rerum criminalium*». «*Antwerpæ*, 1554, en 4.º; 1570 en 4.º.—*Andrea Tiraquello*: «*De poenis legum ac consuetudinum statutorumque temperandis aut etiam remittendis et id quibus ex causis*», 1559, en 12.—*Pierre Aryaull*: «*L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé és accusations publiques conférés au style et*

usage de la France». Angers, 1591, en 4.º; Lyon, 1642, en 4.º.—*Benito Carpzovio*: «Practica nova saxonica rerum criminalium». Vitemb. 1638.—*Prospero Farinacio*: «Opera omnia criminalia». Francf., 1597, 9 vol. en fol.—*Sigismondo Scaccia*: «De judiciis causarum civilium, criminalium, hæreticalium». Francf., 1618, vol. 2.—*Sebastiano Guazzini*: «Opera criminalia». Antuerpiæ, 1675, vol. 2 en fol.—*Franc. Giuseppe de Angelis*: «Tractatus criminalis». Vened., 1717, in fol.—*Francesco Maradei*: «Tractatus analyticus criminalis». Neap., 1712, en fol.—*Tom. Saverio Caravita*: «Institutiones Juris criminalis». Lib. IV; Neap., 1740, vol. 2, en 4.º.—*Niccolò Alphani*: «De Jure criminali». Neap. 1732, vol. 3, en 4.º.—*Antonio Mattei*: «De criminalibus al lib. XLVII et XLVIII Digestorum». Traject. ad Rhen, 1664, en 4.º, Neap, cum notis Leggii, 1772, vol. 2, en 4.º; Ticini cum notis Th. Nani, 1803, vol. 2, en 4.º.—*Rousseaud de la Combe*: «Traité sur les matières criminelles». Paris, 1741, 1747, 1769, en 4.º.—*Giov. Sam. Feder. Boehmero*: «Observationes ad Practicam crimin. Carpzovi». Francf., 1750, vol. 3, en fol. — «Meditationes in Constitutionem criminalem Carolinam». Halæ, 1770, en 4.º.—«Elementa Jurisprudentiæ criminalis». Halæ Magdeb., 1783, en 8.º.—*Briganti*: «Pratica criminale». Napoli, 1747.—2.ª edic., con notas de F. de Marco. 1842

§ 2 **Escritores del tiempo de la Reforma del Derecho penal en Europa** — *Beccaria*: «Dei delitti e delle pene». Monaco, 1764, en 8.º.—*Servan*: «Discours sur l'administration de la justice criminelle». Genève, 1767, en 8.º.—*Brissot de Varville*: «Théorie des lois criminelles». Paris, 1781.—*Pastoret*: «Des lois penales». Paris, 1790, vol. 2, en 8.º.—*Eden*: «Principles of penal law». (Principios de Derecho penal). London, 1775.—*Blackstone*: «Commentaries on the laws of England». (Comentarios sobre el Derecho inglés). El vol. IV está consagrado al Derecho penal.—*Hommel*: «Principis cura leges». Leips., 1765.—*Globig ed Huster*: «Disertación sobre la legislación criminal», acabada por la Sociedad Económica de Berna (alem.) Zurich, 1753.—*Klein*: «Principios de Derecho penal germánico» (alem.) Halle, 1794, en 8.º.—*Kleinschrod*: «Desarrollo sistemático de las nociones y verdades fundamentales del Derecho penal (alem.) Erlang., 1794.—*Malanima*: «Commentario sui delitti e sulle pene, secondo il Gius divino». Livorno, 1736.—*Risi*: «Animadversiones ad criminalem jurisprudentiam pertinentes». Mediolani, 1766, en 8.º.—*Filangieri*: «Scienza della Legislazione». Napoli, 1780-1785, vol. 5, en 8.º—

Pagano: «Principii del Codice Penale.—Considerazioni sul processo criminale.—Logica de' probabili». (Véase la colección de sus obras, vol. 3, Lugano, 1837).—*Liberatore*: «Saggio sulla giurisprudenza penale». Napoli, 1814, en 8.º—*Renazzi*: «Elementa Jurisprudentiæ criminalis». Roma, 1774-1786, tom. 4; Venet., 1776; Neapol. cum notis ed addition. «Bern de Ferrant».—*Cremani*: «De varia jurisprudentia criminali apud diversas gentes, ejusque causis». Ticini, 1776, en 4.º—«De Jure criminali», Ticini, 1791, últ. edición, Florentiæ, 1848, en 8.º—*Nani*: «Principii di giurisprudenza criminale». Milano, 1882, en 8.º—*Paoletti*: «Institutiones theorico practiciæ criminales». Mediolani, 1805.—*Poggi*: «Elementa jurisprudentiæ criminalis». Florentiæ, 1815, vol. 5, en 8.º

§ 3.—**Escritores del siglo XIX.**—*Feuerbach*: «Tratado de Derecho penal» (alem.), 1801, con adic. de «Mittermaier», edición XVI, Giessen, 1847, un gr. vol. en 8.º—*Grollmann*: «Principios de la ciencia penal (alem.) Giessen, 1826.—*Romagnosi*: «Genesi del Diritto penale». Pavia, 1791, 2.ª edic. aumentada con otras dos partes. Milan, 1823, 1824.—*Carmignani*: «Elementa juris criminalis, 1808, trad. ital. de Caruana Dingli. Malta, 1847.—«Teoria delle leggi della Sicurezza sociale». Pisa, 1831, vol. 4, en 8.º—*Zachariæ*: «Principios del Derecho criminal filosófico» (alem.) Leips., 1805, en 8.º—*Rossi*: «Traité de Droit pénal». Paris, 1829, trad. italiana, con notas de E. Pessina. Nápoles, 1853, un vol. en 8.º—última edic. francesa con Introd. de F. Hélie. Paris, 1855.—*Bentham*: «Théorie des peines et des récompenses». Paris, 1827.—«Traité de Legislation civile et pénale», pub. por «Dumont». Paris, 1803, 5.ª edic., 1831, vol. 3, en 8.º—*Bauer*: «Tratado de Derecho penal (alem.) Marburgo, 1827.—*Henke*: Manual de Derecho penal y de política criminal» (alem.)—Berlín, 1823-1838, vol. 4, en 8.º—*Jarcke*: «Manual de Derecho penal» (alem.) Berlín, 1827, 3 vol., en 8.º—*Heffter*: «Tratado del Derecho penal alemán (alem.), última edic. Braunschweig, 1857, en 8.º—*Vaechter*: «Tratado de Derecho penal rom. germ.» (alem.) Stuttgart, 2.ª edic., 1844, en 8.º—«Apuntes de lecciones sobre el Derecho penal» (alem.) Stuttgart. 1877.—*Abegg*: «Tratado de la ciencia de Derecho penal» (alem.) Neustad, 1836, en 8.º—*Rosshirt*: «Desenvolvimiento de los principios del Derecho penal» (alem.) Heid., 1828, en 8.º—«Historia y sistema del Derecho penal germánico» (alem.) Stuttgart, 1838, vol. 3, en 8.º—*Luden*: «Manual del Derecho penal» (alem.) Jena, 1845, en 8.º—*Hæberlin*: «Principios de Derecho penal» (alem.)

Leips., 1845-1849, vol. 4, en 8.^o—*Marezoll*: «Tratado del Derecho penal común germánico» (alem.), últ. edic. Leips., 1856.—*Köstlin*: «Nueva revisión de los principios del Derecho penal» (alem.) Tubing., 1845, en 8.^o—«Sistema de Derecho penal» (alem.) Tubing., 1855, vol. 1, en 8.^o—«Disertaciones póstumas sobre varios delitos» (alem.) Tubing., 1858, en 8.^o—*Berner*: «Tratado de Derecho penal» (alem.) Leips., 1857, en 8.^o, 4.^a edic., 1868, últ. edic., 1881. *Geib*: «Tratado de Derecho penal alemán» (alem.) Leips., 1861, vol. 1, y 2.^o—*Helschner*: «Tratado de Derecho penal prusiano» (alem.), vol. 3.^o, 1858-68.—*Reynold Schütze*: «Tratado de Derecho penal» (alem.), 1.^a edic. Leips., 1871; 2.^a edic. Leips., 1874.—*H. Meyer*: «Tratado de derecho penal» (alem.). Erlangen, 1875, en 8.^o—«Lineamentos de Derecho penal según las leyes alemanas comparadas con las legislaciones extranjeras» (alem.). Leips., 1877, en 12.—*Holtzendorff*: «Manual de Derecho penal, compuesto de monografías de diversos autores» (alem.) Berlín, 1871 á 1880, vol. 3, en 8.^o gr. (el 3.^o contiene el Procedimiento penal).—*L. von Bar*: «Ensayo de lecciones sobre el Derecho penal» (alem.). Breslavia, 1878.—*Legraverend*: «Traité de Législation criminelle». París, 1863, vol. 2, en 8.^o—*Rauter*: «Traité théorique et pratique du Droit criminel» París, 1863, vol. 2 en 8.^o—*Boitard*: «Leçons sur le Code penal et sur le Code d'Instruction criminelle». París, 1836 en 8.^o, últ. edic con notas de F. Hélie. París, 1863, en 8.^o—*Chauveau et Hélie*: «Théorie du Code pénal», con notas de E. Villet, 6.^a edic. París, 1887, vol. 6, en 8.^o—*Hélie*: «Théorie du Code d'Instruction criminelle». París, 1845, vol. 9, en 8.^o—*Bertauld*: «Cours de Code pénal et Leçons de Législation criminelle». París, 1854, en 8.^o, últ. edic. 1864.—*Trébutien*: «Cour élémentaire du Droit criminel». París, 1854, en 8.^o—*Ortolan*: «Eléments du Droit pénal» París, 1855, en 8.^o, últ. edic. París, 1863, en 8.^o—*Tissot*: «Le Droit pénal étudié dans ses principes et dans les lois et usages des peuples». París, 1860, vol. 2, en 8.^o—«Introduction á l'étude du Droit pénal». París, 1874.—*Pacheco*: «Estudios de Derecho penal». Madrid, 1840, 2 vol., en 8.^o—*Jordao*: «Cours de Droit pénal». Lisboa, 1858, últ. edic. París, 1874, 2 vol., en 8.^o—*Haus*: «Cours de Droit criminel». Gand. 1857, 2.^a edic. 1862, en 8.^o—«Principes généraux du Droit pénal belge». Gand., 1869.—*Baeresco*: «Traité comparatif des délits et des peines». París, 1857, en 8.^o—*Temme*: «Tratado de Derecho penal suizo». Francf., 1855.—*Stephen*: «Resumen del Derecho criminal inglés» (inglés). Lon-

dres, 1834, en 8.º—*Harris*: «Principios del Derecho criminal» (inglés). Londres, 1877, en 8.º—*Silvela*: «El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación penal vigente en España». Madrid, 1884. 2 vol., en 8.º—*Laget-Valdeson*: «Théorie du Code penal espagnol comparé avec la législation française» Paris, 1860.—*Ferrao*: «Teoría del Derecho penal» (portugués) Lisboa, 1856-1857, en 8.º—*Wharton*: «Tratado sobre el Derecho criminal de los Estados Unidos de América». Filadelfia, 1857, últ. edic. 1861 2 vol., en 8.º—*Roberti*: «Corso di Diritto penale delle due Sicilie». Napoli, 1858, vol. 7, en 8.º—*Nicolini*: «Quistioni di Diritto», vol. 6, en 8.º Napoli, 1840—«Della procedura penale», vol. 9, en 8.º—*Buonfanti*: «Manuale di Diritto penale». Lucca, 1854, en 8.º—*Giuliani*: «Istituzioni del Diritto criminale». Macerata, 3.ª edic., 1856.—*Arabio*: «Principii di Diritto penale» Nápoli, 1854, vol. 5, en 8.º—*Carrara*: «Programma del Corso del Diritto criminale». Parte general, 2 vol.—Parte especial, 7 vol., en 8.º Lucca, 1861-1870—*Tolomei*: «Diritto penale filosofico e positivo». Padova, 1866, últ. edic. Padova, 1875, en 8.º—*Zuppetta*: «Lezioni di Metafisica della Scienza delle leggi penali» Napoli, 8.ª edic. vol. 3, en 8.º, 1868.—*Buccellati*: «Avviamento allo studio del Diritto penale». Pavia, 1867—*T. Canonico*: «Introduzione allo studio del Diritto penale». Pavia, 1867.—*Luchini*: «Corso di Diritto penale». «Appunti di lezioni». Siena, 1878.—*Catalano*: «Sommario di lezioni di Diritto penale». Catania, 1880.—*Brusa*: «Appunti per una Introduzione al Corso di Diritto e Procedura penale». Torino, 1880, en 8.º—*Morin*: «Répertoire générale du Droit criminel». Paris, 1854. vol. 2, en 8.º—*V. Jagemann y Brauer*: «Criminallexicon». Erlang, 1854.

Bibliografía de la ciencia de las prisiones.

Vilain xiv (Le Vicomte): Mémoire sur les moyens de corriger les malfaiteurs, et de les rendre utiles à l'Etat». Gand, 1775.—nouv. edit. Bruxelles 1841

Howard: «El estado de las prisiones» (ingl.). Warrinton, 1784.—trad. franc. Paris, 1793

Bentham: «Panopticon» London 1791.

Roscoe: «Osservazioni sulla giurisprudenza penale e l'emenda dei rei» (ingl.). Londra 1819—trad. ital. Napoli 1823.

Larochefoucauld-Liancourt: «Des prisons de Philadelphie». Paris 1819.

Villermé: «Des prisons telles qu'elles sont, et telles qu'elles devraient être». Paris 1820.

Danjou: «Des prisons, de leur régime et des moyens de les améliorer». Paris 1821 (obra premiada por la «Sociedad real de las prisiones»).

Julius: «Lecciones acerca de la Ciencia de las prisiones» (alem.). Berlín 1827—trad. franc. con notas por Lagarmitte. Paris 1831, vol. 2. en 8.^o

Lucas: «Du système penal et du système repressif en général». Paris 1827.

Bentham: «Théorie des peines et des récompenses». 3.^a edit. Paris 1827.

Gosse: «Examen médical et philosophique sur le système pénitentiaire». Genève 1828.

Moreau Cristophe: «De l'état actuel de la réforme des prisons en Angleterre et en Irlande». Paris 1829.

Lofort: «Rapport sur le projet de révision de la loi pour le régime intérieur des prisons». Paris 1830.

Lucas: «Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis». Paris 1828-1831.

Bentham: «Traité de la législation civile et penale». 3.^a edit. Paris 1831.

Blosseville: «Histoire des colonies pénales de l'Angleterre dans l'Australie». Paris 1831—2 edit. Paris 1859.

De Beaumont et Tocqueville: «Du système pénitentiaire aux États-Unis». Paris 1832—3.^a edit. 1845.

Sellon (Comte de): «Quelques notes et réflexions sur le système pénitentiaire des États-Unis de l'Amérique». Genève 1833.

Delaville de Miremont: «Observations sur les maisons centrales de détention». Paris 1833.

G. W. Smith: «Defensa del sistema de aislamiento acogido por el Estado de Pensilvania» (ingl.) Philadelphia 1833.

Taillandier: «Notice sur les maisons pénitentiaires de Lausanne et de Genève». (Revue de droit français et étranger de 1834).

Ducpétiaux: «Rapport sur l'organisation du quartier des jeunes détenus dans la maisons de correction de S. Bernard». Bruxelles 1834.

Roud: «Du patronage des détenus libérés, précédé d'une notice

sur la maison pénitentiaire du canton de Vaud». Lausanne 1834.

Brognez: «De l'état actuel des prisons en Belgique». Brux. 1835.

Marquet Vasselot: «Examen historique et critique des diverses théories pénitentiaires». Paris 1836, 3 vol in 8.^o

L. De Thun: «Necesidad de la reforma moral de las cárceles» (alem.). Prag. 1835.

Cramer-Audeoud: «Memoire sur le système penitentiaire». (Revue de droit francais et étranger de 1835, p. 657).

Apper: «Bagnes, prisons et criminels». Paris 1836.

Moreau Cristophe: «De l'état actuel des prisons en France». Paris 1837. «De la réforme des prisons en France, basée sur la doctrine du système pénal et le principe de l'isolement individuel». Paris 1837.

Volpicella: «Delle prigioni e del loro migliore ordinamento». Napoli 1837, in 12.^o

Petitti di Roreto: «Saggio sul buon governo della mendicizia, degli istituti di beneficenza e delle carceri». Torino 1837, in 8.^o

Lucas: «De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement, etc.» Paris 1838, 3 vol., in 8.^o

Julius: «Du système pénitentiaire américain cellulaire en 1836». Paris 1837.

Aylies: «Du système pénitentiaire et de ses conditions fondamentales». Paris 1837.

Bérenger: «Des moyens propres à généraliser en France le système pénitentiaire». Paris 1837.

Marquet Vasselot: «Du système cellulaire de nuit pour la réforme de nos prisons». Paris 1837.

De la Pilorgerie: «Des prisons en Belgique» (Revue de droit français et étranger de 1837).

Adrien Picot: «Visite dans quelques prisons de France en mai et juin 1836 et réflexions sur quelques points relatifs à la réforme et à l'amélioration des prisons en général». Paris 1837.

Cramer Audeoud: «Notice sur les prisons de Fribourg» (Revue de droit francais et étranger de 1837).

De Metz: «Lettre sur le système pénitentiaire à MM. les Membres du Conseil général du département de la Seine». Paris 1838.

De Courtielles: «Le condamnés et les prison, ou réforme morale, criminelle et pénitentiaire». Paris 1838.

Ducpétiaux: «Des progrès et de l'état actuel de la réforme penitentiaire». Bruxelles 1838, vol. 3, in 12.^o

Marquet Vasselot: «École des condamnés». Paris 1838.

— «Philosophie du système pénitentiaire». Paris 1838.

Grellet Wammy: «Manuel des prisons». Paris 1838; 2.^a edit. Paris 1840.

Prigné: «De la réforme du système pénitentiaire dans les maisons centrales». Paris 1838.

Léon Faucher: «De la réforme des prisons». Paris 1838.

Victor Foucher: «De la réforme des prisons». Rennes 1838.

Boricius: «De las prisiones en los Países Bajos» (holand.). Leeuwarden 1838-40.

Dourlet de Boisthibault: «Du régime cellulaire préventif, répressif et pénitentiaire à substituer au système pénal actuel en général et à la peine de mort en particulier». Paris 1839, in 8.^o

Mollet: «Quelques idées sur les lois pénales et sur les prisons dans le Royaume des Pays-Bas». Amsterd. 1839.

Balson: «De l'introduction du système pénitentiaire en France». Paris 1839.

Eugénie Niboyet: «De la réforme du système pénitentiaire en France». Paris 1839.

Moreau-Cristophe: «Rapport sur les prisons de l'Angleterre, de l'Ecosse, de la Hollande, de la Belgique et de la Suisse». Paris 1839.

Cerfberr: «Rapport sur les prisons d'Italie». Paris 1839.

W. N. Suringar: «Memoria sobre los vicios de las prisiones en Suecia» (holand.). Leeuwarden 1838.

Petitti di Roreto: «Della condizione attuale delle carceri e dei mezzi di migliorarle». Torino 1840.

Lucas: «Des moyens et des conditions d'une réforme pénitentiaire en France». Paris 1840.

Larochefoucault-Liancourt: «Examen de la théorie et de la pratique du système pénitentiaire». Paris 1840.

Mittermaier: «Des progrès du système pénitentiaire en Italie» (Revue du droit français et étranger). Paris 1841.

Le Prince Oscar de Suède: Las penas y las prisiones (sueco). Stock. 1841, trad. franc. Paris 1842.

Lauvergne: «Les forçats, observés au bagne de Toulon». 1841.

Sarramea: «Considérations sur la maison correctionnelle de Bordeaux et sur les divers systèmes appliqués en France aux jeunes détenus». Bordeaux 1842.

Suringar: «Pensamientos acerca de la segregación de los deteni-

dos» (holand.). Leeuw. 1842. Trad. franc. par Moreau Cristophe. Paris 1843.

Morichini: «Degli istituti di publica carità, istruzione pubblica e delle prigioni». Roma 1842, vol. 2.

Incoronata: «Carcere correzionale». Roma 1842.

Petitti di Roreto: «Condizione esordiente della Riforma delle carceri». Milano 1842.

Allier: «Le système pénitentiaire et les systèmes de patronage». Paris 1842.

Alauzet: «Essai sur les peines et le système pénitentiaire». Paris 1842. 2.^a edit. rev. et augm. Paris 1863.

Mancini: «Del migliore ordinamento del nuovo gran carcere di Avellino e della introduzione della riforma penitenziaria nelle Due Sicilie». Napoli 1842.

Hallez Claparede, Lemeyer et Blanqui: «Rapport sur les prisons de l'Espagne, de l'Angleterre, de l'Allemagne, et de la Turquie». Paris 1843.

Muller: «¿Podrán ser eficaces para el mejoramiento de las prisiones los sistemas penitenciarios, sin el influjo de la religión y de la Iglesia?» (alem.). Carlsruhe 1843.

Porro: «Riforma carceraria. Relazione al Congresso scientifico». Milano 1843.

Hoorebecke: «Etudes sur le système pénitentiaire en France et en Belgique». Gand. 1843.

Defuisseaux: «De la légalité et de l'influence du mutisme imposé aux reclus». Mons. 1843.

Moreau-Cristophe: «Revue pénitentiaire». Paris 1844-1847.

Hoorebecke: «Etudes sur le système pénitentiaire». Gand. 1844.

La Farelle: «Coup d'œil sur le régime répressif et pénitentiaire des principaux Etats de l'ancien et du nouveau monde». Paris 1844.

Ch. Lucas: «Exposition de l'état de la question pénitentiaire en Europe et aux Etats-Unis». Paris 1844.

De Metz: «Resumé du système pénitentiaire». Paris 1844.

Cramer: «Note sur la nouvelle maison de détention à Genève» (Revue de droit français et étranger de 1844, p. 160).

Tellkamp: «De las prisiones mejoradas en la América del Norte y en Inglaterra» (alem.) Berlín 1844.

Warrentrapp: «De l'emprisonnement individuel sous le rapport sanitaire». Paris 1844.

Le Franc: «De la réforme des prisons et d'un système pénitentiaire en harmonie avec nos lois». Colmar 1845.

Fissiaux: «Rapport sur les premiers résultats obtenus dans la maison correctionnelle des jeunes détenus du royaume de Sardaigne». Turin 1846.

Suringar: «Observaciones sobre las prisiones de Baden» (holand.). Leenw. 1846; trad. francesa.

Niedermeyer van Rosenthal: «Diss. de deportationis poena, atque cum carcere solitario conjungenda». Lugd. Bat. 1846.

Volpicella: «Proposta di una compiuta riforma delle prigioni». Vol. I. Napoli 1847, in 8.^o

Faustin Hélie: «De l'autorité judiciaire dans l'administration des prisons» (Revue de législation de 1847, tom. I, pag. 257).

Bonnet: «Hygiène physique et morale des prisons». Paris 1847.

Bonneville: «Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire». Paris 1847.

— «Débats du Congrès pénitentiaire de Francfort-sur-le-Mein; 28, 29, et Septembre 1846», Paris 1847.

Castelneau: «Mémoire sur le véritable régime pénitentiaire à appliquer aux criminels dans le double intérêt humanitaire et social». Paris 1847.

Chassinat: «Etudes sur la moralité dans les bagnes et les maisons centrales de force et de correction». Paris 1847.

Malle (Madame): «Les femmes en prison». 2.^a edit. Paris 1847.

— «Congrès pénitentiaire de Bruxelles». (Revue de législation de Paris 1847, tom. III, pag. 184-306, y 384, tom. I, pag. 89.)

Benoiston de Chateauneuf: «De la condition des femmes et des jeunes filles détenues ou libérées». (Revue de législation 1848, tom. I, pag. 53.)

Eric Spärre: «Sul sistema penitenziario» (suec.), Stockolm. 1848.

Obermaier: «Las discusiones sobre la reforma carcelaria en Francfort-sur-le-Maine» (alem.). Munchen 1848.

Naumann: «De la teoría del Derecho penal y el sistema penitenziario» (sueco). Trad. alemana de David. Leips. 1849.

Hello: «Notice sur la colonie agricole des jeunes détenus du Val d'Yèvre». (Revue de législation de Paris, de 1850, tom. II, pag. 235 y 388.)

Ferrus: «Des prisonniers et de l'emprisonnement». Paris 1850.

De Lerieu et Romand: «Rapport à Mr. le Ministre de l'Intérieur sur les colonies agricoles.» Paris 1851.

Gaullier de Claubry: «Des prisons de Rome». (Annales de la charité de 1851, p. 619 y sig.).

Minghelli Vaini: «Saggio sulla riforma delle carceri». Torino 1852, vol. 2 in 8.º

Lelut: «Mémoire sur la déportation». Paris 1853, in 8.º

Ferrus: «De l'expatriation pénitenciaire». Paris 1853.

— «De la réforme pénitenciaire en Angleterre et en France». Paris 1853.

Pietra-Santa: «Mazas; Etudes sur l'emprisonnement cellulaire». Paris 1853.

Moreau-Cristophe: «Systèmes pénitenciaires». (Dictionnaire de l'Econ. Politique. Paris 1853.)

Vidal: «Note sur l'emprisonnement cellulaire». Paris 1853.

Frederic Hill: «Las causas del delito y sus remedios». (ingl.). Londres 1855.

Béranger: «De la repression pénale, de ses formes, et de ses effets». Paris 1856.

J. Fuesslin: «El aislamiento en Bruchsal» (alem.). Heind. 1855.

Jebb: «Rapporto sulla disciplina delle prigioni di pena». 1855.

Schlatter: «El sistema de aislamiento» (alem.). Mannheim 1856.

Peri: «Raccolta di leggi, ordinanze, circolari. sul regime disciplinare delle prigioni». Firenze 1856.

Sousa Azevedo: «Relatorio apresentado ao Ministerio da Justiça em 20 de Abril de 1857 (sobre as prisões da Europa)». Lisboa 1857.

Lepelletier de La Sarthe: «Système pénitenciaire complet». Paris 1857.

Röder: «El mejoramiento de las cárceles, debido al aislamiento» (alem.). Prag. 1856.

Nievenhuis: «De carcere cellulari». Amst. 1857.

Corein: «El aislamiento y el sistema celular en Bruchsal» (alem.). Hamburg. 1857.

Christiansen: «El aislamiento considerado en su aspecto jurídico» (alem.). Kiel 1857.

Massone: «La pena dei lavori forzati». Genova 1857.

Opzomer: «La reforma de las prisiones (holand.)». Amsterdam 1857.

Ducpétiaux: «Des conditions d'application du système d'emprisonnement séparé ou cellulaire». Bruxelles 1858.

— «Du patronage des condamnés libérés». Bruxelles 1858.

Mittermaier: «El mejoramiento de las cárceles» (alem.). Erlangen 1858.

Eberty: «Las prisiones en sus relaciones con el desenvolvimiento de la justicia penal» (alem.). Dresde 1858.

Michel: «Manual de la ordenación de las cárceles» (alem.). Berlín 1858.

Zannoni: «Relazione della Società di patrocinio per i liberati dagli Stabilimenti penitenziali di Toscana». Firenze 1858.

Sousa Azevedo: «Relatorio apresentado ao Ministerio da Justiça em 20 Outubro de 1858 (sobre as prisões da Europa)». Lisboa 1859.

Barbaroux: «De la transportation». Paris 1859.

Behrend: «Historia de la reforma de las prisiones en los Estados Unidos, en la Gran Bretaña y en Irlanda» (alem.). Berlín 1859.

Holtzeendorff: «La deportación como pena en la antigüedad y en los tiempos modernos» (alem.). Leips. 1859.

Holtzeendorf: «El sistema de las prisiones irlandesas» (alem.). Leips. 1859, en 8.º

Baptista Callisto: «Algumas palavras sobre o estado actual das prisões». Coimbra 1860.

Syres de Gouveja: «A reforma das cadeias em Portugal». Coimbra 1860.

W. H. Suringar: «Le système cellulaire, considerations spéciales». Leuwarden 1860.

Nakwasky: «Etudes sur les divers systèmes pénitentiaires». Genève 1860.

Berriat-Saint Prix: «Mazas: Aperçu sur l'emprisonnement individuel». Paris 1860.

Constantin Gaudon: «Aperçus sur les colonies agricoles pénitentiaires». Paris 1860.

Edward Michaux: «La Guyane et ses établissements pénitentiaires». Thèse pour le doctorat en médecine. (N. 8). Paris 1860.

Bielevelt: «Las prisiones» (holand.). Utrech 1859.

Domela Nievenhuis: «La pena de la segregación, considerada históricamente» (holand.). Amsterdam 1859.

Morelli: «Saggio di studi igienici sul regime penale della segregazione». Firenze 1859.

Mittermaier: «Estado actual de la cuestión de las cárceles» (alem.). Heidelberg 1860. Trad. ital. Firenze, 1881.

Mess: «La ejecución de la cárcel en Baviera» (alem.). Würzburg 1860.

Ducpétiaux: «La colonisation pénale et l'emprisonnement cellulaire». Bruxelles 1860.

Peri: «Risposta all'opuscolo del Cav. Morelli sul regime delle prigioni». Firenze 1860.

Van der Bruggen: «De las prisiones irlandesas» (holand.). Nimeg. 1861.

Van der Velden: «La deportación en sus relaciones con el Derecho penal» (holand.). Haya 1861.

Holtzendorf: «La disminución de las penas de libertad y la liberación condicional en sus relaciones con la medida y con los fines de la pena» (alem.). Leips 1861.

Ortloff: «La cárcel celular de Moabit en Berlín» (alem.). Gotha 1861.

Böhlau: «El aislamiento en Prusia» (alem.). Weimar 1861.

Schück: «El aislamiento en Bruchsal y Moabit» (alem.). Leips. 1862.

Duhn: «La cuestión de las prisiones consideradas en sus relaciones con el transcurso del tiempo» (alem.). Lübeck 1862.

Lavini: «Relazione della Commissione istituita con R. Decreto del 16 de febbrajo 1862 per l'esame di vari quesiti relativi alle materie penitenziarie». Torino 1863.

Girolami: «Dell' espiacione penale secondo i moderni sistemi penitenziari». Bologna 1863.

Röder: «La ejecución de la pena en el espíritu del Derecho» (alem.). Leips 1863.

Ellero: «Dell' emenda penale». Diss. premiata dalla R. Accademia di Modena nel concorso del 1862. Modena 1864.

Van der Bruggen y Holtzendorf: «Etudes sur le système pénitentiaire irlandais». Berlín 1864.

Holtzendorf: «Investigaciones críticas sobre los principios y los resultados del sistema penal irlandés» (alem.). Berlín 1865.

D'Alinge: «Mejoramiento sobre la vía de la individualización» (alem.). Leips. 1865.

Garelli: «Delle Colonie penali nell'Arcipelago Toscano». Genova 1865.

Vazio: «Effemeride carceraria» Firenze 1865 ed anni seguenti.

John: «De los institutos de pena». Lección popular (alem.). Leips. 1865.

Bellazzi: «Prigioni e prigionieri del Regno d'Italia». Firenze 1866.

Brusa: «Sopra la sorveglianza speciale e la libertà preparatoria». Milano 1866.

Haednell: «Sistema de la ciencia de las prisiones» (alem.). Götting 1866.

Natorp: «Cruz y cárcel» (alem.). Düsseldorf 1867.

Bruun: «Del modo de ejecución de los trabajos forzados» (dinam.). Copenhague 1867.

Bonneville: «Moralisation de l'enfance coupable». Paris 1867.

Dyer: «Historia del penitenciario de Albany» (ingl.). Albany 1867.

Krohne: «Del ordenamiento de las prisiones» (alem.). Oldenburg 1868.

Beltrani Scalia: «Sul governo e sulla riforma delle carceri». Saggio storico e teorico. Vol. I. Torino 1868.

— «Due lettere al Cav. Vazio sull'opuscolo: *Le prigione italiane*». Firenze 1869.

Gabba: (Dottor Bassano): «La scuola di Röder e l'isolamento». Milano 1869.

Garelli: «Della emenda penale». Firenze 1869, 1 vol en 12.º

Holtzendorf: «Efemérides del Derecho penal» (alem.). Años 1861-1870. Varios artículos sobre las prisiones)

Ruf: «La justicia criminal, sus contradicciones y su porvenir». (alem.). Innsbruck 1870.

Beltrani Scalia: «Rivista di Discipline Carcerarie» (Periodico mensile dal 1871 sino ad oggi).

Holtzendorf: «Dernières publications sur le système pénitentiaire». (Revue de Droit international et de Législation comparée.) Gand 1869.

Morelli: «Il nostro regime espiatorio in ordine alle riforme ed alle economie». Firenze 1871

Biffi: «Dei riformatorii per i giovani». Milano 1871.

Errera: «La riforma nelle carceri italiane e in particolare in quelle di Venezia». Firenze 1871.

Nocito: «Il Diritto penale e le colonie agricole». Siena 1871.

Barban et Calvo: «Taité pratique de l'administration et du service des prisons» Paris 1871.

Reich: «De las enfermedades mentales en las cárceles» (alem.). Berlin 1871.

Subit: «La réforme des prisons et les colonies agricoles». Gèneve 1872.

Beltrani Scalia: «Statistique pénitentiaire internationale» Roma 1872.

De Gaetani: «Di alcune parte della riforma penale». Roma 1872.

Zannini: «Filadelfia e le sue prigioni» Roma 1872.

— «Discusiones del Congreso penitenciario internacional de Londres» (ingl.) Lond. 1872.

Lacointa: «Rapport sur le régime pénitentiaire» Limoges 1872

Fulda: «La reforma de las prisiones en Alemania» (alem.) Cassel 1872.

De Lamarque: «Les libérés devant la charité chrétienne» Paris 1872.

Guillaume: «L'enfance malheureuse». Neufchâtel 1872.

Carrara: «Foglio di lavoro per la Commissione sulla riforma carceraria». Pisa 1872

Vidal: «Questions et solutions pénitentiaires». 1872.

Tallack: Segretario dell'Associazione *Jhon Howard*: «Umanità ed umanitarismo» (Traduzione dall'inglese in italiano dell'avv. Lelli.) Bologna 1872.

Dentu: «Société générale pour le patronage des condamnés libérés de l'un et de l'autre sexe». Paris 1872.

Lucas: «De droit de légitime défense dans la pénalité et dans la guerre». Paris 1873.

Ribot: «Le système pénitentiaire en Angleterre». Paris 1873.

Paulian: «Les prisons d'Italie» Paris 1873

Chiapuzzi: «Dei sistemi punitivi e dell'Amministrazione carceraria del Regno d'Italia» Biella 1873.

Cerruti: «Des réformes pénales et pénitentiaires». Roma 1873.

De Foresta: «Della Riforma penitenziaria». Ancona 1873.

Stevens: «De la construction des prisons cellulaires en Belgique». Bruxelles 1874.

Vedovi: «Della riforma carceraria in Italia in relazioni ai moderni risultati della legislazione e della esperienza». Mantova 1874

Giuriati: «Della massina pena incruenta». Venezia 1874.

Forlan: «La questione carceraria dal punto di vista umanitario e sociale» Trieste 1874.

Pratesi: «La casa di patronato in Firenze e il suo ordinamento». Firenze 1874.

Brayda: «Della pena di deportazione» Benevento 1874

Yoernès: «De la recidive et du régime pénitentiaire en Europe». Paris 1874.

Breton: «Prison et emprisonnement» Essai sur les reformes pénitentiaires. Paris 1875.

Sontag: «La reclusión. Ensayo sobre historia del sistema penal alemán (alem.)» Berlin 1875

Chimera: «Penitenziario per gl'incorreggibili». Lecce 1876.

Robin: «La question pénitentiaire». Paris 1875.

Beltrani Scalia: «Il sistema penitenziario dell'Inghilterra e dell'Irlanda». Roma 1876

— «Stato attuale della riforma penitenziaria in Europa ed in America» Roma 1877

Starke: «Las cárceles en Bélgica» (alem.). Berlín 1877.

— «Bulletin de la Société générale des prisons». Paris 1877. (hasta hoy)

Lucas: «La Société générale des prisons en France». Paris 1878

Zucco: «Sulla istituzione della Società di patrocinio pei liberati dal carcere». Palermo 1877.

Arenal: (Concepción). «Las colonias penales de la Australia y la deportación». Madrid 1877.

Veratti: «Manuale di Pedagogia correzionale». Bologna 1878.

— «Revista Nordica de las prisiones y de las instituciones penitenciarias» (din.). Copenaghe. Año 1878 y siguientes hasta hoy.

Almqvist: «La Suède, ses progrès sociaux, ses institutions pénitentiaires» Stockholm. 1878.

— «Relazione di scrittori italiani sui temi da discutere al Congresso penitenziario di Stoccolma». Roma 1878.

Wines: «Relación del Congreso penitenziario de Stockolmo hecha en el Congreso de Ciencias sociales de Chaltenham» (ingl.). Liverpool 1878.

Pothau: «Notice sur la deportation à la Nouvelle Calédonie». Paris 1878.

Guillaume: «Le Congrès pénitentiaire de Stockholmo». Comptendu des Séances, Mémoires et Rapports». Stockolmo 1879, 2 vol. gr in 8.º

Mattiauda: «Le teorie penali e i sistemi penitenziarii». Firenze 1879.

— «Profili di una Statistica internazionale delle Carceri, pub-

blicati dalla Direzione di Statistica presso il Ministero d'Agricoltura, Industria e Commercio». Roma 1879.

Beltrani-Scalia: «La riforma penitenziaria in Italia». Roma 1879.

Brusa: «La riforma penitenziaria in Italia». Roma 1879.

Lajoye: «L'éducation correctionnelle en Angleterre, aux Etats-Unis et en France». Paris 1880.

Nocito: «Della libertà condizionale». Roma 1880.

Kraepelin: «Abolición del límite de la pena; tentativa para la reforma de la justicia penal» (alem.). Stuttgart 1880.

Fassa: «Note e considerazioni sul libro del Beltrani»: «La riforma penitenziaria in Italia». Milano 1880.

Fonseca: «Delle condizioni agricole della Pianosa, e delle Colonie agricole penali in Italia». Firenze 1880.

Roland: «De l'esprit du Droit criminel aux différentes époques et d'après les nouveaux principes de la Science pénitentiaire». Paris 1880.

Lefébure: «Le prisonnier libéré, sa condition dans la société contemporaine». Paris 1880.

Desportes et Lefébure: «La Science pénitentiaire au Congrès de Stockolmo». Paris 1880.

Bocchi: «La correzione coatta dei minorenni traviati e delinquenti». Roma 1881.

Conforti (L): «Gl'instituti di patrocinio e di riforma al Congresso penitenziario di Stockolmo». Napoli 1881.

Ferri (E.): «Studi sui carcerati nelle case correzionali e penali». Roma 1881.

Arboux: «Les prisons de Paris». Paris 1881.

Siotto Ellias: «Proposta di colonie di poveri fanciulli derelitti e minorenni discoli». Sassari 1881.

Sarraute: «De la réhabilitation des condamnés». Paris 1882.

Desportes: «La réforme pénitentiaire en Suède». Paris 1882.

Skousès: «Le travail des détenus à Rome». Paris 1882.

— «La Reforma penitenciaria». Periódico de ciencia carcelaria (España). Madrid 1882.

Martelli: «La riabilitazione del carcerato». Novara 1882.

— «Extrait du Rapport de l'Administration générale des prisons en Russie». S. Petersbourg 1883.

Barzilai: «Correzione paterna ed instituti correzionali». Bologna 1883.

Argenti: «La libertà provvisoria dei condannati in Italia». Roma 1834.

Biffi: «Sulle antiche carceri di Milano e del Ducato Milanese e sui sodalizi che vi assistevano i prigionieri e i condannati a morte». Milano 1884.

Waldeck-Rousseau: «Projet de loi sur la réforme pénitentiaire des prisons de courts peines». Paris 1884.

— «Application du régime d'emprisonnement individuel». Paris 1884.

De Silva Mathos: «La reforma penitenciaria, su pasado y su presente». Madrid 1885.

Marro: «I carcerati». Studio psicologico dal vero. Torino 1885.

Forciati: «Delle discipline carcerarie in Italia». Sarzana 1885.

Armengol y Cornet: «La escuela de reforma de Barcelona» (España). Bar. 1875.

Lastres: «La reforma penitenciaria en España». Madrid 1885.

Salomón: «Notice sur l'histoire des prisons et la réforme pénitentiaire en Russie». S. Petersbourg 1885.

Almqvist: «Résumé historique de la Réforme pénitentiaire en Suède, depuis le commencement du XIX siècle». Stockolmo 1885.

— «Bibliothèque pénale et pénitentiaire suisse, publiée par la Société des prisons». Lensburg y Neufchatel. Paris 1885.

Fohring: «La reforma y el estado actual de las prisiones en Italia». (alem.). Hamburgo 1885.

Guarino: «La pena e l'emenda». Studi. Roma 1885.

— «Relazione del Direttore generale delle carceri italiane a S. E. il Ministro dell'Interno per gli anni 1878 a 1883». Roma 1884.

— «Informe sobre los Institutos de pena y de corrección para los años 1880-1884» (alem.). Dresde 1885.

Lucas: «De l'état anormal de la répression en France». Paris 1885.

Prins: «Criminalité et repression». Bruxelles 1886.

*** Si la Introducción, en la didáctica científica, constituye un momento intermedio entre el conocer vulgar y el conocer reflexivo que aporta la certeza, ha de consistir en un primer llamamiento de la atención hacia el objeto, el aprecio de que ya sabemos algo de él y la necesidad y posibilidad de saberle mejor; y ha de contener la determinación provisional, en totalidad, de dicho objeto, y los medios de que disponemos para conseguir el estado superior apetecido del conocimiento. A partir de este concepto, parece que pretende el autor satisfacerlo con la fijación del hecho constante á que el § 1 se refiere y que

lleva implícita la existencia de los preceptos que forman el derecho penal; con la deducción de que, llevando este derecho un calificativo que le especifica, ha de estar dentro del derecho todo, y más concretamente, en el del órgano asignado á su *actuación*; con el señalamiento de sus elementos y aspectos, hasta ciertos puntos propios, y de la influencia recíproca entre este derecho y las demás partes del organismo jurídico; con la consideración del mismo en cuanto *arte* y en cuanto *ciencia* (definición, enciclopedia jurídico-penal); con la referencia á las relaciones que median entre este orden de conocimientos y las demás disciplinas humanas, y con una noticia relativa á escritores antiguos y modernos que se han ocupado en el examen particular de los problemas penales.

Advirtiéndolo que este resumen denota y las páginas que el autor le consagra, pudiera por de pronto creerse, más que breve con exceso, deficiente la parte introductiva; pero bueno será apuntar que, fuera de lo que necesariamente tiene que ser una obra didáctica, el autor ofrece á seguida, y con el título de *Prolegómenos*, mucha doctrina que sirve como de ampliación á la que aquí se insinúa, y que tal vez nosotros no hubiéramos diferenciado bajo sendos títulos que en la realidad de la ciencia, y aun según el sentido etimológico de las palabras, apenas permiten distinción.

El hecho inicial para el autor, aquel de que arranca para venir á la existencia del derecho criminal, es una afirmación histórica, indiscutible como tal, pero no demostrativa del valor que en sí tenga aquella disciplina, el cual valor toma un mayor relieve para el que se inicia en su estudio, con el testimonio de conciencia inmediata que obtiene al reconocerse como ser de derecho, cuya propiedad es imposible que desconozca en absoluto, y cuya posible perturbación comprende en él y fuera de él: *a)* por sentirse, á la vez que activo é inteligente, *frágil y limitado*; *b)* por la comunidad de naturaleza, medio y fin que atribuye á sus semejantes; *c)* por la paridad que en el respecto aludido descubre entre aquél y otros órdenes de vida que sancionan la conducta, y á cuyo influjo no ha podido sustraerse (religión, educación, etcétera); *d)* por cuanto las prácticas sociales del caso le han revelado en la *historia* de la existencia que él presenció y que no ha de considerar desligada de antecedentes, aunque ignore el resultado de aquella investigación *ad hoc* que supone la predicha afirmación del autor.

En lo que toca á las denominaciones que recibe la rama del derecho que estudiamos, hay quien considera (Haus) que el *derecho criminal* contiene en sí el propiamente *penal* (leyes que determinan los hechos punibles y los medios de reprimirlos), y el que se refiere á su aplicación, por el ejercicio de la potestad correspondiente, en el juicio y su cumplimiento. Algunos tratadistas, influidos por el moderno sentido positivista y como temerosos de *contaminarse* aun con las palabras que sirvieron á los aprioristas y metafísicos, adoptan la denominación de *derecho represivo* (Puglia), engañosamente expresiva, y hasta prefieren sustituir el nombre de *derecho* por el de *leyes*. Por último, Garofalo llamó *Criminología* á su más notable obra, que es uno de los *evangelios* de la «nueva escuela», y que siendo, como el mismo dice, un «estudio acerca de la naturaleza del crimen y la teoría de la penalidad», tanto tiene de *Criminología* como de *Penología*. Lo cierto es que si hay motivos para preferir el título de *derecho penal*, éste y el de *derecho criminal* se usan indistintamente y sin daño para su debida inteligencia.

*** Que el derecho penal entra como parte en el organismo total del derecho, indícalo desde luego su mismo nombre; y aun antes que en este organismo, á su vez asumido en el concepto supremo de la vida, entra en aquel conjunto de preceptos que forman lo que suele llamarse el *derecho para el derecho*, en cuanto se mira el derecho como fin que ha menester para su realización de medios correspondientes. Es una rama del *derecho del Estado*, á la manera que el autor lo expresa; y en este punto no estará de más recordar que el *Estado*, visto como *posición* del ser que convierte su actividad al cumplimiento del fin jurídico, cabe en todos los grados de la personalidad, se da en la esfera immanente al igual que en la transitiva, con lo cual, y bien entendido, el delito y la pena se revisten del fondo ético que en realidad tienen y del alcance que *históricamente* se les niega al confundir su existencia y eficacia con la posibilidad de su reconocimiento legal y de su carácter forense.

No es que nosotros desconozcamos que el derecho penal que hace efectivo el Estado oficial ha sido y debe ser definido en límites más ó menos semejantes á los usuales; pero de hacer aquella distinción depende la explicación racional de lo variable de esos mismos límites en el tiempo, la evitación de tautologías y salvedades nada satisfactorias al puntualizar lo que el delito sea, la adecuada estima de la reparación jurídica por virtud de la pena, etc., etc

Como parte integrante del total organismo jurídico, es obvio que el derecho penal ha de sentirse influido y ha de influir, á su vez, por y en las restantes esferas de ese orden (§ 4), influjos que se deducen del mismo concepto orgánico enunciado, y que cabe estudiar como la más próxima de las relaciones de nuestra ciencia con las otras. No haya, sin embargo, á creerse por viciosa interpretación de los términos, que el derecho penal limite en modo alguno el derecho (*implicat in terminis*) sino la actividad antijurídica, que es todo lo contrario, procurando, en último caso, reeducarla para su legítimo empleo. De los más notorios entre tales influjos freron los ejercidos por los *cambios políticos*, según lo expresó brillantemente Ortolán en sus *Lecciones sobre legislación comparada*; y las necesidades temporales que justificaron á su hora este movimiento, dejaron tras de sí prejuicios y tendencias que hemos de ver y recordar alguna vez en adelante y que es ya preciso rechazar en bien de la ciencia.

*** En cuanto el derecho penal puede considerarse como materia del pensamiento y como materia de la obra, se afirman y distinguen la *ciencia* y el *arte* correspondientes, sin oponerse ni separarse, antes bien condicionándose de un modo recíproco para el perfeccionamiento mutuo. Porque en todo tiempo se ha practicado aquella suerte de repulsión defensiva que lo penal entraña, dice nuestro autor, que el arte precede cronológicamente á la ciencia, refiriéndose, sin duda, á aquel hacer estimulado por la necesidad, bajo el imperio del instinto, que no es el propio hacer artístico (*age quod agis*), el cual supone la posesión de la idea, la previsión del resultado, y la elección reflexiva de los medios para la adecuación y correspondencia de estos términos. El arte penal así visto, progresa paulatinamente á través de la historia, y de su estado actual (todavía deficiente con exceso, aunque aspire á salvar la mayor deficiencia histórica, lo que al *ofensor* se refiere) cabe inferir los grandes esfuerzos individuales y colectivos que su integración reclama.

El arte del Derecho, ó sea su obra racional, por manera que se cum-

pla tal y como debe cumplirse, ó, caso de perturbarse, se restaure tal y como su naturaleza exige, no sólo comprende las partes que el autor señala, sino otra que asume importancia capital y trasciende á las demás en proporciones dignas del mayor interés

Por eso creemos que nuestro Silvela procede con acierto al enumerar: 1.º, aquel arte que compete á todo ciudadano, en cuanto debe obrar de modo que su singular conducta no perturbe nunca el derecho y así le sirva favoreciendo una conducta análoga en sus semejantes (*in jure vivere*); 2.º, aquel arte asignado especialmente al legislador, que ha de declarar el derecho y ha de asegurar su imperio conforme al *ideal de tiempo* y mediante las instituciones requeridas y eficaces (*jus condere de condo*, fundar, construir); 3.º, aquel arte que toca al juzgador y al intérprete, quienes sobre la base de lo *fundado* y con vista del hecho concreto, proceden á su adaptación y resuelven el conflicto (*jus conditum dicere*).

Pero hemos dicho que el *in jure vivere* debe ocupar lugar preminente y se comunica á todo lo otro, porque de lo que es y obra la persona individual depende sustancialmente la vida interior del derecho que es su verdadera vida; falsa y no más que aparente en cuanto forma la exterioridad del Estado oficial, si á ella no llevan los hombres, es quien al fin se da el principio activo, abstracto, las disposiciones necesarias al efecto. ¿Por ventura existe alguna máquina de producir derecho? ¿Le producirán legisladores ineptos ó jueces prevaricadores? ¿Vivirá en la ley positiva ó escrita, signo material ó *inanis umbra* del derecho, por sí sola, y que tantas veces es *littera tristis* ó *littera mortua*?...

*** Contemplado el derecho penal como ciencia, habrá de ofrecerse el conocimiento con aquel carácter y en aquel grado de organización que la lógica (ciencia para la ciencia) prescribe, y que el autor reconoce (§ 6).

Ella «funda y determina el ejercicio de la facultad punitiva del Estado» (Bernier); «estudia la norma y la forma que deben regular las relaciones jurídicas entre el delincuente y el poder social» (Pugliese); comprende «el conjunto de principios de razón que justifican el poder punitivo y marcan los modos y límites de su ejercicio» (Brusa); y ella se dan como elementos orgánicos del contenido, según se producen en la vida, la doctrina del delito, la de la pena y la de su nexos que es la punición del delito, en la que va implicada, al actuarse, la doctrina del procedimiento para el juicio y para la ejecución de lo juzgado, dando origen á sendos estudios, que respectivamente pudieran titular así: *Criminología*, *Penología* y *Teoría del procedimiento penal*, que en su última manifestación abarca la *Ciencia de las punitivas*.

El derecho penal se estudia en los principios, en los hechos y en la relación (compenetración cualitativa) de los principios y de los hechos por donde se dice que hay para él una *filosofía*, una *historia* y una *ciencia filosófico-histórica*, que forman, con sus interiores variedades, la *enciclopedia jurídico penal*. El autor parece insinuar aquí una distinción entre ciencia penal pura (filosofía del derecho penal es historia del mismo) y de aplicación (política penal y ciencia del derecho penal positivo), lo cual ha de ser interpretado con prudente criterio para no incurrir en fáciles errores; y á fin de concordar esa distinción de las ciencias particulares con la que otros autores establecen, diremos que así como en lo tocante á la HISTORIA se incluyen la del pensamiento

científico (*Progresión científica ó Historia de la filosofía del derecho penal*) y la del hecho legislativo (*Historia del derecho penal positivo*). en la FILOSOFÍA han de incluirse la *Filosofía del derecho penal* en sentido estricto (conocimiento del derecho en sí, «en su esencia ideal, universal é inmutable»), y la *Filosofía de la historia del derecho penal* (conocimiento de las leyes que presiden la evolución de lo jurídico). Dentro de la CIENCIA FILOSÓFICO HISTÓRICA están la *Política criminal* y la *Ciencia del derecho penal positivo*, ó sea la *Prognósis* y la *Crítica* de otros tratadistas.

Y aquí parece presentarse la ocasión propicia para decir algo, 1.^o respecto á la tardanza con que lo penal se constituye en ciencia, y 2.^o respecto al valor que tenga ese estudio que ha venido afirmando la existencia de un derecho penal absoluto, permanente, universal; lo cual se relaciona con el criterio opuesto del moderno positivismo y con la cuestión importantísima de los métodos para la investigación del asunto. — Nos limitaremos, porque otra cosa no cabe, á muy breves indicaciones.

1.^o De la importancia y antigüedad de los fenómenos que estudia la ciencia penal no puede dudarse, pues no hay pueblo alguno que carezca de leyes penales; por eso causa mayor extrañeza el retraso á que aludimos. El antiguo aforismo *primum vivere, deinde philosophare*, tuvo aquí más que cumplida confirmación. Sin embargo, cuando se declara que la ciencia penal no existe hasta el siglo XVIII, y que el famoso libro de Beccaria (1764) es como el acta de su nacimiento, no se niegan ciertos antecedentes, mediatos ó inmediatos, sin los cuales ni siquiera tendríamos explicación racional el movimiento científico que entonces toma cuerpo. La declaración se entiende limitada á que el insigne milanés concentró sobre el punto concreto de aquella disciplina la *energía difusa* (valga la frase) de la ciencia contemporánea (acumulada, á su vez, por la labor de las generaciones), formó un todo de verdades coherentes sometidas al principio supremo de la doctrina punitiva, y dió á su obra, en suma, los caracteres del criterio y sistematización que hasta él no habían existido; y eso que nosotros los españoles no pecaríamos de un *chauvinismo* ridículo al pretender para Alfonso de Castro (1550) la gloria de un intento y una labor semejantes en su memorable libro *De potestate legis penalis*, tal vez más apreciado por los de fuera que por los de casa, prescindiendo de cierta confusión de la esfera religioso-moral y de la jurídica, harto explicable á la sazón y no tan lamentable é infundada como algunos suponen.

He aquí las principales explicaciones que en los autores encontramos, respecto al retraso con que se presenta nuestra ciencia.

«El Derecho penal es la fórmula sintética del Derecho: el civil, su fórmula analítica; aquélla es la primera que instintivamente se conoce y la última que reflexivamente se perfecciona. Las manifestaciones analíticas del derecho están en los mismos hechos; la concepción sintética no se manifiesta en los hechos. Estos nos dan el delito, que es la negación del derecho; pero la pena jurídica no la encontramos en parte alguna; no es una relación individual, sino una condición general que sólo se comprende cuando se conoce la fórmula sintética del derecho (Maranges).— Aparte de los pueblos orientales en que el panteísmo dominante informa toda la vida, en las repúblicas greco romanas el socialismo produce análogos efectos; el individuo es absorbido por la colectividad; la libertad es un producto de la organización del Estado; los derechos personales se desconocen, y el valor del hombre está sus-

tituído por el del ciudadano; y como el Derecho penal presupone la afirmación del propio valor personal y la limitación correspondiente del Estado oficial, nada digno de estima puede hallarse hasta venir á las sociedades modernas, que, influidas por la reforma religiosa y el espíritu de libre examen, aleccionadas por el sentido de una filosofía individualista y sacudidas por revoluciones que dieron en tierra con ominosos y gastados poderes, hubieron necesariamente de romper con las viejas doctrinas y crear todo un mundo nuevo de principios y prácticas penales (Pacheco).—El derecho de castigar, ejercido por la sociedad, parecía á los filósofos y jurisconsultos tan evidente, que no pensaron en buscar su fundamento y sus límites (Haus).—Ya ha tiempo que se dijo: *Homines non requirunt rationes earum rerum quas semper vident*. Y esta oportuna reflexión puede ser ampliada con otras: los miseros é ignorantes, los más interesados en refrenar los excesos de la facultad punitiva, no estaban por su misma miseria y abyección capacitados para lograrlo; á los hombres superiores, ó que como tales aparecían ante el poder público, á los favorecidos por la fortuna y por el mando, faltábales un interés directo; la indiferencia y el egoísmo naturales en el mayor número, constituían un poderoso obstáculo; y si á esto se agrega que el régimen era antigalitario, que el privilegio dejaba sin consecuencias para la punición los desafueros y atropellos de los privilegiados, sube de punto el valor de estas consideraciones. Piénsese, además, que á pueblos rudos, acostumbrados al ejercicio de la fuerza bruta, avezados á la guerra y al despojo, el exceso y la injusticia en el orden de la penalidad, no habrían de aparecerles tan estimables y odiosos como necesariamente hubieron de aparecer ante las naciones modernas, redimidas por una religión de caridad y favorecidas por toda clase de progresos intelectuales y económicos. A todo lo dicho, y á lo que se habría de añadir si estudiásemos con detenimiento el papel que respectivamente desempeñaron en el mundo unos pueblos y otros, por virtud de su peculiar vocación y destino, hay que agregar todavía que la ciencia penal requiere para su efectiva formación el concurso de variados adelantos, ya en ciencias afines, como la Ética, el Derecho público, etc., ya en ciencias auxiliares, tales como las médicas, que á su vez piden el auxilio de otras naturales; y por razón de esta complejidad, y en virtud de evidente ley biológica, claro es que nuestra ciencia debía llegar con relativo retraso, según nos lo corroboran las tendencias que actualmente se marcan por efecto de progresos y descubrimientos en aquellas esferas del conocimiento» (1).

2.º Cuando se pretende ridiculizar por los sostenedores de las no visimas teorías penales aquellas *justicia eterna* y aquel criterio diferencial entre los principios fundamentales y permanentes y las manifestaciones históricas variables, cuya existencia afirma y sostiene la ciencia que se da por desacreditada y muerta, no sólo se desnaturaliza á gusto del impugnador la doctrina contraria, y aun se delata á las veces su desconocimiento, sino que se incurre en el vicio que se critica, mutilando la realidad, cayendo en un dogmatismo arbitrario, y poniendo en olvido las leyes y enseñanzas más claras del proceso científico. Por de pronto, como nada perece y se aniquila en la vida universal, nada se aniquila y perece totalmente en el orden del pensamiento, y nada de lo que fué dejó de tener su razón de existencia, ni

(1) *La Nueva Ciencia penal*, págs. 11 y siguientes.

nada de lo que es dejó de ser engendrado por lo que fué; por donde se sigue, que ese prurito de negación inconsiderada, de novedad soberbia y de afectado desdén, ni es propio de *sabios*, ni se compadece con la verdadera ciencia. Claro es, además, que el ataque no alcanza sólo al derecho penal, sino al derecho todo, cuyo conocimiento en sí y con las notas referidas han pretendido los *aprioristas* y *metafísicos* del antiguo régimen; pero al romper con esta tradición, en la que pusieron prestigiosos empeños los pensadores más insignes, se pierde la base de criterio que reputamos indispensable, porque no siendo el derecho cosa alguna que se dé como propio ser ni como hecho sensible en el orden de la naturaleza corpórea, ni que se agote al producirse en el nudo fenómeno de la vida individual ó social, no se concibe la diferenciación y calificación de lo jurídico, que es punto de partida para separar esta esfera de la realidad y someterla á los procesos de la investigación, sean cualesquiera los que hayan de adoptarse. Aun definiendo, pues, á la legitimidad del propósito y de los métodos que hoy se invocan, es fuerza recurrir, en calidad de postulado cuando menos, á los teoremas formulados con vista directa del principio absoluto de la ciencia; y porque esto, que decimos forzoso, suele hacerse por modo deficientísimo, que acusa un saber escaso de la labor realizada ya y una torpe confianza en la intuición personal momentánea y *sugestionada* por prejuicios de escuela, viénese á resultados estériles ó nocivos para el progreso del pensamiento científico, á tanteos y ensayos sin motivo que los fundamente y sin consistencia que los avalore. Una *verificación* imparcial y atenta de la doctrina dominante, por virtud de los métodos en boga y con el auxilio de los adelantos obtenidos en ciencias que aparecieron distanciadas con exceso de la jurídica, sería muy otra cosa y en nada repugnaría al ideal común de verdad; pero no es camino que á ello conduzca preterir arbitrariamente los principios de razón y los dictados de conciencia, que tienen *positiva* realidad; mutilar la naturaleza humana en sus elementos sustantivos y en sus aspiraciones generosas; oscurecer el fondo de la vida y navegar sin rumbo sobre la turbia corriente de las apariencias efímeras, y preparar así, por obra de extremoso afán, una disyuntiva inaceptable, que acabaría en algo semejante á estas frases de Diderot: «Una sola demostración me impresiona más que cincuenta hechos; gracias á la confianza que tengo en mi razón, mi fe no está á merced del primer titiritero. ¿Quieres que me haga tu prosélito? Deja todos tus prestigios y razonemos; estoy más seguro de mi entendimiento que de mis ojos.»

Cuando se habla de un derecho penal superior á todos los tiempos y lugares, no se dice que tenga desde luego una eficacia objetiva y universal en la ciencia y en la práctica, ni tampoco se contrapone al histórico legal, del que sólo se distingue y no se separa; lo que se dice es que eso que vive tiene una esencia, en la que se engendra las manifestaciones de su vida, y un proceso á que esta vida se ajusta; y que la razón del hombre acusa la existencia de ambas cosas, y su entendimiento penetra más y más en el conocimiento de ellas, según le es posible. Ni cada manifestación de por sí, ni todas las manifestaciones juntas, son la esencia, porque (aparte de otros razonamientos) no la agotan ni la agotarán jamás, ni ninguna manifestación es ajena á la esencia, que expresa tan sólo parcialmente en un respecto. Como objeto cognoscible, en los límites del conocer humano, aquel derecho está sujeto á las variaciones de teorías y sistemas, que no afectan á su permanencia objetiva, reconocida como existente y vista en aspec-

tos que la investigación progresiva (en cuyas modalidades y estados nunca hay error total) puntualiza, suma y compone, señalando ideales parciales, que tampoco son nunca todo el ideal, ni á él son absolutamente extraños, y refiriéndolos al supremo intento de la armonización y correspondencia entre el conocimiento y el objeto, la *idea* y la vida, la ley y el derecho, el pensamiento y la conducta.

Conste, sin embargo, que la reacción presente ni carece de explicación por descarríos anteriores en inverso sentido y por expresar aquel apasionamiento con que siempre se inician movimientos innovadores de esta índole, ni puede ser juzgada con igual dureza tomando en cuenta, no ya las opiniones singulares del sectario, que siempre tiende á suplir con la exageración y la vehemencia del discurso lo que le falta de originalidad y madurez de concepción, sino el conjunto de la doctrina con los capitales principios que la informan, las rectificaciones que consiente y los previsibles beneficios que entraña. De todas suertes, y á nuestro modo de ver, no hay por qué renunciar á la consideración del derecho penal bajo el aspecto á que nos referimos; y, en cambio, sin renunciar tampoco á los resultados del método inductivo y experimental que se preconiza, hay que poner en plena luz hasta qué punto consiente su empleo la ciencia del derecho, cuál habrá de ser el valor de los datos así recogidos, y cómo ha de completarse la investigación para no caer en un particularismo vicioso, en un mezquino empirismo, en interpretaciones violentas ó en precipitadas y deleznales conclusiones.

..* De la ciencia del derecho penal, como de cualquiera otra ciencia, cabe afirmar desde luego que no constituye un conjunto de conocimientos aislados, desligados de todo enlace con cuantos, á la vez que ellos, forman el patrimonio moral de la humanidad. En la realidad, que sirve de objeto á nuestra inteligencia, todos los elementos se concatenan y recíprocamente se influyen; uno es también el sujeto del conocer (el hombre, *mundo menor*), y un común carácter ha, por precisión, de dominar en los resultados de la reflexión que calificamos de científicos. La ciencia es una, como la verdad; pero las leyes á que está sujeto el pensamiento humano, limitado, finito, y la posibilidad de disponer y emplear los medios de la indagación para un fin ó para otro, imponen y dan la razón del particularismo científico, mientras que, sin salir nunca por completo del imperio de aquellas leyes, los progresos del pensamiento van realizando poco á poco en el total organismo de la ciencia una labor análoga á la que supone la agrupación y sistematización de las verdades que acaban por integrar una ciencia particular cualquiera. Son, pues, una la ciencia, varios los ordenes del conocimiento, necesarias las relaciones entre éstos, y cada vez más sensibles, amplios y eficaces, el aprecio y la utilización de esas mismas relaciones.

Cuando, con vista de una ciencia dada, se señalan aquellas otras ciencias que para ella son ó *afines* ó *auxiliares*, se reconoce cuanto acabamos de decir y se trata, además, de significar la mayor ó menor proximidad y fuerza del vínculo que las enlaza. Ni las afines dejan de ser auxiliares, sino que lo son en grado máximo. por la relativa comunidad de su naturaleza, ni las auxiliares dejan de ser afines, porque de otro modo no sería posible ese auxilio; y hay, por tanto, que entender esa especie de clasificación de relaciones sólo en el sentido que indicamos, sin negar siquiera *á priori* la posibilidad de cambio

en la distribución que aconseje el estado general presente del conocimiento.

De la ciencia penal se dice que tiene sus *afinidades* inmediatas en las demás ciencias que son también jurídicas, y mediatas en las restantes que estudian otros problemas antropológicos ó sociológicos (ciencias morales y políticas); y sus *auxilios* en los datos que proporcionan las ciencias físicas ó naturales. De ahí que se presenten como tres series de relaciones, en la primera de las cuales se distingue el íntimo enlace de la ciencia penal, ante todo, con las otras ramas del derecho público (derecho político, administrativo, internacional), y después con el derecho privado y privado social (civil, mercantil, canónico); en la segunda suelen con preferencia citarse las relaciones que mantiene nuestro estudio con la Etica, la Psicología, la Historia, la Economía y la Estadística, y en la tercera se mencionan las que se refieren á la Química, á la Física, á las ciencias médicas en general, y, singularmente, á la llamada *medicina forensis*.

En esa especie de *gama* que se intenta establecer, no sólo caben discrepancias sobre el número de las notas que han de formarla y de su colocación respectiva, sino acerca del valor que á cada una deba corresponderle. No pretenderemos nosotros salvar tales discrepancias; acaso no lo juzgamos actualmente hacedero (para nosotros á lo menos), y siempre sería prolijísima tarea, ajena á este lugar y á nuestro cometido, siquiera nos cumpla ampliar la insuficiente indicación del autor (§ 9). Con este fin, y á más de lo ya dicho, hemos, sin embargo, de advertir: 1.º, que algunas de aquellas relaciones tienden ó han llegado ya á constituir estudios singulares que acusan más fuertemente la existencia del vínculo supuesto, y representan una suerte de fusión, no siempre bien entendida; así, contamos con estudios de derecho penal internacional (el de Pepere, por ejemplo); así, no sólo pudo verse el derecho penal dentro del administrativo en ciertos rescriptos (Berner), sino que, por virtud de la extrema importancia que la escuela positivista atribuye á la función *preventiva* (Ferri), parece que se va á una indistinción de contenido y límites contra la cual, y no sin fundamento, se ha protestado (Lucchini, entre otros); así, por un modo de aplicación de la Psicología pura á la Etica, ha venido á existir la Psicología criminal, que si no es cosa del momento, porque, sin ir más atrás, el libro de Schaumann (*Ideen zu einer Kriminalpsychologie*, 1792) es de los clásicos en la materia, toma hoy especial relieve y carácter.

2.º Es de advertir también que la Antropología y la Sociología, ciencias sintéticas, ó si se quiere, de índole enciclopédica, claro es que no deben ser omitidas al tratarse de las relaciones de la penal, que es, sin duda, ciencia antropológica y sociológica; pero en este punto conviene saber, que aún no se ha acertado á definir las por manera suficiente para que se vea deslindada la esfera propia de cada una y no se usurpe ó se niegue la que compete á otras disciplinas que llevan á ellas y de ellas reciben influjos y elementos determinados. Conformes con que la Antropología no es ya la antigua etnografía simplemente, pues no sin razón distinguió Broca como miembros de aquélla, á más de la Antropología descriptiva, la zoológica y la general (siendo ésta la más afín de nuestra ciencia); y conformes asimismo con que la moderna Sociología sale de los confines de la antigua filosofía de la historia, no debemos estarlo con que se ensanche su campo de acción, sus términos jurisdiccionales, digámoslo así, hasta un extremo tal, que parezca que los antropólogos ó los sociólogos, por turno, van á

dar cima á una empresa para la que, según hubimos de decir en otra ocasión, apenas habian sido bastantes los reveladores y los profetas, los teólogos y los moralistas, los metafísicos y los historiadores, los literatos y los médicos, los naturalistas y los psicólogos, los estadistas y los jurisconsultos, etc., puestos á su senda obra y persistiendo en ella durante largos siglos. No vamos á volver al caos para mejorar el mundo; no ha de ser el mundo de la ciencia un mundo aparte en que la ley de la evolución, que tanto se invoca, se encuentre desmentida; no tiene, en fin, por qué perder la ciencia del Derecho, y dentro de ella la del penal, aquella *sustantividad* que obtuvo á costa de largos esfuerzos y que vienen á negar los que la dan por absorbida y disuelta en uno de esos océanos de la sabiduría contemporánea.

3.^o Debemos, por último, advertir que, dadas las actuales corrientes, los contactos del derecho penal con los estudios físico naturales se han hecho tan íntimos y continuados, que apenas hay criminalista al uso que no oficie de anatómico, fisiólogo, botánico, etc., y no procure aportar el contingente de personal labor en este orden de investigaciones. Pero, sin llegar aquí, la importancia que revisten las relaciones de nuestra ciencia con la Historia y la Estadística son hoy excepcionales, puesto que mediante ellas se facilita el método de observación y de experimento que ha de dar firme base á la solución de los problemas de la delincuencia.—Respecto al primer punto, no sobrará precaverse contra los peligros del *diletantismo* científico; y respecto al segundo, no ha de olvidarse que la Historia suele ser arsenal en que encuentran armas los defensores de cualquier doctrina, empezando por la infidelidad del relato y acabando por la interpretación arbitraria; y que á la Estadística no debe pedírsele lo que no puede dar; y para lo que puede dar, ni es cosa fácil obtener la exactitud de los datos, ni mucho menos estimarlos juiciosamente.

No hay en nuestros reparos un prurito de oposición, un *misoneismo* ridículo, sino el deseo sincero de evitar las exageraciones de toda clase y de recabar para la ciencia la discreción y la seriedad que le son propias. Por lo demás, uno de esos *clásicos* desdeñados, el ilustre Rossi, nos enseñó tiempo ha que «la historia natural del hombre debe ser un resultado de la exacta observación de todos los hechos internos y externos de la naturaleza humana, y los legisladores y jurisconsultos empiezan á penetrarse de la obligación que tienen de comprender al hombre antes de darle leyes y erigirse en jueces de sus acciones» (1).

. Del concepto de la introducción, apuntado al comienzo de estas notas, de lo que muchos tratadistas hacen y de lo que la propia experiencia de la cátedra nos ha enseñado, podría sin inconveniente deducirse la oportunidad de tratar aquí lo tocante á *fuentes* y *procedimientos* didácticos, ya que el autor se ha limitado á una noticia bibliográfica, que, á su vez, permitiría la ampliación consiguiente respecto al tiempo posterior á la publicación del libro en Italia. Temerosos siempre de salirnos del papel de meros anotadores, obligados á concordar nuestra tarea con la distribución de materias tal como aparece en el texto, y faltos de la magistral erudición del profesor de Nápoles, hemos de ceñirnos á brevísimas referencias.

La palabra *fuentes*, en su sentido figurado, vale tanto como «origen, principio ó fundamento de una cosa»; y con relación al derecho,

(1) TRATADO DE DERECHO PENAL, *Introducción*.

las fuentes se dividen en primarias y complementarias, de formación y de precepto, en los cuales calificativos se determina su importancia y valor, según se considere el origen racional, la forma de manifestación evolutiva y lo que se llama *vigencia* ó fuerza obligatoria actual de la regla. Consideráanse como fuentes del derecho la ley positiva, la costumbre, la jurisprudencia, el derecho natural y el llamado científico; enumeración muy rectificable, no ya atendiendo á que pueden reducirse sus términos con incluir, v. gr., la jurisprudencia en la costumbre (*usus fori*), como algunos autores hacen, sino recordando que el derecho natural, aplicado ó en previsión de aplicarse, vive en la ley y en la ciencia dentro de proporciones variables y progresivas. En realidad de verdad, pues, la fuente única del derecho es la naturaleza humana, de cuyo fondo le educa la razón y se expresa y actúa en la vida mediante órganos y formas adecuados. Concretando aquella doctrina, ordinariamente aceptada, al derecho penal, afirmase que la ley es la fuente primaria y de precepto, y de su consignación expresa por el legislador, así como de lo que la costumbre y la jurisprudencia significan, habla el autor más adelante, y allí completaremos nosotros este punto.

Con el derecho científico se anuda la cita bibliográfica antes aludida, y acerca de esto manifestaremos que la aparición y desarrollo de la escuela antropológica ó positivista de un lado, y de otro la publicación en Italia del nuevo código penal, han dado margen á numerosas obras, que, con las debidas al movimiento científico y legislativo general, forman un catálogo copiosísimo. En una de las notas puestas por Lucchini á la versión francesa de su notable libro *I semplicisti*, se declara que en los últimos seis años no aparecieron en Italia menos de trescientas publicaciones de derecho penal clásico, entre las cuales más de cincuenta pasan de 300 páginas, y que apenas transcurridos dos años desde la promulgación del nuevo Código, había ya más de ciento á él referentes, entre comentarios, manuales, guías, críticas, etc. Por este dato cabe juzgar de febril interés que los problemas penales despiertan, más intenso en Italia, pero no escaso en las demás naciones de Europa y América; y aun descargando todo lo que quisiera darse por inútil ó por insignificante, sería impropio de este sitio una adición con pretensiones de completa.—Al frente de la literatura de la escuela positivista están los tan conocidos libros de Lombroso, Garofalo y Ferri, *El hombre delincuente*, la *Criminología*, y los *Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, de los que hay ediciones varias en su lengua nativa y en otros idiomas, y en los que sus autores fueron introduciendo variantes significativas. El reciente trabajo de Frassati *La nueva escuela penal en Italia y en el extranjero* (1891), suministra noticias abundantes de este movimiento.

A la lista general del autor añadiremos lo siguiente:

Coglioto: «Completo tratado teórico y práctico de Derecho penal». Milán, 1889.—*Puglia*: «Manual de Derecho penal según el nuevo Código». Nápoles, 1890.—*Tuozzi*: «Curso de Derecho penal según el nuevo Código italiano». Nápoles, 1890, 1891.—*Serafini*: «Comentarios al nuevo Código penal italiano» Pisa, 1892.—*Paoli*: «El Código penal de Italia y su sistema penal». París, 1891.—*Impallomeni*: «El Código penal italiano ilustrado». Florencia, 1890.—*Bucellati*: «Instituciones de Derecho y procedimiento penal». Milán, 1884.—*Crivellari*: «Conceptos fundamentales de Derecho penal». Turín, 188.—*Liszi*: «Derecho penal alemán». Berlín, 1884.—*Pincertele*: «Manual de Dere-

cho penal». Turín, 1888.—*Garraud*: «Tratado teórico práctico de Derecho penal francés». París, 1888.—*Le Sellyer*: «Estudios históricos, teóricos y prácticos, sobre el Derecho penal», trad. ita. de S. Giustiniani, con notas del mismo. Turín, 1887, 1890...—Para los más cumplidos datos de este género recomendamos especialmente los Boletines bibliográficos del *Archivio di Psichiatria, Science penali*, etc. (Turín) de la *Rivista penale* (Bologna), y las publicaciones *ad hoc*. *Rivista internazionale di scienze giuridiche* (Macerata) y *Sommaire periodique des Revue de Droit* (Bruselas), esta última consagrada á dar cuenta de los artículos que aparecen en los periódicos de Derecho.

Refiriéndonos ahora á la literatura jurídico penal española, es fuerza confesar que no sobresale por su riqueza ni por su valía. Sin embargo, algún nombre más pudiera haber citado el autor en su índice bibliográfico; y en los que cita, pudo haber sido menos deficiente la mención. ¿Por qué omitir, v. gr., á Alfonso de Castro, á Matheu y Sanz ó á Lardizábal, y por qué olvidarse de otros trabajos de Pacheco ó Doña Concepción Arenal, distintos, y tal vez más notables que los mencionados?—Prescindiendo de nuestros teólogos y canonistas, en cuyas obras (las de Soto, Vitoria, Molina, Orozco, Suárez, Simancas, etc.) mucho útil, por varios conceptos se encuentra, el ya aludido libro *De potestate legis penalis* constituye á mediados del siglo XVI un documento interesantísimo y adquiere mayor significación cuando se ve reproducida su doctrina, bastantes lustros después, por filósofos y juristas tan insignes como Grocio, Selden y Leibnitz, y servir de base á las posteriores teorías penales que buscan su único sustento en la ley moral.—Entre los comentadores antiguos, al lado de los que el autor incluye, deben figurar, con Matheu y Sanz, Cobarrubias, Antonio Gómez y Acevedo, cuyos escritos, en lo concerniente á la legislación penal, son muy dignos de estima. La contienda entre Acevedo (D. Alfonso) y Castro (D. Pedro) acerca del «tormento» ofrece singular interés en el pasado siglo; y el «Discurso sobre las penas» de Lardizábal, ha dado justo renombre á este jurisconsulto. En el siglo XVIII y á principio del presente abundan también en España las obras de práctica criminal, toles como las de Vilanova, Alvarez, Posadilla, Gutiérrez (D. Juan y D. José), Tapia, Vizcaino, Elizondo, Boada, Suárez de Paz, Pérez y Alvarado, etc., en casi su totalidad de muy escaso mérito. Con la codificación penal, iniciada aquí por las Cortes de Cádiz y hecha efectiva en 1822 1848 y 1870, aparecen comentaristas distinguidos, tales como García Goyena, Pacheco, Vizmanos, y Alvarez, Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga, Caravantes, Selva, Azcutia, Groizard, Viada y Vilaseca, etc., siendo digna de estudio la extensa discusión habida en las Cortes extraordinarias de 1821 sobre el primero de aquéllos Códigos y en la cual tomó una parte tan activa el ilustre Calatrava. Aparte de las aplaudidas *Lecciones* de Pacheco, los libros de Galilea, Laserna y Montalbán, Paso y Toro, Laso, Aramburu y Arregui, Llopis, Crespo, Rueda, Valdés, Rubio y otros, tienen los más carácter didáctico elemental y se ciñen al precepto legislativo. Destácase entre ellos la notable obra del Sr. Silvela (D. Luis), que en su primer volumen estudia filosóficamente la materia.—En la parte histórica, claro es que todos los tratadistas que expusieron la historia general del Derecho español, comprendieron la del penal, y aun los mismos comentaristas, comenzando por Pacheco, que puso al frente de sus comentarios una excelente introducción histórica, suelen adjuntar noticias de esta clase; pero también contamos con algunos trabajos especiales de Gutiérrez (D. Benito), Lamanette, Gil Maestre, etc., y la

traducción hecha por Caravantes del tomo correspondiente á España en la obra de Du Boys.—Y á propósito de traducciones bueno es saber que los celebrados libros de Beccaria, Filangieri y Bentham, fueron muy pronto vertidos al idioma patrio y alentaron los progresos de la opinión y de las leyes; y que en años sucesivos y hasta el día, se tradujeron también los de Rossi, Ortolán, Franck, Tisot, Marat, y algunos trabajos importantes de Carrara, Röeder, Mancini, Mandsley, Ferri, etc.

En lo referente á bibliografía de la ciencia de las prisiones, algo puede apuntarse que demuestre la afición con que en España fué mirado este linaje de estudios, siquiera los resultados prácticos caminen con muy tardo paso. Los libros antiguos de Sandoval, Cerdán de Tallada, Suárez de Figueroa, Chaves, Guevara y Baca, despiertan tanta curiosidad como admiración; y desde que Howard vino á marcar en este respecto un momento tan solemne como el que constituye en el suyo la obra de Beccaria, no escasearon los estudios de este orden, hechos por Arquellada, López (D. Marcial), Villanova y Jordán, La Sagra, Hernández, Muruve, Barnuevo, Canalejas (D. J. M.), Borrego, Silvela (D. M.), Vega de Armijo, San Millán, Armengol, Romero Giron, Santa María de Paredes, Jimeno Agius, Lastres, Doña Concepción Arenal, Salillas, etc.—El Sr. D. Victor Teijón ha llevado á cabo la colección legislativa de este particular, y el Ministerio de Gracia y Justicia publicó en 1889 el primer *Anuario penitenciario*, administrativo y estadístico, en el que se ven reunidos muchos y valiosos datos; aunque según vemos, publicación tan útil y recomendable ha sufrido ya una interrupción dolorosa.

La escuela antropológica italiana tuvo y tiene en España alguna resonancia, según se ha revelado en artículos, discursos y libros de Pérez Oliva (traductor de Ferri), Vida, Salillas (el más activo y muy inteligente propagandista), Garrido, Letamendi, Valentí, Silió y Cortés, Dorado Montero y otros más, entre los que el autor de estas notas no debe excluirse por falta de modestia (1).

Finalmente, pudieran citarse, á no pecar de prolijos, varias monografías relativas á singulares problemas de nuestra ciencia, así como excelentes trabajos que vieron la luz en las revistas profesionales ya desaparecidas (*La Crónica jurídica*, *El Derecho moderno*, *El Boletín de Jurisprudencia*, *El Faro Nacional*), y en las principales que hoy existen (*Revista de Legislación y Jurisprudencia*, *Revista de los Tribunales*, *La Nueva Ciencia jurídica*, *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, etc.).

● «Un hecho que por su reproducción en todos los tiempos y en

(1) La acogida dispensada por los escritores extranjeros á nuestra humilde obra ya citada, nos obliga á la más honda gratitud; y aunque tal vez se juzgue fuera de lugar, hacemos aquí pública manifestación de ella, con tanto más motivo, cuanto que sólo vemos en el éxito obtenido la confirmación del antiguo aforismo *habent sua fata libelli*, y no han sido los adversarios los menos pródigos en innmerecidas deferencias. Dígalo, si no, el prólogo escrito por Enrique Ferri para la traducción española de sus *Nuevos horizontes*...—Conste, sin embargo, que aquella gratitud no implica la abdicación del criterio sostenido en nuestra modesta crítica, pues hasta pensamos que el rumbo que desde 1887 hasta el momento actual siguió la ciencia en los puntos más discutidos de la doctrina, antes arguye en pro que en contra de nuestros temores y esperanzas.

todos los lugares de la historia, puede decirse que se presenta como una constante tradición de la sociedad humana, es el de la justicia penal, por la cual el hombre, considerándose como investido de un deber sagrado, somete á su semejante á la eficacia de un castigo, cuando se ha convertido en autor de algún hecho que se considera como una transgresión de los principios en que se apoya la vida social». Con estas palabras comienza Pessina su hermoso libro. Pero en el curso de los siglos la justicia penal ha sufrido hondas transformaciones, así lo reconoce el ilustre penalista. «Ni siempre fué igual, añade, la forma en que este hecho se presentó, ni siempre fué regulado por las mismas leyes».

La ley penal que en tiempos pasados reglamentaba las costumbres sociales, la vida religiosa y hasta llevaba su ingerencia dentro del círculo familiar, va restringiendo cada vez más su esfera de acción ante el creciente respeto debido á la libertad individual. Recuérdense aquellos delitos tan duramente castigados en épocas en los que el poder social tendía á mantener por todos los medios la unidad religiosa: delitos de herejía, de apostasía, de magia, hechicería, etc., infracciones que se castigaban con la pena de muerte, ejecutada con formas crudelísimas; todos estos hechos y otros muchos antes castigados, han desaparecido hoy día de la lista de los delitos y son en la actualidad completamente indiferentes desde el punto de vista penal. En cambio, por otra parte, los descubrimientos científicos, las transformaciones verificadas en las condiciones sociales el desarrollo de la industria, del comercio y de todas las formas de la actividad humana, han hecho aparecer nuevas figuras de delitos antes desconocidas. Los delitos de *sabotage*, los cometidos con ocasión de huelgas, el *chantage*, ciertas formas de estafa, etc., son tipos de estos delitos «nuevos» (1).

De modo que en la evolución de las instituciones penales asistimos á dos procesos contrarios: por una parte, desaparición de las leyes penales de hechos antes delictuosos y hoy indiferentes; por otra, incriminación de nuevos hechos no previstos como tales delitos en las legislaciones anteriores.

Pero los cambios verificados de la vida social en todas sus manifestaciones, han influido no sólo en la transformación legal del concepto del delito, sino hasta en la forma de aparición de la delincuencia.

«El mal y el dolor, dice Niceforo, no se volatilizan bajo la llama abrasadora del progreso humano. Se transforman; y el delito, hijo primogénito del mal, obedece á esta ley. El delito no muere; se transforma, pasando de ambiente en ambiente, de civilización en civilización. Diríase que muda de color según que se le mire en una sociedad bárbara ó en una sociedad moderna, en las casas de los pobres ó entre el oro de los ricos. Residuo infectivo del veneno de la miseria, parécenos hoy ácido corrosivo del sentido moral; mañana nacerá de la riqueza opio adormecedor de la conciencia humana» (2).

La primera de las transformaciones es el tránsito de la violencia al fraude. En las sociedades primitivas el delito se comete empleando generalmente procedimientos de fuerza, procedimientos *violentos*; hoy se realiza mediante la *astucia*, por medios fraudulentos

(1) Lombroso ha consagrado parte de un interesante libro al estudio de estas modernas formas de criminalidad. *Delitti vecchi e delitti nuovi*, parte cuarta, Torino, 1902.

(2) Niceforo, *La transformación del delito en la sociedad moderna*, Madrid, 1902.

Antes, dice Niceforo, el bandido asaltaba al caminante en la carretera, y asesinándole, le robaba. Ahora, el malhechor se enriquece enviando un falso telegrama de Bolsa, cometiendo una estafa, amenazando con un escándalo; recurriendo en suma al fraude y no á la violencia.

La causa de esta transformación, dice Niceforo, hay que buscarla en los diversos tipos de civilización que el hombre ha creado. Estos son: la *civilización violenta*, civilización antigua; y la *civilización fraudulenta*, civilización moderna.

En la civilización de forma violenta, el poder político, la riqueza se adquieren con la fuerza, con las armas. Entonces la criminalidad se manifiesta principalmente en el asesinato, el homicidio, los robos á mano armada. En la civilización del tipo frudulento, la lucha es de astucias y de engaños, el poder y la riqueza se adquieren, no con el hierro, sino con el oro. En este período los homicidios disminuyen, decrecen también los robos violentos; en cambio, aumentan en proporciones colosales las estafas, las quiebras, las falsificaciones.

«Ahora bien, añade este ilustre criminalista, como el progreso no hace otra cosa que transformar las sociedades viejas en sociedades modernas y las arcaicas civilizaciones violentas en civilizaciones fraudulentas, es un efecto necesario de esta transformación que los delitos violentos disminuyan y cedan el puesto á los fraudulentos.»

La segunda transformación señalada en la delincuencia actual se manifiesta en el aumento de la criminalidad de los menores y de las mujeres. La sociedad moderna, segun Niceforo, no sólo transforma el delito sino también el delincuente. *La sociedad moderna tiende, por consiguiente, á aumentar la delincuencia de los jóvenes y de las mujeres.*

El hecho del aumento de la delincuencia de los jóvenes está demostrado plenamente por las estadísticas, y este crecimiento parece que se verifica con tal rapidez, que justamente ha alarmado á todos los estudiosos de la ciencia criminológica, hasta tal extremo, que el tratamiento de la criminalidad juvenil es hoy, quizás, el más interesante problema criminológico planteado. No hay congreso, asamblea ó reunión de criminalistas donde no se examine esta cuestión en alguno de sus aspectos, el número de libros, folletos y artículos de revistas consagrados á su estudio es incalculable, y dentro del terreno legislativo, las más interesantes leyes y disposiciones aparecidas en los últimos años, están encaminadas á buscar una solución á este mal creciente.

La transformación en la edad de los delincuentes, se verificaría en opinión de Niceforo, por el influjo de las mismas causas que determinan la transformación de la delincuencia violenta en delincuencia fraudulenta, esto es, por el carácter de la civilización. Esta, en cuanto civilización que es de tipo fraudulento, transforma la delincuencia violenta en fraudulenta, y en cuanto civilización dotada de un rápido movimiento, transforma la edad de los delincuentes aumentando el número de los menores.

Así, según este autor, el aumento de la criminalidad de los menores no debe buscarse en causas ajenas á la civilización, sino en la esencia misma de esta civilización vertiginosa. Es la velocidad de la vida, creada por la civilización moderna, lo que crea á su vez la delincuencia de los menores. Los delitos de los jóvenes son, pues, de aquellos males que la misma civilización engendra junto á tantos otros que, como el suicidio, la locura y el nerviosismo, son específicos de ella.

«La delincuencia de los menores aumenta, porque en el febril mo-

vimiento, cada vez más acelerado, de nuestras sociedades, el individuo se hace hombre con mayor prontitud que en sociedades y siglos pasados.»

La transformación de la delincuencia masculina en femenina tiene lugar por razones análogas. La civilización moderna ha arrancado á la mujer de la paz del hogar, la ha separado del aislamiento en que la mantuvieron los siglos pasados, y la ha conducido á tomar una parte activa en la vida social llena de tentaciones y peligros. «Libertada de su esclavitud familiar, semeja á las mariposas que abandonan la zona de sombra donde viven por correr á la luz de una gran lámpara, cuya luz deja á muchas abrasadas». Y Nicefero termina haciendo esta afirmación: que las naciones de mayor civilización tienen también, por lo general, delincuencia femenina más elevada (1).

• De las modernas definiciones del Derecho penal, en mi opinión, merecen registrarse. «El Derecho penal es el conjunto de disposiciones legales que regulan el ejercicio del derecho de castigar» (Prins) (2).

Para Garraud: «El Derecho criminal ó el Derecho penal comprenden el conjunto de leyes que reglamentan en cada país el ejercicio de la represión por el Estado» (3).

Von Liszt lo define «como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado con el fin de ligar al hecho del delito la pena que es su consecuencia jurídica» (4). Según este autor, el delito es un subgénero de la culpa, de la acción culpable contraria á la ley. Y la pena,

(1) Nicefero señala otra tercera transformación de la criminalidad: la criminalidad, dice, abandona las formas del delito artificial, reduciéndose, cada vez más, al delito natural. La criminalidad natural, según este autor, es la que ataca las bases de la sociedad humana, ofende las condiciones de existencia de toda la especie humana. La criminalidad artificial ataca simplemente las bases del estado, sólo ofende las condiciones de existencia de una clase determinada y la organización momentánea de los poderes.

La primera de las transformaciones señaladas por Nicefero, el tránsito de la delincuencia violenta á la fraudulenta, también ha sido puesta de relieve por Ferri. «La criminalidad natural, dice, pasa siempre de las formas de la violencia (muscular) á las de la astucia y de fraude (intelectual). Los delitos contra la propiedad, especialmente en la numerosa especie del hurto indirecto, se hacen más numerosos en relación con los delitos de sangre. Y estos mismos revisten formas cada vez más intelectuales: el homicidio de violento se transforma en fraudulento. El homicidio brutalmente muscular que Tolstoi presenta en el *Poder de las tinieblas* describiendo el padre que aplasta á su hijo bajo una tabla, en la bodega, es sustituido por el homicidio astuto que D'Annunzio presenta en el *Innocente* describiendo el padre que expone por pocos minutos al recién nacido al aire helado de la noche de Navidad y lo hace morir de pulmonía (*Sociología criminale* Torino, 1900, pág. 286; *La justicia penal*, trad. española, Madrid (sin fecha)).

La disminución de la criminalidad violenta y el correspondiente aumento de la fraudulenta puede verse demostrado estadísticamente en el hermoso libro de Augusto Bosco *La delincuencia in vari stati di Europa*, Roma, 1903, especialmente en el cap. IX, pág. 215. Sobre la transformación de la criminalidad, si bien limitada á la delincuencia francesa, puede también consultarse con fruto la obra de Joly, *Problèmes de Science Criminelle*, Paris, 1910, pág. 40 y siguientes.

(2) *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, 1889, pág. 1.^a

(3) *Précis de Droit criminel*, Paris, 1907, pág. 1.^a

(4) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911, pág. 1.^a

en su calidad de sanción propia del Derecho penal, se distingue de las otras sanciones del delito en que constituye una vía de ejecución, de un género especial dictada por el Estado contra el culpable, cuyos bienes jurídicos lesiona. Por consiguiente, añade este autor, el delito y la pena son las nociones fundamentales del Derecho penal.

La ciencia del Derecho penal tendría, según Liszt, por misión pura: Desde el punto de vista de la técnica jurídica estudiar, el delito y la pena como generalidades tangibles, basándose sobre la legislación penal; desarrollar las prescripciones de la ley en un sistema limitado, remontándose á las últimas nociones y á los últimos principios fundamentales; y en la parte especial, su objetivo es examinar los diversos delitos y las diversas penas marcadas por la ley; en la parte general, presentar la noción del delito y de la pena en sí mismos. Como ciencia eminentemente práctica, trabajando constantemente por las necesidades de la jurisprudencia y sacando sin cesar de ella nuevos frutos, la ciencia jurídica debe ser y permanecer la ciencia sistemática por excelencia, porque solamente la clasificación de los conocimientos en un sistema, garantiza esta posesión segura y siempre inmanente de todos los detalles, y sin la cual, la práctica del Derecho no es más que un *dilettantismo* expuesto á todos los azares y todos los arbitrios.

Para Alimena (1), la ciencia del Derecho penal «estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo del delito, y, por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de este orden.»

● El Derecho penal mantiene con la moral estrechas relaciones, pero el Derecho penal no se funde con la moral; trátase de dos sistemas diferentes.

En opinión de la mayoría (2), el campo de la moral es mucho más amplio que el del Derecho penal. Aquella se ocupa de los deberes del hombre para con Dios, de sus deberes respecto de sus semejantes, de sus deberes para consigo mismo. El Derecho penal regula solamente las relaciones de los hombres entre sí. Pero aun dentro de este terreno de las relaciones sociales, la moral tiene mayor amplitud. Muchos hechos que se encuentran reprobados por la moral son indiferentes ante el Derecho penal; pues éste no debe intervenir sino para reprimir aquellos hechos que ponen en peligro el orden social y la tranquilidad pública; cuando se trate de actos de menor gravedad, la ley penal debe permanecer inactiva por respeto á la libertad individual; pues el Derecho penal, como ha dicho Manzini (3), no representa más que «el minimum ético necesario y suficiente para la ordenada y segura convivencia social en un determinado momento histórico y en un determinado pueblo ó grupo de pueblos».

Por tanto, los deseos más criminales, las intenciones más delictuosas, mientras no se traduzcan en actos externos, serán inmorales sí, pero no punibles.

En sentido contrario, aparecen un sin fin de hechos castigados por la ley penal, pero indiferentes á la moral.

(1) *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1910, pág. 18.

(2) Garraud, *Droit criminel*, pág. 5 y siguientes. — Vidal, *Droit criminel*, París, 1906, pág. 64.

(3) *Diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1908, pág. 17.

Son actos que no lesionan el sentido moral general y que solamente se encuentran prohibidos y penados en atención á consideraciones de pública cautela, por estimarse que su comisión podría, tal vez, perjudicar la buena marcha de las instituciones sociales y constituir un posible motivo de perturbación pública.

Casi todas las contravenciones de policía, muchos de los delitos castigados por leyes especiales, delitos de caza, pesca, contrabando, etcétera, y los llamados *delitos políticos*, sobre todo los que los tratadistas denominan *delitos políticos puros*, pertenecen á este grupo. Sus autores no son víctimas de los sentimientos de aversión y repugnancia que despierta el criminal vulgar, no se les considera como seres aparte, excluidos del comercio social, sino como ignorantes, como indisciplinados ó como originales ó románticos.

Pero un gran número de hechos caen á la vez bajo la sanción de la moral y del Derecho penal. Los atentados contra la vida, contra la integridad corporal, contra la propiedad, contra el pudor, etc., son reprobados por la ley moral y castigados por la ley penal. Sus autores son seres desprovistos de sentido moral, inspiran sentimientos de temor y de desprecio, son considerados como desemejantes.

Esta correlación entre moralidad y criminalidad, prueba cuán estrechas relaciones mantiene con la moral el Derecho penal. Aquella diversa apreciación de determinados hechos prueba cómo no pueden fundirse moral y derecho y cómo una y otro están en campos claramente deslindados.

Algún criminalista ha llegado á sostener que la moral y el derecho no sólo son dos sistemas diferentes, sino que, algunas veces, hasta son opuestos. Maxwell defiende esta opinión (1). Hay actos inmorales, dice, no castigados y hay actos morales penados en las leyes.

Que existen acciones permitidas por el derecho aunque reprobadas por la moral, acabamos de verlo, y este autor encuentra evidente esta proposición. Que existen acciones morales castigadas es más difícil de demostrar; esta proposición es menos evidente que la anterior. Maxwell intenta probarla estableciendo que el principal factor de la transformación de los conceptos de moralidad es el orden religioso. La religión, dice, parece tener por objeto dar á los hombres un código moral, este es el lado práctico de los sistemas religiosos; las prescripciones que establecen tienen como fin aparente asegurar la salvación eterna, el conjunto de estos preceptos constituye la regla con la que los actos deben apreciarse.

Pero, continúa diciendo, en sociedades como la nuestra, donde las ideas religiosas se encuentran en decadencia, pueden desarrollarse sistemas de moral independientes de toda idea religiosa; entonces se observan variaciones de la moral en el interior del grupo social. Sucede, entonces, que estallan verdaderos conflictos entre la ley penal del país y la ley moral de la religión y ejemplos de estos conflictos encontramos en tiempos actuales. Los sacerdotes y los fieles que en Francia resistieron armados para impedir los inventarios de las iglesias, violaban la ley penal por no violar la que ellos reconocían como su ley moral. Los mismos sentimientos inspiraban á los que se negaban á prestar juramento religioso, como Bradlaugh en Inglaterra, como algunos jurados en Francia. En estos casos el delito se cometía por la oposición entre las leyes penales y las ideas individuales de los delincuentes relativas á sus deberes morales.

(1) *Le crime et la société*, París, 1909; libro I, cap. I.

A la opinión, generalmente sostenida, que las sanciones morales no siempre corresponden á las sanciones penales, no han faltado contradictores. Manzini no sólo cree que todas las normas penales son al mismo tiempo morales, sino que, sostiene que el derecho no es más que una parte de la ética. Hoy día, en el régimen democrático, en cuanto forma de gobierno, el concepto ético del estado como sociedad regida para el bien común, ha alcanzado su máximo desarrollo; y los llamados delitos de mera creación política, en su mayoría, no pueden considerarse más que como lesiones de bienes ó intereses comunes, y, por tanto, inmorales, y cuya represión penal se estima por la opinión popular, manifestada de modos constitucionales, como absolutamente indispensable para el mantenimiento del orden tutelado por el derecho.

Además, tratándose de moral en general, en sus relaciones con el derecho penal, no puede llegarse á otra conclusión sino que el derecho no debe prohibir más que hechos inmorales é imponer más que hechos morales, y que el elemento ético debe entrar entre los criterios empleados para la apreciación de todo acto antijurídico, ya por lo que se refiere al grado de rebelión contra la ley, en contraste con la moralidad del pueblo, ya por lo que toca al grado de inmoralidad que revela (1).

● Entre el derecho penal y el derecho civil existen íntimas relaciones.

La justicia civil y la justicia penal tienen la misma misión regular las relaciones de los hombres en la vida social, velando por el respeto de sus derechos y estableciendo sanciones de diverso género contra sus violadores.

Tal es la unión entre justicia penal y justicia civil que en el derecho penal de los pueblos antiguos, en el derecho romano, en el derecho germánico y en muchas leyes y estatutos de la Edad Media, el incumplimiento doloso de las obligaciones producía una alteración de la tranquilidad pública como hubieran podido producirla un homicidio, un robo, una violación. La reparación de los daños tenía el carácter de una pena lo mismo que la pena tenía el carácter de una reparación. El *Wergeld* de los pueblos germánicos, no es otra cosa más que una indemnización pagada por el delincuente ó su familia á la víctima del delito ó á sus allegados.

Pero no es preciso acudir á tiempos tan lejanos para ver esta íntima unión entre ambos derechos. Aun hoy día, como Prins (2) demuestra, no es tan profunda como pudiera creerse las diferencias que separan al Derecho civil del penal. Hay, dice este autor, una muchedumbre de hechos que flotan en una región indecisa entre Derecho civil y el Derecho penal. Por ejemplo: la ruptura de una promesa de matrimonio, hecho civil, puede tener tanta gravedad como el delito de adulterio.

Decir la buenaventura, cometer pequeños engaños, ejercer ilegalmente la medicina, hechos penados en casi todos los países, encierran menos gravedad que la violación dolosa de un contrato que puede producir á alguna de las partes contratantes consecuencias desastrosas. Hay más: la injuria y el parricidio que juntos figuran en el Código

(1) Manzini, *Diritto penale italiano*, vol. I, § 6.

(2) *La défense sociale*, Bruxelles, 1910, p. 47 y sigs.

penal, están más alejados entre sí, que algunas clases de dolo civil lo están de otras de dolo penal.

Insignes juristas citados por Prins, ponen de manifiesto esta afinidad.

Savigny dice, «la obligación de reparar el daño causado por un delito, es de la misma naturaleza que la proveniente de un contrato» (1).

Ihering, cree «que la justicia civil no sólo debe ser una balanza, sino una espada, no sólo debe pesar, sino herir» (2).

Entre el dador que no paga á su acreedor por insolvencia, por olvido, por negligencia ó por mala fe, hasta el individuo que sin título ni derecho se guarda la cosa ajena, ó se la hace consignar por fraude ó astucia, ó se apodera de ella porque la tiene á su alcance, ó la sustrae con violencia ó mata para apoderarse de ella, no hay, dice Prins más que una gradación de inmoralidad, pero la esencia de todos estos hechos dañosos tanto civiles como criminales, es la misma, es enriquecer á su autor, es lesionar el derecho ajeno, es alterar el orden público.

Las sanciones establecidas por ambos derechos son distintas. Las civiles son sanciones de reparación que tienen por objeto: *el restablecimiento del estado anterior, por la destrucción del estado antijurídico; la nulidad de los actos antijurídicos y la reparación de los daños causados por estos actos*. Cuando estas sanciones son suficientes para la reparación del daño, la ley penal no tiene que intervenir; la violación jurídica no sale de la esfera de la legislación civil. Pero, á veces, á causa de la gravedad del hecho, ó de los sentimientos antisociales y peligrosos manifestados por su autor ó de la emoción pública que el acto ha despertado, se juzgan insuficientes las sanciones civiles y entonces la sanción penal se hace necesaria.

En cuanto el daño causado por la infracción jurídica es un *daño social*, aparece la pena.

¿Cuándo es suficiente la sanción civil y cuándo es precisa la intervención de la penal? He aquí un grave problema que no puede ser resuelto *a priori*. Lo que según Durkeim (3), parece resultar, es que el dominio del Derecho penal tiende á restringirse mientras que el del derecho civil se amplía cada vez.

Muchas violaciones jurídicas caen á la vez bajo la ley civil y la ley penal. Estas, según Vidal, son las que causan al mismo tiempo un daño directo ó mal de *primer orden*, según la expresión de Bentham, y una alteración de la seguridad pública, un daño indirecto ó *mal de segundo orden*. La reparación del daño social ó mal de segundo orden tiene lugar por medio de la pena; la reparación del daño individual ó mal de primer orden tiene lugar por medios civiles (4).

● La transformación de la legislación penal de un pueblo está íntimamente ligada á su transformación política, á los cambios verificados en su ley fundamental.

El reconocimiento en las constituciones de la libertad de emisión de pensamiento, de palabra, de asociación, de culto, etc., han hecho

(1) *Système du Droit romain*, I, V, págs. 49 y 50.

(2) *Kampf ums Recht*, p. 6.

(3) *De la division du travail social*, p. 148 y sigs., cit. por Vidal, *Droit criminel*, p. 66.

(4) Vidal, *Droit criminel*, págs. 65 y 66; Garraud, *Droit criminel*, p. 6.

desaparecer de los códigos y leyes penales numerosos delitos y han sustituido un régimen de represión por un régimen de libertad y tolerancia.

Un ejemplo: el Código penal español de 1822 disponía en su artículo 233 que el que apostatase de la religión católica, apostólica, romana, perdería sus empleos, honores y derechos civiles y sería considerado como no español (1). En el Código vigente en vano se buscarían tales delitos; por el contrario, protege con la mayor eficacia el libre ejercicio de los cultos, como inspirado en una constitución que establecía la libertad religiosa.

Estas consideraciones nos prueban cuán íntimas son las relaciones existentes entre el Derecho penal y el Derecho político.

● Las relaciones entre el Derecho penal y el internacional son cada día más importantes.

A causa de la gran facilidad y de la rapidez de las comunicaciones, los delincuentes pasan sin cesar de un país á otro; sobre todo, algunas bandas de malhechores perfectamente organizadas cambian incesantemente de residencia y los delitos que preparan en un Estado los ejecutan en otro distinto. Esto ha dado lugar á la aparición, dentro del campo del derecho penal, de teorías como la de la territorialidad y la personalidad de la ley penal. Por otra parte, este mismo hecho ha originado la frecuente celebración de tratados de extradición y de otros convenios celebrados entre varios países para combatir determinados delitos. Hoy, además, comienzan los criminalistas á pedir que se tengan en cuenta los delitos cometidos en el extranjero para fijar el estado de reincidencia ó de criminalidad profesional.

Algunos autores han llegado hasta á hablar de un Derecho penal internacional, noción que ha negado Manzini (2), diciendo que «como no existen ni delitos ni penas de Derecho internacional, no hay, por tanto, un Derecho penal internacional».

● La legislación comparada mantiene también estrechas relaciones con el Derecho penal. El examen de la legislación penal de otros países suministra los medios necesarios para mejorar las instituciones y leyes penales de un país determinado, adoptando aquellas leyes instituciones que mayor éxito han alcanzado en la lucha contra la criminalidad.

El estudio de los códigos de otros países ha permitido á naciones llegadas con gran retraso á la civilización, y cuyas leyes reflejaban ideas y sentimientos de otras edades, darse códigos cuyo contenido es la cristalización de ideas penales sumamente progresivas. Esto se debe, como observa Alimena, al hecho de que los hombres de estudio, nacidos en aquellas tierras, viajan por el mundo, y después, vueltos á su patria, de un golpe, introducen las nuevas ideas, de modo que algunos pueblos comienzan la elaboración de su legislación en el mismo punto al que otros llegaron (3).

Hoy comienzan á tener gran difusión los trabajos de legislación

(1) El Código penal de 1848 castigaba el mismo delito con la pena de encierro perpetuo.

(2) *Diritto penale italiano*, vol. I, pág. 114.

(3) Alimena, *La législation comparée dans ses rapports avec l'anthropologie, l'ethnographie et l'histoire*, en *Archives d'Anthropologie criminelle*, I

penal comparada; es digno de mención el trabajo publicado bajo la dirección de Liszt (*Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. I, Berlín, 1894, vol. II, 1899), y cuyo primer volumen se ha traducido al francés bajo el título de *Législation pénale comparée*, Berlín, 1894. También se ha publicado en idioma español el primer volumen.

Otra obra de gran interés es la del holandés van Svinderen, *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays Bas et à l'Etranger*.—Groningue, IX vols., 1891-1912,

● El derecho penal tiene varias ciencias auxiliares. Estas son la antropología criminal, la psicología criminal, la sociología criminal, la psiquiatría, la estadística, y hasta, en opinión de algunos, la ciencia de la policía y la criminalística.

● La antropología criminal es, según la frase de Ferri, «la historia natural del hombre delincuente». Estudia su organización física, sus caracteres anatómicos y fisiológicos, sus anomalías. La psicología criminal, que es una parte integrante de la antropología criminal, analiza las ideas y sentimientos de los delincuentes y examina cuanto toca a su vida mental y a su vida de relación.

La crítica ha verificado en la obra de Lombroso un inmenso trabajo de depuración; sus tesis sobre el atavismo y la herencia, su teoría del tipo criminal, han sufrido no pocas rectificaciones y restricciones, pero a él cabe la gloria de haber puesto de relieve la importancia del factor individual en la etiología de la criminalidad y de hacer ver a los juristas que entre los delincuentes existe un número de anormales mucho mayor que antes se creía.

Es cierto que algunas de las afirmaciones de Lombroso pueden haber sido prematuras por falta de datos suficientes; es cierto que no pocas veces pueden tacharse de ligeras sus deducciones, pero es muy cierto también que su obra señala una nueva época en el Derecho penal, la del Derecho penal de los tiempos modernos que, abandonando el punto de vista ideal del delito, funda su sistema represivo sobre el punto de vista real del delincuente.

Las más importantes reformas introducidas por los proyectos de códigos penales de Alemania, Suiza y Austria, que han acogido muchas de las más modernas concepciones penales, provienen directamente de lo que pudiéramos llamar la revolución lombrosiana. El tratamiento aplicado a los delincuentes patológicos y a los profesionales, la aparición de las denominadas medidas de seguridad que en estos proyectos tienen carta de naturaleza al lado de las penas, no son más que la realización en el derecho positivo de las peticiones hace ya tiempo formuladas por el antropólogo italiano.

Así yo no concibo la formidable hostilidad (1) que sus teorías han despertado, sobre todo en los países germánicos, donde hombres de ciencia respetabilísimos como Naecke (2), su mayor adversario,

(1) Kurella es, sin embargo, un lombrosiano, vid. *Naturgeschichte des Verbrechen*, Stuttgart, 1894; *Anthropologie und Strafrecht*, Würzburg, 1912.

(2) Sind wird dem anatomischen Sitze der «Verbrecherneigung» wirklich näher gekommen, wie Lombroso glaubt! en *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik*, XII, página 208.

Brums (1), Aschaffenburg (2), han criticado con la mayor dureza sus teorías.

El estudio de la psicología criminal es hoy también de gran interés para el penalista. «Dada la libertad de convicción dejada por la ley al Juez penal, que puede decidirse aun contra la opinión de los técnicos, es absolutamente indispensable al Magistrado y á cualquiera que se ocupe del estudio de los delitos y de las penas» (Manzini).

● Al estudiar las relaciones del Derecho penal con la Sociología criminal, ha surgido un grave problema: ¿cuáles deben ser éstas y cuáles sus límites? ¿Debe el Derecho penal ser absorbido por la Sociología criminal, ó deben estas ciencias permanecer ajenas y extrañas, cada una dentro de su esfera?

Tres direcciones se han dibujado en la solución de este problema: «una que pide el predominio de la Sociología criminal y la subordinación á la misma del Derecho penal; esta dirección es la de aquéllos (tipo Ferri) que, negando la independencia del Derecho penal como ciencia separada y distinta, consideran el estudio de la ciencia de los delitos y las penas como una rama del gran árbol de la ciencia social; es la dirección de aquéllos que pretenden *inducir* las *leyes jurídicas* del análisis experimental de los *fenómenos sociales*. Otra dirección había de ser la que se declarase amante del *statu quo*, la que reputase como una intrusión las pretensiones de la Sociología á penetrar en el terreno jurídico, la que estimase imborrable, permanente, la diferencia y oposición entre la ley y el fenómeno social; á esta tendencia pertenecen todos los partidarios de lo antiguo, principalmente de los que hablan de lo nuevo sin conocerlo; para ellos no hay más ciencia penal que el Derecho penal; la Sociología criminal ni siquiera existe ni puede existir. Por fortuna, los secuaces de esta dirección van siendo cada día en menor número. Y otra tercera dirección sería la de aquéllos que estimasen que la Sociología criminal y el Derecho penal son dos ciencias independientes, con propio campo de estudio y de acción, las cuales deben sí auxiliarse recíprocamente, pero no pueden ser confundidas» (3).

El punto de vista de Ferri se considera exagerado y es muy combatido. El Derecho penal desaparece en la concepción de Ferri, absorbido por la Sociología criminal. «Esta es, dice Ferri, la conversión de la ciencia de los delitos y de las penas de una doctrinaria exposición de silogismos, en una ciencia de observación positiva, que, valiéndose tanto de la antropología, como de la psicología, de la estadística criminal, como del Derecho penal y de las disciplinas penitenciarias, se convierte en la ciencia sintética que yo denominé «Sociología criminal» (4).

Lo Sociología criminal estudia el delito como fenómeno social; es, pues, una ciencia que estudia principalmente las causas sociales de la criminalidad. El Derecho penal, por el contrario, no se propone describir hechos ó estudiar relaciones de causalidad social; es una ciencia imperativa que, como dice Manzini, no tienen nada de común con las leyes naturales y sociales.

(1) *Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalistik*, 1903, p. 322.

(2) *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*. Heidelberg, 1903.

(3) Dorado: *Derecho penal preventivo*, p. 291. Madrid, 1901.

(4) Ferri: *Sociologia criminale*, p. 61.

En opinión de Manzini, es ilusorio querer hacer del derecho penal un capítulo de la sociología, transformándolo en una terapéutica social, en un instrumento de mera defensa y de prevención social. Esta concepción no ve las relaciones que existen entre los individuos y la sociedad políticamente organizada; atribuye á la sociedad la constitución y las funciones propias del Estado y olvida que la evolución social ha diferenciado el derecho penal de las otras formas de defensa social, inspirando sus mandatos y sus sanciones en el criterio de la justicia (1).

Hoy es, por consiguiente, del mayor interés separar el campo del derecho penal de la sociología criminal, no porque haya oposición entre ellos, sino porque aun teniendo idéntico el fin remoto, la lucha contra el delito, tienen diverso fin próximo, y como Alimena dice (2) esta diversidad está constituida por la diversa órbita en que se mueven, por la diversidad de sus funciones y por el diverso valor que tienen en la conciencia de los hombres, porque al concepto de la pena históricamente, se une una sanción interna, cuya eficacia, siempre en aumento, es visible en todos los tiempos y en todos los países.

El derecho penal y la (antropología) criminal constituyen, pues, dos ciencias autónomas, distintas, pero son dos ciencias íntimamente unidas que tienen como fin principal el estudio del delito y del delincuente.

● La psiquiatría es otra ciencia auxiliar del Derecho penal. Los conocimientos de medicina mental son de gran interés para el penalista preparándole para abordar con suficiente competencia algunas de las más importantes cuestiones de la ciencia penal, como las relativas á la exención de responsabilidad por alienación mental; el problema de la responsabilidad atenuada por alienación mental incompleta y cuanto se relaciona con la responsabilidad de los delincuentes patológicos, no francamente alienados; el tratamiento penal de estos delincuentes; la cuestión de los manicomios criminales, etc. En muchas partes se ha manifestado ya la necesidad de que los jueces criminales, sobre todo, reciban una instrucción psiquiátrica suficiente por lo menos, para permitirles reconocer en qué caso es preciso acudir al médico para que éste verifique un examen mental del imputado.

● La estadística criminal nos da á conocer las relaciones de causalidad que existen entre los fenómenos físicos y sociales y los fenómenos delictuosos; muestra los progresos ó la disminución de la criminalidad, según los cambios de la vida social ó natural, según las variaciones del medio en que se encuentran colocados los individuos; permite descubrir las leyes que gobiernan la criminalidad, y es un instrumento indispensable para darse cuenta de sus diversos factores, organizar los medios de combatir directamente su influencia; permite conocer los resultados de la ejecución de las penas y de la permanencia de los condenados en los establecimientos penitenciarios y facilita, por tanto, la mejora del sistema penal y penitenciario (3).

En España publicáronse las primeras estadísticas en 1838, 1843, después desde 1859 á 1863. Su publicación se interrumpe hasta 1868

(1) Manzini, *Diritto penale*, vol. 1.^o, págs. 9 y sigs.

(2) *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I.

(3) Vid. Tarde, *Philosophie pénale*, págs. 291 y sigs.

desde este año publicase con regularidad. Respecto de su valor, oigamos á Bosco, cuya competencia en esta materia, es universalmente reconocida: «Si el método empleado, dice, teóricamente es uno de los mejores, pues para cada proceso se hace uso de una ficha en la que están inscritas las noticias relativas á los imputados, éstas, por muchas razones, son insuficientes y falta, además, la seguridad de que la compilación de la estadística, responda á la bondad del sistema sobre el que está fundada. Las discordancias y las lagunas de cifras que á veces se encuentran, dejan duda acerca de la exactitud de los datos (1).

La denominada «criminalística», es considerada por Manzini como disciplina auxiliar del Derecho penal. Su contenido es un conjunto de conocimientos sumamente heterogéneos que no deben ser ignorados por el juez penal y que comprenden «desde la historia al *folk-lore*, desde la antropología á la mecánica, desde la química á los impuestos, desde la psicología á la balística».

Esta disciplina cuyos orígenes se remontarían nada menos que al libro de Cospi *Il giudice criminalista* (Florencia, 1643), ha tomado gran incremento en la actualidad especialmente por obra de Gross (2).

También sería, en opinión de Alimena, auxiliar del Derecho penal, la denominada *Policia científica ó Ciencia de la policia*, y sería auxiliar, no porque con sus normas sea más fácil arrestar al culpable, sino porque siendo el fin de esta disciplina observar las costumbres de los delinquentes y las causas del delito, propone los medios de prevención directa (3).

● La criminología tiene por objeto el estudio de las causas de la criminalidad; indaga las leyes que regulan la marcha de los fenómenos criminosos y examina las formas de aparición del delito. Su contenido se integra principalmente con la antropología criminal: la sociología criminal y la estadística criminal.

Algún autor ha dado á esta ciencia una amplitud que, en mi opinión, es injustificada. Vargha, cree que la criminología debe comprender la antropología criminal que estudiaría el delito como un fenómeno natural y social, y el delincuente, como un ser natural y social; el Derecho penal que estudiaría los medios de defensa jurídica, ya sean preventivos, ya represivos, adoptados por el Estado contra el delito, y, por último, la *Politica criminal* que estudiaría la manera de determinar qué acciones deberían considerarse como delitos, y qué medios de defensa se emplearían contra ellos (4).

● A modo de resumen de la materia expuesta en las notas anteriores, pueden sentarse las siguientes afirmaciones:

— El delito ha sido castigado en todos los tiempos y países; pero el concepto de las acciones delictuosas se transforma, y en unos tiempos se castigan hechos que en otras épocas se consideraron como acciones indiferentes y viceversa.

(1) *La delinquenza in vari stati di Europa*, p. 63.

(2) Sus obras principales son *Handbuch für Untersuchungsrichter als system der Kriminalistik*. Graz, 1899. Hay una traducción española, *Manual del juez* (edición de La España Moderna): *Kriminalpsychologie*, Graz, 1898.

(3) Niceforo, *La police et l'enquête judiciaire scientifique*. Paris, 1907. La edición alemana de este libro en colaboración con el Dr. Lindenau, *Die Kriminalpolizei und ihre Hilfswissenschaften*. Gross-Lichtrefelde, sin fecha.

(4) Vargha, *Die Abschaffung der Strafrechtschaft*, Graz., 1896.

El delito, en cuanto á su aparición, sufre igual transformación. En los tiempos actuales, las estadísticas señalan el aumento de la delincuencia fraudulenta (estafas, falsificaciones, quiebras, etc.), y una correspondiente disminución de la criminalidad violenta (homicidio, lesiones, robos con violencia, daños, etc.).

El delincuente también se transforma: hoy se señala un considerable aumento de la criminalidad de los jóvenes y disminución de los adultos delincuentes, la mujer que hasta ahora había tenido una participación mínima en la criminalidad, comienza á delinquir en mayores proporciones.

— El Derecho penal puede muy bien definirse como «el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado con el fin de ligar al hecho del delito, la pena que es su sanción». El delito y la pena son, pues, las nociones fundamentales del Derecho penal. Este, en su parte general, estudia el delito y la pena exponiendo las teorías que sobre ellos se han enunciado, y en la parte especial examina los diversos delitos y las penas marcadas por la ley.

El Derecho penal y la moral mantienen entre sí íntimas relaciones pero no pueden fundirse. Hay muchas acciones prohibidas á la vez por la moral y el derecho (homicidios, robos, atentados al pudor, etc.), pero hay también otros hechos que siendo castigados por la moral (con sus sanciones, remordimientos de conciencia, censura de la opinión pública, sanciones religiosas) son indiferentes al derecho penal (intención de cometer un delito, etc.), así como también existen actos castigados por la ley penal pero inocentes ante las leyes morales (infracciones de las leyes de caza y pesca, contravenciones de los reglamentos de policía, etc.). De esto se deduce cómo la moral y el derecho aun teniendo íntima relación, son dos sistemas completamente diferentes y autónomos.

El Derecho penal tiene con el civil muchos puntos de contacto. En el derecho de los pueblos primitivos aparecen confundidos; pues la pena tiene el carácter de una reparación, y la reparación de los perjuicios tenía el carácter de una pena. Aún hoy día, muchos hechos se encuentran en una zona intermedia entre el Derecho civil y el penal.

Dentro del derecho actual, puede decirse que, cuando las sanciones civiles (sanciones de reparación) son suficientes para reparar el daño causado, la violación jurídica permanece dentro de la esfera del Derecho civil; pero en cuanto el daño causado es de transcendencia social aparece la sanción penal.

Igualmente el Derecho penal y el derecho político mantienen entre sí grandes relaciones; pues los cambios en la legislación penal de un pueblo están íntimamente unidos á la transformación de sus preceptos constitucionales y políticos.

Lo mismo puede decirse respecto de la legislación comparada. El examen de las leyes penales de otros países suministra elementos al legislador para mejorar las instituciones penales de su país.

El Derecho penal tiene como principales ciencias auxiliares la antropología criminal, la sociología criminal, la psiquiatría, la estadística.

La antropología criminal es «la historia natural del hombre», según la frase de Ferri. En los últimos tiempos, un gran trabajo de depuración ha sido verificado por la crítica que ha atenuado muchas de las exageraciones lombrosianas. A pesar de éstas, la labor del fundador de la antropología criminal ha sido fecundísima para el Derecho penal, pues ha colocado la represión en el punto de vista de la cons-

deración del delincuente, debilitando cada vez más la antigua concepción, hasta hoy dominante, que sólo tenía presente el delito cometido. Muchas de las nuevas orientaciones acogidas en los proyectos de códigos más modernos que señalan el futuro camino del derecho penal, fueron antes que por nadie indicadas por Lombroso.

Dentro la antropología criminal compréndese también la psicología criminal, que estudia la vida psíquica y mental de los delincuentes.

La sociología criminal que estudia el delito como un fenómeno social, es una importantísima auxiliar del Derecho penal. Para algunos, Ferri especialmente, el Derecho penal debería ser englobado dentro del campo de esta ciencia; otros han sostenido que entre la ley penal y el fenómeno social hay una reparación irreductible, que nunca podrá ser colmada; la intromisión de la sociología criminal en el campo jurídico, es para éstos una verdadera intrusión. Un tercer grupo, hoy cada vez más numeroso, asignando un campo independiente á cada una de estas ciencias, cree que el derecho penal debe ser animado y vivificado con la infusión de las doctrinas sociológicas, y que estos conocimientos son indispensables á todos los estudiosos de la ciencia penal.

La psiquiatría, ciencia que estudia las enfermedades mentales, es también precioso auxiliar del Derecho penal, pues muchos de sus problemas más importantes, responsabilidad de los alienados, responsabilidad atenuada por alienación incompleta y otros, tiene éste que resolverlos á la luz de los datos suministrados por la medicina mental.

En la estadística criminal encuentra el Derecho penal los medios para conocer las relaciones de causalidad existentes entre los fenómenos físicos y sociales y los fenómenos criminales. La estadística es de gran importancia para conocer los resultados de la ejecución de las penas y el éxito ó fracaso de muchas instituciones penales.

La criminología estudia las causas de la criminalidad, las leyes que regulan la marcha de los fenómenos criminosos y examina las formas de aparición de la delincuencia. Su contenido se integra, pues, con la antropología y la sociología criminal y con la estadística.

● A la lista de obras de Derecho penal y de filosofía del Derecho penal citados por Pessina y por Aramburo, hay que añadir: Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18 edic., Berlín, 1911 (Derecho penal alemán); Carl Stoops, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Wien und Leipzig, 1912 (Derecho penal austriaco); Alimena, *Principii di diritto penale*, 2 vols., Napoli, 1910 y 1912; Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, 3 vols., Torino, 1894, 1896, 1899; Georges Vidal, *Cours de droit criminel*, Paris, 1906; Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, 1899; Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1902, 1904, 1905 (Derecho penal alemán común); Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1912 (Caracteres del derecho penal); Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872 y 1877 (Las normas y su transgresión); Meili, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts*, Zürich, 1910 (Derecho y procedimiento penal internacional); Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889; Manzini, *Diritto penale italiano*, 4 vols., Torino, 1908-1911; Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 3 vols., Berlín, 1906-1909 (Ley y culpa en derecho penal).

Entre las obras consagradas al estudio de la criminología, deben citarse: *Antropología criminal y psicología criminal*.—Lombroso, *L'uomo delinquente*, 5.^a edic., 3 vols., Torino, 1897; Carrara, *Antropologia criminale*, Milano (sin fecha); Kurella, *Naturgeschichte des*

verbrechers, Stuttgart, 1894; Kurella, *Anthropologie und Strafrecht* (Antropología y derecho penal), Würzburg, 1912; Lombroso, *Delitti vecchi e delitti nuovi*, Torino, 1902; Baer, *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*, Leipzig, 1893 (El delincuente desde el punto de vista antropológico); Kowalewski, *Psychologie criminelle*, París, 1908; Wulffen, *Psychologie des Verbrechers*, Grozs-Lichterfelde, sin fecha (Psicología del delincuente); Angiolella, *Manuale di antropologia criminale*, Milán, 1906; Antonini, *I principi fondamentali dell' antropologia criminale*, Milano, 1906; Havelock Ellis *The criminal*, London, 1890, Mac Donald, *Criminology*, New-York, 1906.

Sociologia criminal.—Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, 1900; Bongier, *Criminalité et conditions économiques*, Amsterdam, 1905; van Kan, *Les causes économiques de la criminalité*, París, 1903; Maxwell, *Le crime et la société*, París, 1909; Kräpelin, *Das Verbrechen als soziale Krankheit*, Munchen, 1906 (El delito como enfermedad social); Cleveland Hall, *Crime in its relations to social progress*, New-York, 1902.

Además de las mencionadas, deben señalarse las obras siguientes:

Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1896; Prins, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, 1910; Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1906; Joly, *Problèmes de science criminelle*, París, 1910; Lacassagne, *Peine de mort et criminalité*, París, 1908; Cuche, *Traité de science et de législation pénitentiaire*, París, 1905; Longhi, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911; Matteotti *La reclusa*, Torino, 1910; Birkmeyer, *Strafe und sichernde Massnahmen*, München, 1906; Lenz, *Die Anglo-amerikanische Reformbewegung im Strafrecht*, Stuttgart, 1908 (El movimiento anglo-americano de reforma en el derecho penal); Gross, *Encyklopädie der Kriminalistik*, Leipzig, 1901; Gross, *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, München, 1909 (Manual para los jueces de instrucción como sistema de criminalística); Reiss, *Manuel de la police scientifique*, Lausanne et París, 1911; Niceforo, *La police et l'enquête judiciaire scientifique*, París, 1907.

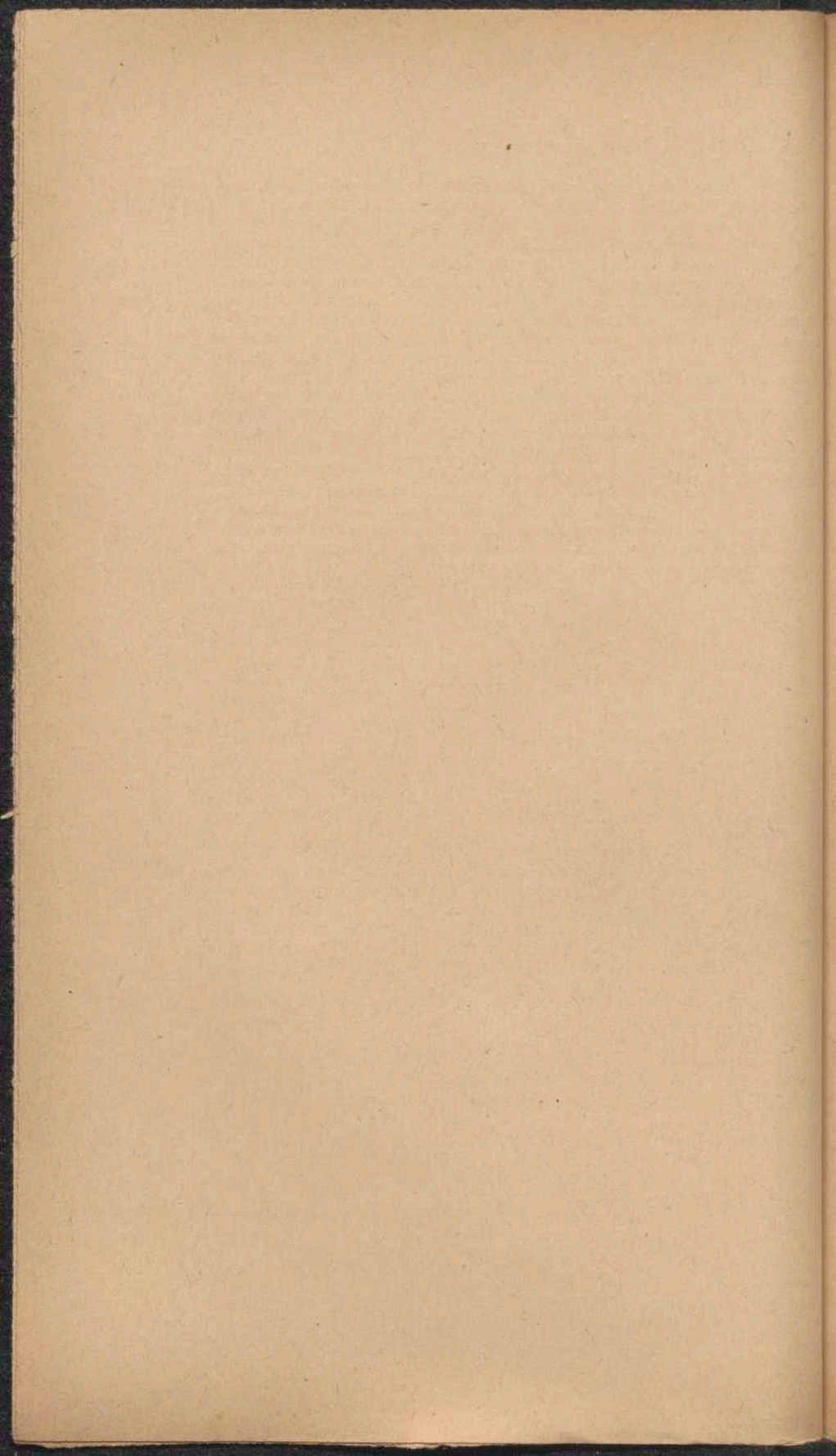
Entre las numerosas revistas de ciencias penales que hoy existen merecen particular mención:

Revue pénitentiaire et de droit penal (Bulletin de la Société générale des prisons, París; *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, publicada por von Liszt, von Hippel, von Lilienthal, Kohlrausch y Delaquis, en Berlin (Revista de ciencias penales); *Oesterreichische Zeitschrift für Strafrecht*, Viena (Revista austriaca de derecho penal); *Revue de droit penal et criminologie*, Bruxelles; *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, publicado por Gross, Leipzig; *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, publicada por Aschaffenburg, Heidelberg; *Bulletin de l'Union Internationale de droit penal*, Berlin; *La scuola positiva*, dirigida por Ferri, Mian; *Archivio di psichiatria e scienze penali*, Turin; *Archives d'Anthropologie criminelle*, dirigido por Lacassagne, París Lyon; *Rivista penale*, Roma; *Archivos de psiquiatría y criminología*, dirigidos por Ingenieros, Buenos Aires; *Journal of criminal Law and Criminology*, Chicago.

En España el movimiento científico penal es muy limitado, y por consiguiente, muy escasas son las obras que pueden citarse: 2.^a edición del libro de D. Luis Sivela, *El derecho penal estudiado en principios*, edición corregida por el autor y por D. Eugenio Silvela, Madrid, 1905; Dorado Montero, *Problemas de derecho penal*, Madrid, 1895; el mismo

autor, *Derecho penal preventivo*, Madrid, 1901; *Bases para un nuevo derecho penal*, Barcelona, sin fecha; *De criminología y penología*, Madrid, 1906; *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906; *La psicología criminal*, Madrid; *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905; Bernaldo de Quirós, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, 2.^a edición, con un prólogo del Dr. Naeke, Madrid, 1908; de este libro ha aparecido una traducción en lengua inglesa (*Modern theories of criminality*, Boston, 1911); Quirós y Llanas Aguilaniedo, *La mala vida en Madrid*, Madrid, 1911; Quirós, *Criminología de los delitos de sangre*, Madrid, 1906; Salillas, *Hampa*, (antropología picaresca), Madrid, 1898; *La teoría básica del delito*, Madrid, 1901; P. Jerónimo Montes, *Precursores de la ciencia penal en España*, Madrid, 1911; *La pena de muerte y el derecho de indulto*, Madrid, 1897; Valdés Rubio, *Derecho penal*, 4.^a edición, Madrid, 1909; Rovira Carreró, *Curso de derecho penal*, vol. 1.^o, Santiago de Compostela, 1912.

Revistas dedicadas exclusivamente al Derecho penal no existen actualmente en España. Hasta hace pocos años publicóse por el Consejo penitenciario la *Revista penitenciaria*, que estudiaba igualmente los problemas penales y los penitenciarios; hoy pueden encontrarse muchos estudios relativos á las ciencias penales en la excelente *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*.



PROLEGÓMENOS

AL

ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

CAPITULO PRIMERO

Fundamentos racionales del Derecho penal.

1

Del principio fundamental de la justicia penal.

§ 1. La sociedad castiga al delincuente y la conciencia aplaude este hecho; pero ¿es justo lo que la sociedad realiza y la común opinión de los hombres aprueba? El castigo del delincuente no puede tener su fundamento de legitimidad, ni en los intereses individuales, ni en los intereses sociales; es preciso elevarse á algo muy superior al individuo y á la sociedad, cual es el destino humano, único que puede justificar los intereses individuales y sociales.

§ 2. La lucha es la ley de la vida y la condición que nos acompaña en todo el desenvolvimiento de nuestra actividad; por eso jamás se pronunció sentencia más verdadera que la contenida en la fórmula de la *lucha por la existencia*, que constantemente vemos repetida por todos, y principalmente por aquellos que falsean su divino significado. La conservación de la existencia humana es una lucha constante de nuestra fuerza orgánica con las fuerzas circunstantes de la naturaleza; lucha que trae su importancia del fin á que aspiramos, y que por esto llega á convertirse en *lucha por lo mejor*, como condición necesaria para el engrandecimiento, desarrollo y perfección de la vida humana. La industria es noble lucha del hom-

bre con las fuerzas de la naturaleza para convertirlas en medio de satisfacción de las necesidades de nuestra existencia. La religión es lucha del espíritu para unirse cada vez más íntimamente á lo divino, que es inmanente en nosotros y de lo que continuamente nos distrae el pertenecer y depender de la vida de la naturaleza. El arte bello es lucha que el hombre sostiene con la materia para sublimarla hasta llegar á ser la representación viva, la encarnación de la belleza ideal que reside en nuestra mente y no halla su completa expresión en el mundo de la naturaleza. La ciencia es lucha de la inteligencia para dominar la múltiple variedad de los hechos del mundo y convertirlos en evidentes, penetrando en la ley superior y elevándonos á la suprema causa de los mismos. La educación humana es lucha con los instintos salvajes, que deben ser dominados para que el hombre se desenvuelva en cada individualidad y se afirme completamente á sí mismo. En suma, todas las manifestaciones de la vida humana se hallan sometidas á esta ley de la lucha por lo mejor y con expresiones diversas de la misma. *Militia est vita hominis super terram.*

§ 3. La vida moral del individuo tiene también como compañia inseparable, esta forma de la vida toda. En efecto, la vida moral oscila entre dos impulsos, porque su esencia propia es una contradicción destinada á resolverse en armonía, de tal modo, que no se cumple en armonía si la unidad fundamental, que está en el fondo de toda contrariedad, no vence á la contrariedad misma. El hombre es hijo de la tierra y á la vez hijo del cielo; en él se da lo divino y lo terreno, Dios y la materia; ni es naturaleza sin espíritu, ni es espíritu sin naturaleza. Así, dos fuerzas actúan sobre él, como si estuvieran dirigidas la una contra la otra. De un lado, una fuerza semejante á la denominada por los físicos *fuerza de repulsión*, le hace concentrarse en sí mismo, dirigiéndole al particularismo, más aún, al individualismo, sin el que nada pudiera cumplirse por parte del hombre en el mundo. Esta fuerza le lleva á referir todo á sí propio, á ponerse como centro de la vida toda, á considerarse como término, fin y medio de la realidad universal. El *yo soy*, es eminente necesidad de todo individuo humano, y esto lleva á cada hombre al engrandecimiento de sí mismo, á pretender concentrar en sí todo, á afirmar algo más de aquella fórmula del monarca absoluto, *el Estado soy yo*, esto es, á decir *el mundo soy yo*. Pero, enfrente de esta fuerza, hay en él otra semejante á la que los físicos llaman la fuerza de *atracción universal*: frente al individualismo sur-

ge el amor, que en su verdadero sentido es desinterés y negación de nosotros mismos, es unirse á un todo mayor del que nos sentimos como parte orgánica y del que nos consideramos como elemento integrante. El amor, como fuerza opuesta al individualismo, nos lleva fuera de nosotros mismos, hacia la familia, hacia la patria, hacia la humanidad, y es poderoso estímulo para buscar, más que nuestro bien particular, el bien de los demás, viendo en éste la condición esencial, la base de nuestro bien individual. El hombre vive para sí y vive para la universalidad de los hombres: se ve como un todo orgánico y á la vez como célula de un organismo mayor, que es el organismo de la humana convivencia; por eso hay entre los hombres una gradación que viene á ser el resultado de la lucha entre estas dos fuerzas, y la humanidad nos presenta entre los que la componen una gama ascendente, desde el salvaje que vive casi como un bruto, hasta el héroe que toca los límites de lo divino, merced á la ley que en él se verifica del holocausto de sí mismo para el triunfo de la idea.

§ 4.º Una de las determinaciones concretas de la vida moral es la armonía de los legítimos intereses en la convivencia social, lo cual constituye la esencia propia del Derecho. La verdadera idea de éste, sólo puede deducirse de la esencia y destino del hombre, y, por tanto, de una fuente común á todos los tiempos y á todos los lugares. Diferénciase de las otras ideas contenidas en el fin humano, en que todos los hombres tienen el deber de proporcionarse recíprocamente las condiciones dependientes de su actividad, y necesarias para que puedan todos realizar los fines esenciales de la vida; los hombres deben recíprocamente ayudarse é integrarse para que á cada uno le sea posible vivir como hombre entre los hombres. En esto tiene su fundamento el principio orgánico del Derecho como vínculo que une todos los intereses, y adecuando los beneficios ó utilidades de la vida es el *ars boni et equi*. El Derecho no es un producto artificioso de las convenciones humanas; no es hechura de la voluntad del hombre; no es el interés individual ó el interés social, ni siquiera la suma de ambos, sino que es la razón misma, y como tal, un principio absoluto que gobierna la actividad humana individual y social en todo lo que, dependiendo de la libertad del hombre, sirve indispensablemente como medio para el cumplimiento de su destino. El Derecho es vínculo de solidaridad para el género humano, y el hombre tiene ante la ley ética del mundo el deber de luchar para que aquél reine como so-

berano en medio de la inevitable lucha de intereses. Mientras el Derecho, como regla universal, coordina los intereses de los particulares, la actividad del hombre, estimulada por los impulsos individuales, frecuentemente inicia una lucha contra el Derecho; el interés personal, mal entendido, empuja con frecuencia al individuo á extender más allá del límite jurídico la esfera de la propia individualidad y á desconocer los límites que se derivan del Derecho, usurpándole su dominio sobre los demás. Por eso el hombre se subleva contra la ley jurídica, y frecuentemente desconoce el imperio del principio universal, al que sustituye su propia voluntad. La humana convivencia tiene, por tanto, el deber de luchar contra el interés particular que representa el *bellum omnium contra omnes*, arrastrando la voluntad al quebrantamiento del Derecho; lucha que tiene por fin frecuentemente el reinado del Derecho en la vida. *Certa pro justitia et Deus expugnabit inimicos tuos.*

§ 5. Esta lucha por el derecho tiene dos manifestaciones esenciales: una la *prevención*, otra la *represión* del mal jurídico.

La prevención es el conjunto de aquellos medios que pone en práctica la sociedad humana para obtener, en lo posible, que todos libremente rindan tributo á los principios del Derecho. Evitar los impulsos á delinquir, prevenir su eficacia por medio de instituciones encaminadas á la educación individual y social del hombre, es prevenir el delito y luchar contra él, atacándolo en su raíz. Difundir la cultura, robustecer el sentido moral, procurar en lo posible la satisfacción de las legítimas necesidades del individuo, son medios eficacísimos para que el hombre se determine, no á delinquir, sino á vivir según las exigencias de lo justo. Pero todos estos medios no pueden cumplir por entero su propio fin; no obstante su eficacia, el delito aparece, y así radica en las enfermedades morales del género humano, de las que son manifestaciones los errores de la libertad: la efusión de sangre del hombre por el hombre, la usurpación de bienes ajenos, el someter violentamente la libertad de nuestros semejantes con medios materiales ó morales, la astucia que defrauda y engaña, dando á lo falso las apariencias de lo verdadero, son hechos que cotidianamente se repiten, revelando la existencia de una falange de delitos; y por eso, la lucha por el derecho, ante la aparición de estos hechos, debe adoptar una forma distinta de la prevención, aunque á su vez sirva también como prevención para lo futuro. La sociedad humana no puede de

otro modo conseguir para aquellos hechos el triunfo del Derecho, que retorciendo la fuerza de éste contra la fuerza individual; y esta retorsión ó *retribución jurídica* es precisamente la *punición*. La solidaridad del Derecho entre los hombres origina en todos ellos una común necesidad, la del concurso de todos los seres racionales y libres para el reinado del Derecho, venciendo las resistencias que contra él se presenten. En esto precisamente consiste la esencia de aquella parte del Derecho que recibe el nombre de Derecho penal; la pena, como declaración de guerra al delito realizado, es la más alta manifestación de la lucha de la sociedad humana contra el interés individual para asegurar el imperio del Derecho, lo cual se consigue cuando el castigo de delito representa la fuerza del Derecho mismo y tiene por fin su reinado en la vida.

§ 6. Este principio aparece en la historia de la civilización; pero se presenta según la ley histórica que preside el desenvolvimiento de la vida humana toda, esto es, según la ley de la evolución progresiva y continua del hombre, de la materia al espíritu, del error á la verdad, de las formas rudimentarias y groseras á la racionalidad de la vida, de la idolatría á la religión en el verdadero sentido de la palabra.

§ 7. Hay en la historia de los errores humanos una forma de lucha con el delito, propia de los salvajes. El delito con su odiosa atrocidad excita el sentimiento de la irritación; los primeros impulsos que se despiertan en la conciencia de las colectividades al aparecer la barbarie de los grandes crímenes ó la abyección de los delitos menores, son movimientos de descompuesta ira; la parte grosera é inferior de la naturaleza humana, secundando sin freno alguno esta irritación, desencadena el furor popular contra la persona del delincuente y empuja al feroz ultraje de las ofensas en el rostro y de toda clase de sevicias. Esta forma sumaria de justicia penal revela un fondo de verdad; la irritación por el delito indica siempre cierto sentido de amor al Derecho, pero no puede llamarse propiamente lucha por el Derecho aquella en que se violan sus mismos preceptos, que no guarda medida ni regla alguna, y que, impetuosa como la ira, brutal como la fuerza irracionalmente empleada, tiene su raíz en el sentido mismo del Derecho, pero reviste todos los caracteres de la pasión y muestra el sentimiento de una pública venganza y no el de una reafirmación de la justicia, porque ésta no puede dejar de ser vulnerada por el obrar violento de la sociedad humana.

A esta forma rudimentaria de lucha contra el delito sucede otra. Cuando el vínculo del orden social no se halla todavía fuertemente constituido y los pueblos aún no se han organizado en Estados, sino que andan errantes, vagando de tierra en tierra para conseguir un mayor bienestar, las asociaciones humanas profesan el dogma de que la paz debe reinar en el seno de las mismas para estar en condiciones de emplear la guerra, que es entonces el fin común de los asociados. La sociedad, desconociendo todavía su unidad, se afirma principalmente como agrupación de libres individualidades, fundada en la fe y confianza recíproca de los individuos. *Quien rompe la paz, pierde la paz.* El individuo que lesiona, hiere ó mata á otro, no tiene derecho á la protección común, pierde la paz, y contra él tienen los ofendidos derecho á la guerra, derecho que á su vez llega á constituir un deber ineludible como venganza de familia. Pero ni esta forma, que dura más ó menos y toma nombres varios en las diversas naciones, ni la sucesiva en que se transformó dando lugar á una forma más templada, cual es la compra de la paz con el *guidrigildo* (*Wergeld*) ó transacción pecuniaria por la que el ofensor paga un tributo al ofendido comprándole su perdón, son manifestaciones de la verdadera justicia penal, porque ésta no puede considerarse ni como *venganza privada*, ni como *composición pecuniaria de luchas privadas*, garantida por la potestad social, á quien se paga el precio de su protección.

§ 8. Enfrente de esta forma para los delitos que ofenden la individualidad humana en su persona ó en las cosas que á la misma pertenecen, hay otra que se refiere á los delitos que lesionan los intereses generales de la humana convivencia. En la historia de la civilización, el Derecho hasta cierto tiempo aparece como envuelto en un todo superior, que es la vida ética dominada por el principio religioso. Entonces se identifica con la religión; cada precepto religioso va acompañado de una sanción jurídica, y cada dictado jurídico es un mandato de la religión, derivado de la revelación exterior, de la que es depositaria la clase sacerdotal. En esta organización, el delito es una ofensa á la divinidad; la deidad ultrajada amenaza á la sociedad entera de cuyo seno ha salido la violación del precepto divino; y así la lucha contra el delito tiene como nota propia la de ser ejecución de un mandato religioso, y se propone como fin cumplir la venganza divina, aplacando de este modo la irritación del Sér Supremo que rige el mundo. *Placatio, supplicium*, son nombres antiquísimos de la pena. — *Nec verbare, neque ani-*

*madvertere, neque vincere nisi sacerdotibus permissum, veluti Deo im-
perante, quem adesse bellantibus credunt*, dice Tácito resumiendo el
concepto de la justicia penal entre los germanos. Dejando aparte
las cuestiones teológicas y el problema fundamental sobre el ori-
gen divino de las cosas, un Dios personal nunca debe confundirse
con la individualidad terrible, violenta y sensible; la pena, como
vindicadora de la Divinidad ultrajada por el delito, es venganza,
y como tal, indigna de la propia noción de lo divino y en contra-
dicción con el principio que ella misma trata de afirmar.

§ 9. A estas tres formas primitivas del Derecho penal, que
representan todas ellas el sentimiento grosero de la venganza
(venganza individual, venganza pública, venganza divina), se
presenta unida una manifestación terrible de la justicia penal, en
la índole de la pena: tal es el tación material, *similitudo supplicii*,
ó como dijeron los griegos, ἀνταπονομή. Ojo por ojo, diente por
diente, vida por vida, llega á ser la fórmula de la justicia penal:
siquis membrum rupit, ni pacit talio esto. La bárbara materialidad de
este concepto revela sin embargo, la eficacia de un principio supe-
rior, cual es el de la proporción entre la pena y el delito: *regula
peccatis quae poenas irroget aequas*: pero esta proporción no puede
significar otra cosa, sino que tanta debe ser la reacción del Dere-
cho contra la injusticia del delito, cuanta fué la acción; y que en-
tre las diferentes especies de remedios penales, la naturaleza del
remedio debe corresponderse todo lo posible con la naturaleza del
mal á que va á contraponerse. *Distinctio poenarum ex delicto*, dijo con
sublime concisión el historiador romano. No es que el remedio de
la pena deba consistir en imitar la abyección ó la ferocidad del de-
lincente, sino que debe deducirse de la índole propia del mal
contenida en el delito y de las especiales causas que le dan vida
en el espíritu del hombre y en su modo de obrar.

§ 10. Poco á poco este concepto se fué desarrollando, sirviendo
de preparación en los pueblos poco adelantados en el camino de la
cultura, otro principio también grosero y material como el del ta-
ción: tal fué el de que era preciso castigar el delito en el mismo
órgano corporal que sirvió de instrumento á su perpetración. Así,
anatematizándose el perjuicio, se hace preciso cortar la mano que
se levanta al cielo invocando la Divinidad en testimonio de las
propias mentiras; así, castigándose la blasfemia, se hace preciso
cortar la lengua que dolosamente imprecaba á la Divinidad, ultra-
jándola como si fuera una persona cualquiera; así, se cortaba la

nariz á las adúlteras, á las mujeres que comerciaban con su cuerpo y á los que, entrometiéndose en los amores de otros ó incitando á la lascivia, corrompían las costumbres por infame tráfico. *Castiguese el miembro pecador*: esta era la fórmula que en algunos pueblos comprendió toda la justicia penal. Sin embargo, también ésta como el talión, fué burda y material manifestación, históricamente confirmada, de un principio más alto que debe desenvolverse en su seno: el de que es preciso extirpar la causa del delito, *auferre malum*, en su raíz misma, de igual modo que el médico no se contenta con curar los síntomas exteriores, sino que intenta penetrar en la causa del mal, para extinguirlo en su propio origen. La razón del delinquir no es la *mano* ni la *lengua*, sino la *mente*, la *voluntad humana*, aquel *yo* que determina é impulsa al hombre á la *palabra* ó a la *obra perversa*, y en estas enfermedades morales que atormentan al hombre en su interior, es preciso que penetre la justicia social todo lo posible, bajo la forma rigurosa de la pena.

§ 11 Mientras tanto, el progreso de la civilización hizo que paulativamente fueran relegadas al dominio de la antigüedad y de la barbarie primitiva todas estas formas de que hasta ahora hemos hablado. Al afirmarse el principio social, una nueva doctrina se abrió camino; la pena fué considerada como medio para la defensa de la sociedad civil, y á semejanza de otras muchas instituciones, fué dominada por la fórmula *ne quid respublica detrimenti capiat*: Es preciso defender la inviolabilidad del ciudadano, como medio para proteger la seguridad de la convivencia social. *Salus reipublicæ suprema lex esto*. Y aquí es donde aparece el llamado *principio político* ó de la *defensa* ó *seguridad social*, llegando á ser la razón de Estado el fundamento y el límite de la justicia penal. Los hechos que atacan inmediata y directamente la seguridad del Estado son considerados como los más atroces delitos, habiendo otros que no la atacan directamente, sino de una manera indirecta y poniendo en peligro la conservación del orden social, amenazan de disolución la convivencia humana, haciendo temer llegue á realizarse el *homo homini lupus*, el *bellum omnium inter omnes*. En este concepto del delito la justicia penal no se manifiesta ya como la expansión de un sentimiento de horror ó de venganza, sea en nombre de la multitud irritada, sea en nombre del individuo y sus parientes, sea en nombre de la Divinidad ultrajada; al sentimiento sustituye el cálculo del interés. La pena es medio de intimidación *ut ceteri securiores vivant*. Este cálculo del interés dura aun cuando el con-

cepto de la vida social se transforma, y á la antigua noción de que el derecho del individuo es una creación de la vida social, sucede el nuevo principio de que ésta tiene valor en cuanto es medio para la conservación y desenvolvimiento del hombre. La pena es defensa, ya de la sociedad, ya del individuo, gracias á la prevención intimidativa, pero no por esto la lucha propia de la justicia penal es la misma de la defensa; ésta previene el mal, es legítima, dura cuanto dura el peligro y debe cesar cuando aquél cesa; pero cuando el mal ha ocurrido ya como un hecho real, no puede ser objeto de defensa. Una de las consecuencias inmediatas de este falso concepto de la pena, es el principio del mayor grado de temor que se debe inspirar al culpable por el terror del suplicio. Las tenazas, la rueda, el aceite hirviendo y toda clase de padecimientos, fueron adoptados por el legislador para conseguir el fin próximo de atormentar á los delincuentes y el fin remoto de separar del delito á los que estuvieren dispuestos á delinquir: ni aun á los muertos cuando hubieren delinquido se les dejaba tranquilos en su sepulcro. *Male tractando mortuos terremus et viventes*. Y como la sociedad al defenderse trataba de hacer cada vez más terrible la pena, surge en los delitos contra el Estado el inicuo principio de que también la progenie del delincuente, aunque fuera inocente, debía ser castigada. *Sit eis vita supplicium et mors solatium*. Pero una consecuencia bastante peor se manifestó en la esfera de la justicia penal. Mientras la ley penal es cruel por su incriminación y por las penas que fulmina, el hombre puede salvarse de ella, pues sabe que si realiza tal acción, sus terribles consecuencias caerán sobre él, y puede, ayudado por la reflexión, evitar la injusticia procurando no incurrir en el rigor de aquella ley que le amenaza *sub conditione*. Pero no se detiene aquí la lógica del terror: el procedimiento para descubrir y asegurar á los autores verdaderos del delito, no fué inspirado en la necesidad de buscar la verdad como condición esencial de la justicia, sino que, por el contrario, se proponía la punición á toda costa: *con tal de que el criminal no se salve, perezca el justo*. Los juicios penales debían ser, al igual de la pena, un medio de terror para los malvados, y por eso las persecuciones contra la delincuencia no fueron mayores que las llevadas á cabo contra la inocencia una vez hecha la acusación. Se proclamó como principio corriente ser lícito, *in atrocioribus*, prescindir de todos los preceptos de la ley: se admitió el procedimiento excepcional de rigor, hasta llegar á la forma de un juicio

militar, *ad modum belli*. Y como cúspide que coronaba el terrible edificio de la bárbara penalidad de entonces, la *tortura ó tormento*, que la antigüedad aplicaba sólo á los siervos, fué hasta hace un siglo empleado indistintamente con todos los que fueran culpables de indicios de criminalidad, *ad eruendam veritatem*, esto es, para completar con la confesión del culpable la prueba del delito no obtenida enteramente por las investigaciones directas del procedimiento inquisitivo.

§ 12. Las mismas consecuencias del principio político suscitaron la necesidad de una reforma radical en la administración de la justicia penal, cuando el principio del individualismo progresa en la vida de las naciones modernas. El individuo, una vez conquistada la conciencia de su propio valer, ó más bien por la exageración de esta conciencia, reconociéndose como centro de gravedad de todas las instituciones sociales, puso en duda la legitimidad de casi todas las instituciones positivas del Derecho penal y afirmó la necesidad de reducir á más estrechos límites la acción del poder social, principalmente en los procedimientos judiciales para el castigo del delito y en el contenido mismo de la pena. Pero el principio de la defensa sigue inspirando gran parte de las instituciones penales y ejerciendo su nociva influencia.

§ 13. Todas estas formas de la justicia penal que la historia nos presenta en su desarrollo, son manifestaciones de la lucha entre el Derecho conculcado y el delito conculcador; pero no constituyen, en el verdadero sentido de la palabra, la lucha contra el delito, sino que más bien fueron una lucha salvaje con el delincuente, de la que todavía se conservan reminiscencias en las instituciones penales contemporáneas. La justicia penal debe ser, y será poco á poco, no ya la lucha material contra el criminal, sino más bien la lucha jurídica contra el delito que en él se revela cuando se manifiesta en sus acciones. La justicia penal no es ni puede ser el furor popular, ni el abandono del ofensor á la venganza privada del ofendido, ni el rescate de la guerra privada merced al *guidrigildo* ó al *fredum*, ni el sacrificio del hombre á la Divinidad ultrajada por el hecho punible, ni el talión material con la similitud de suplicio, ni la pérdida de los órganos materiales del pecado, ni el castigo corporal del hombre, ni la inmolación de la persona del delincuente á la seguridad y tranquilidad, ya de la sociedad toda, ya de los demás hombres, ni el terror del castigo y de los procedimientos judiciales *ad modum belli*, que pueden llegar hasta los inocentes. La

justicia penal debe ser y será la lucha por el Derecho, pero no la guerra material, salvaje, feroz y brutal contra el delincuente, sino la razón misma coercitiva que combate en el delincuente, no el hombre, sino el delito.

Para conseguir tan nobles aspiraciones necesitanse dos condiciones: una, que puede llamarse formal; otra que puede llamarse sustancial. La primera es que esta lucha se halle representada por la eficacia impersonal del Estado: los individuos humanos están ligados por el vínculo de la solidaridad para asegurar el imperio del Derecho, y el Estado revela esta impersonalidad en la forma pura de la ley como manifestación de la conciencia social. La segunda condición de esta lucha contra la injusticia que está en el ánimo del delincuente y se revela en sus acciones criminosas, es la limitación de su libertad, la sujeción de su querer, la *coerción*, que á la vez que restringiendo su libertad, produzca un merecido dolor en el individuo delincuente haciéndole sentir la eficacia superior del Derecho que ha violado, lo reeduce en la vida jurídica con la disciplina á que lo someta y principalmente con la de la instrucción y el trabajo. Este nuevo principio, que se va afirmando y abriendo paso cada vez más en la conciencia del género humano, constituye la más eminente expresión de la pena, como lucha por el Derecho contra el obrar criminoso, y se dirige, no á destruir el hombre en el delincuente, sino el delincuente en el hombre. A los que dicen que este modo de ver la justicia penal es una utopía, que fomenta el delito, que excita y envalentona á los delincuentes, porque se le añade una dóbil benignidad, sin comprender el verdadero sentido de la *coerción regeneradora*, responderemos que gran parte del mal que aparece en el obrar del delincuente es debido á algunas causas superiores á su propia voluntad y á las imperfecciones de la vida social, á la ignorancia popular, á la inferioridad de condiciones y á las plagas sociales de la miseria y de la viciosa educación social: nosotros responderemos que la pena feroz para intimidar, no es verdadera lucha por el triunfo del Derecho, porque ya en sí contiene alguna violación del Derecho mismo, y que la verdadera pena, conforme á las exigencias y necesidades jurídicas á cuyo imperio y supremacía debe servir, ha de tener como contenido necesario, no ya la expiación de un mal realizado, sino la reeducación social por la ejemplaridad de su aparición, y la reeducación individual, que redimiendo al delincuente lo reúne al organismo ético de la humana convivencia, convirtiénd-

dole, de obstáculo y peligro, en medio y garantía para el mejoramiento progresivo de la sociedad humana.

II

Exposición crítica de los diversos sistemas sobre el derecho de castigar.

§ 1. Las teorías del derecho de castigar pueden reducirse á tres categorías. La primera comprende aquellas que consideran la pena intrínsecamente justa en cuanto es remedio al mal producido (*punire quia peccatum est*). La segunda se refiere á las que consideran la pena como medio para prevenir otros delitos (*punitur ne peccetur*). La tercera es la de aquellas teorías que reducen al eclecticismo las dos anteriores, considerándose que la pena es legítima en cuanto es remedio del mal pasado y en cuanto previene males futuros.

§ 2. Las teorías que pertenecen á la primera categoría, convienen en un principio fundamental, cual es el de la *expiación*, y forman una sola doctrina, la *doctrina de la justicia*. Esta, que aparece por primera vez en las concepciones religiosas del Oriente y de Grecia, tuvo en la civilización italo-greca una primera manifestación en el ἀντιπενονός de los Pitagóricos ó *talión moral*, alcanzando su desenvolvimiento en el *Gorgias* de Platón, el cual, partiendo del principio de que la pena es justa en sí misma, defendió la teoría de que es también medio de purificar el alma del mal de la injusticia. El Cristianismo reprodujo esta doctrina en forma de creencias religiosas; el martirio de Cristo es una expiación de los vicios y errores de la humanidad, expiación dirigida á redimir al hombre del imperio del mal; y Santo Tomás de Aquino y el Dante la reproducen con el mismo sentido en la Edad Media. Tuvo también sus partidarios en los primeros tiempos de la moderna filosofía del Derecho, con Grocio, Selden, Leibnitz y Vico; pero el que le dió forma riguroso fué Kant, á quien se unieron muchos filósofos de Alemania, Francia é Italia, debiendo mencionarse entre estos últimos dos publicistas italianos, Pellegrino Rossi y Terenzio Mamiani della Rovere. Todos éstos consideran la pena como medio de expiación moral, confundiendo de este modo el elemento moral con el jurídico; de aquí, que por un lado Grocio y Rossi tuviesen necesidad de acudir al sentido práctico para someter la aparición de la pena á las *necesidades sociales*; y por otro Selden y

Mamiani llegaron á justificar la punición del pensamiento criminal hasta donde fuera posible: así fué fácil á los adversarios de estas doctrinas acusar á sus defensores de *ilógicos* ó de *místicos*, Hegel y Sthal dirigieron esta doctrina por distinto camino, precisando que la pena es *retribución jurídica*, expiación jurídica de una violación del Derecho, y por eso se ha hecho inútil toda agresión y superfluo el poner frente á frente el principio absoluto de la justicia y la limitación del interés social. Esta última determinación es la que nosotros hemos expuesto, partiendo de un principio filosófico que se aparta igualmente de la Doctrina de Hegel y de la de Sthal (1).

§ 3. La segunda categoría comprende aquellas teorías que tomaron el nombre de *relativas*. La primera que vamos á examinar, es la de la *intimidación*. Aristóteles había dicho ya que la pena es medicina del alma por la virtud de los contrarios, y que era preciso castigar, ya que la multitud obedece más á la necesidad que á la razón (*Ethic. Nicom. VIII C. ult*); sin embargo, el filósofo griego no se separó del principio moral, pues que el Estado tenía siempre para él el carácter de una institución dirigida á la educación moral. Pero cuando en el mundo romano el Estado se pone como fin de sí mismo, el concepto de la intimidación llega á ser puramente político, y fué separado del principio moral, viniendo la pena á constituir medio de intimidación para defender la inviolabilidad del Estado (2). Y aquí toma su origen el sistema según el cual el fundamento de la pena está en la necesidad de apartar á los hombres por el temor, de los hechos que ponen en peligro la conservación de la vida social (*punitur ne peccetur*). Esta doctrina en el movimiento científico penal que arranca de Beccaria, esto es, de la segunda mitad del siglo pasado, fué sostenida primeramente sobre la base del hipotético *contrato social*, por Beccaria, Rousseau y Filangieri; pero después se desarrolla, fundada en la necesidad del hecho de la vida social, por Romagnosi y Bentham. Por otro lado, el principio de la justicia se ha unido también con el que defiende esta teoría, pues algunos de sus defensores han enseñado que la conservación de la vida social, merced á la pena, debe ve-

(1) *Dello svolgimento storico della dottrina dell'espiazione come fondamento del Diritto Penale*.—Memoria letta nella R. Accad. di Scienze Morali e Politiche di Napoli dal Prof. E. Pessina.—Napoli 1863, in 4.^o

(2) *Sen. De ira*, l. 16.—Cicerón, *De Off.* III, 5.—*Ulp.* I, 1. § 1. *De just. et jur.* L. 28, § 15, *Dig. de pœnis*.

rificarse dentro de los límites de lo justo (Carmignani, Rauter, Bertauld, Trébutien, Hélie). Otros han dicho que la intimidación, como fin próximo de la pena, es medio para la conservación del orden jurídico, puesto que sirve á la justicia como *coacción psicológica* (Feuerbach, Hepp, Mittermaier, Trendelenburg en su *D. natural*, § 16, Baroli, De Giorgi, Tolomei (1)).

§ 4. Esta doctrina de la intimidación no puede, según nosotros, llegar á constituir el principio fundamental del Derecho penal. No emplearemos muchas palabras en refutarla, en aquellas formas que ha adoptado como doctrina utilitaria ó como doctrina de la defensa, ya directa, ya indirecta, de la sociedad. Con relación á la utilidad no puede fundarse un sistema penal, ya se trate de la utilidad individual, ya de la utilidad social, pues en el primer caso el individuo podría renunciar á ella, y en el segundo es preciso el reconocimiento de un principio de justicia que imponga la obediencia á la utilidad social. En cuanto á la defensa, bien sea directa, bien indirecta, ya hizo notar con mucha oportunidad Rossi, que nunca la defensa puede confundirse con la punición, porque la defensa precede al mal, y la pena, lejos de preceder al delito, le sigue (*culpa poena premit comes*). Nuestro examen debe referirse á aquella forma que adopta la doctrina, no como mera seguridad social, sino como seguridad del Derecho debido á la ejemplaridad intimidativa que cohibe psicológicamente sin atacar á la libertad.

1.º Ante todo, en este sistema la punición carece de criterio, pues que debe variar según las condiciones de cada uno, y á medida que un delito se hace más frecuente es preciso aumentar su castigo, aunque la delincuencia de una acción siga siendo la misma.

2.º Hay una contradicción en que dicha teoría cae. Si el mal ocurrido (real) no basta á justificar la punición, ¿cómo podrá justificarla un mal no ocurrido todavía, un mal posible, como es el delito futuro?

3.º Si se habla de prevención dentro de los límites de la justicia, se reconoce que el castigar un hecho dado debe ser querido por la justicia; ahora bien, cuando se dice que la sociedad debe

(1) Carrara, si bien adoptó la fórmula de la *tutela del Derecho*, va incluido entre los defensores de la doctrina de la retribución jurídica, desde que elevó su fórmula de la tutela jurídica á la significación de restauración de la autoridad del Derecho. V. *Esposizione dei delitti in specie*. Proemio.

castigar, no por espíritu de justicia, sino por propio interés, se dice que la sociedad debe ver lo justo, pero no realizarlo sino cuando le convenga y porque le tiene cuenta el hacerlo.

Hay, sin embargo, una parte de verdad en la doctrina de la intimidación: *Oderunt peccare male formidine penæ*: por esta teoría se viene á determinar que si no existiera la pena no habría freno para los malvados. Pero esta afirmación es consecuencia útil de la pena, no su fundamento, ya que no produce este efecto la pena en abstracto, sino la pena merecida, la pena debida, justa, aquella que Vico llama el *suum del delincuente*. La pena, que en sí misma es ya algo justo, debe aparecer por obra de la sociedad; educando á los hombres, previene el incremento de las transgresiones jurídicas y protege la observancia del Derecho (1).

§ 5. Una teoría opuesta á la de la intimidación es la que se halla fundada sobre el principio de la enmienda ó corrección del culpable. El fin de la vida social, según algunos, es el individuo en su destino y en sus derechos; el hombre no puede ser tratado como medio para los demás hombres, y por esto, Abicht, Lucas y otros sostienen todavía que la pena no puede ser considerada como legítima sino en cuanto se propone como fin el bien del mismo delincuente: la enmienda, la palingenesia moral del individuo: he aquí el fin de la pena. Röeder se dedicó con gran entusiasmo á desenvolver esta tesis: la pena no puede ser ni un mal moral, ni un mal físico del individuo; y cuando no es un instrumento de reeducación, queda reducida á una continuación del estado de violencia que se une al pasado de la humanidad.

Nosotros empezaremos por hacer notar que este sistema se halla intimamente unido á una gran reforma de la penalidad que hace un siglo progresa, esto es, al sistema penitenciario. Pero el error de esta doctrina consiste en poner como razón justificativa de la pena la enmienda del culpable.

1.º Si se habla de enmienda moral, se sale de los confines del Derecho; el Estado nunca puede imponer al individuo una forma de vida para obligarle á ser moral. Si, por el contrario, se habla de enmienda jurídica, este sistema se confunde con el de la prevención.

(1) T. Livio, narrando la muerte de Mezio Suffezio, hace decir al que lo castigaba: *At tu supplicio tuo doce humanum genus ea sancta credere quæ à te violata sunt* (l. 28).

2.º La enmienda no se consigue siempre, ni cuando se consigue es del mismo modo. La pena debería durar, pues, hasta que se hubiera realizado la enmienda, y debería cesar tan pronto como la enmienda se produjera.

3.º El individuo es una de las condiciones de la vida social, pero no el fin último de la sociedad.

4.º Es verdad que el mal físico no es compensación al mal moral; pero la doctrina de la retribución jurídica no encierra un mal físico, sino que se propone oponer una restricción á la esfera de actividad jurídica del individuo, cuando éste ha violado el orden jurídico. La penas crueles nunca pueden justificarse; pero el uso de aquella fuerza que es propia del Derecho contra la individualidad rebacia para reafirmar el Derecho, engendra un *dolor*, un sufrir, en el individuo, algo de homogéneo al delito mismo, porque la *actividad del Derecho* niega la *actividad del delito*.

Sin embargo, la doctrina correccionalista tiene un aspecto de verdad cuando se relaciona con la doctrina de la retribución jurídica. Proponiéndose la sociedad al imponer la pena reafirmar el Derecho, debe tratar en su contenido de que el Derecho se reafirme en el mismo delincuente estirpando en él, en cuando sea posible, la causa del delinquir; y por eso la regeneración moral, como medio para tal reeducación, puede y debe formar parte del contenido de la pena. La *corrección* es una de las condiciones, pero no el fin fundamental, no la razón justificativa de la pena.

§ 6. Hay también otras teorías *relativas*, como la teoría de la *venganza pública*, sostenida por Vecchioni, Brückner, Schmalz, y la de la *reciprocidad*, de que son partidarios Borst y Fichte. La doctrina de la venganza carece hoy día de defensores y con muy buen acuerdo está retirada, porque ó se toma la venganza en un sentido vulgar y es un sentimiento personal, un hecho psicológico, no un principio que pueda justificar una institución, ó se toma en el significado más noble y puro del sentido de la justicia irritado, confundiendo con la doctrina de la expiación. La teoría de la reciprocidad fué después reproducida por Tissot con algunas modificaciones que la atenuaban, sosteniendo que á pesar de este principio de la reciprocidad, que justifica la pena en sí misma considerada, la sociedad sólo debe realizarlo cuando un interés material ó moral la mueva á ello. Pero la reciprocidad es la forma que el Derecho adopta y no el fundamento de los derechos; el hombre no sale nunca de la atmósfera jurídica por mucho que trate de separarse

de ella, y no porque haya negado el Derecho ajeno pierde el Derecho propio; su Derecho toma otra forma, pero siempre la de una condición jurídica, y el hombre tiene el derecho de ser tratado según su propia condición y de no sufrir más de lo que le corresponda.

§ 7. Finalmente, hay una tercera categoría, que es la de las teorías eclécticas ó mixtas. La pena, se dice por algunos, se halla fundada al mismo tiempo en la justicia y en la necesidad ó utilidad social é individual; no puede fundarse la punición sobre un solo principio. El primer momento de este eclecticismo ya se descubre en Grocio y Rossi, pero no es verdadero eclecticismo, porque el principio político para estos escritores es *límite*, no *fundamento* de la justicia penal. Welcker, con la doctrina de la reparación del daño ideal, señaló muchos fines unidos; y Mancini, Ortolán, Haus y Von Preuschen, afirman que se necesitan dos elementos para formar la legitimidad de la pena, á saber: que el hecho viole el orden moral y que la sociedad tenga interés en castigarlo. Ahora bien; el interés es tal en cuanto forma parte del orden, y un orden moral separado de los intereses es una abstracción; la materia de lo justo es lo útil mismo, y lo útil es una consecuencia del cumplimiento de lo bueno: no puede haber verdadera utilidad fuera de estas condiciones. La doctrina ecléctica no puede menos de presentarse mientras la doctrina de la expiación esté en los confines del kantismo, enseñando que el castigo del delincuente es un principio moral y que la pena es medio para la expiación de la falta moral, dolor material por un mal moral. Pero cuando la doctrina de la expiación hace de la punición un *principio jurídico* y la considera como remedio que el Derecho contrapone á un mal jurídico, cesa toda razón de ser del eclecticismo.

§ 8. No podemos dar fin á esta exposición sin hablar de una teoría sobre el fundamento del Derecho penal recientemente presentada por Bar. Trata este escritor de constituir sobre las bases de una investigación histórica y positiva una doctrina de la pena que se separe tanto de la teoría *absoluta* ó de la *retribución*, como de las llamadas *teorías relativas*. Esta doctrina sostiene que la pena se funda en el deber que tiene la sociedad humana para mantener en vigor los principios del orden moral de contraponer al delito una *reprobación moral*; que esta reprobación es mudable en su forma, según las varias condiciones del estado social; que su eficacia, como retribución de sufrimiento, no es una *necesidad dialéctica*, sino una

necesidad histórica á que el individuo debe someterse, porque habiendo violado el orden é impedido el desenvolvimiento de la vida social, tiene también el deber de someterse á la pena como algo que en las condiciones históricas de la sociedad es indispensable para la existencia y mantenimiento del orden social; pero que puede concebirse en un lejano porvenir tal estado de progreso y perfeccionamiento en la sociedad, que la simple reprobación de la opinión pública preserve de los delitos mucho mejor de lo que puede hacerlo ahora la más adecuada y vigorosa justicia penal.

Sobre esta nueva construcción del Derecho penal, nosotros haremos las siguientes observaciones:

1.^a Confunde esta teoría en el concepto de la reprobación moral, la Moral y el Derecho, el hecho moral y el jurídico: por eso está reducida á limitaciones arbitrarias para afirmar que esta reprobación debe restringirse á algunos hechos, y no castigar todas las manifestaciones de la actividad humana.

2.^a Considera la pena como necesidad puramente histórica no dialéctica, porque confunde la pena con la forma que la pena adopta en las varias clases de punición; y seguramente, aun admitiendo lo que Bar dice sobre el lejano porvenir del progreso de la sociedad humana, es decir, que bastará la sola reprobación de la opinión pública, esta misma reprobación es la retribución del delito, y el dolor que produce es aquel sufrimiento que constituye el contenido de la pena. *La sociedad humana que reprueba el mal es una fórmula equivalente á aquella otra de la sociedad humana reafirma el bien sometiendo al individuo á algo.* También nosotros creemos en el progreso de la vida social; también tenemos fe en que vendrá un tiempo en que la misma falta será pena en sí misma; pero con esto cambiará la forma de la punición, no su esencia, la cual permanecerá la misma, en cuanto que habrá siempre un *sufrir*, un *pati quiddam*, como consecuencia legítima del mal obrar.

§ 9. De todo lo expuesto se deduce que la doctrina de la retribución jurídica, en lugar de amontonar y contemporizar, sintetiza todas las demás teorías como otros tantos aspectos secundarios parciales del verdadero, integrándo'os en un principio superior. El cumplimiento de la ley moral, según esta doctrina, encierra el principio de que el Estado debe reafirmar el Derecho cuando éste sea violado por la aparición del delito: la pena, reafirmando el Derecho, realiza el reinado de Dios, y para reafirmar el Derecho, contra

ne la actividad del delincuente, buscando en el modo de constreñirla el camino para conducirla nuevamente á la observancia del Derecho; y al mismo tiempo que la coerción para el reo es ejemplo que advierte á los demás individuos en nombre de la sociedad, para su vida futura, aplaca el resentimiento de los ofendidos por el delincuente y asegura á los individuos y á la sociedad misma sobre la firmeza del orden social y sobre la eficacia protectora de la ley. Pero todas estas cosas son efectos útiles ó resultados apetecibles de la pena: su fundamento es la justicia misma, y el error común de las doctrinas relativas está en haber fundado la pena sobre alguno de estos aspectos parciales y secundarios.

III

Teoremas fundamentales del Derecho penal.

§ 1. Un insigne escritor en cuestiones penales declaró que el principio del Derecho penal encierra en sí todo cuanto forma el contenido de este Derecho, y se refleja esencialmente sobre la imputación de las acciones, sobre el límite de la pena, sobre las instituciones judiciales y sobre la forma misma de los procedimientos (1). Nosotros reconocemos la verdad de semejante afirmación, pues así como es objeto propio de todo centro dinámico el desenvolverse en una esfera de actividad, dentro de la cual se manifiesta su eficacia, así es objeto propio del principio superior de cada ciencia el irse ampliando dentro de la misma, produciendo verdades secundarias. Por eso daremos fin á la exposición filosófica del Derecho penal, intentando hacer una delineación de sus principios fundamentales, principios que luego hemos de ir desenvolviendo uno á uno en el curso de nuestra investigación.

§ 2. Empezaremos por ver en qué consiste el delito y qué actos deben ser sometidos á pena. El delito es la *negación del Derecho*, y tal noción abraza en sí tanto el aspecto de la violación de nuestros propios deberes, como el de la perturbación de los derechos de alguno de los seres humanos. Si la ley moral tiene dos aspectos, el de la Moralidad y el del Derecho; si dicha ley es la ley jurídica, en cuanto se refiere, no al querer puro, sino al querer exterioriza

(1) *Helie*. Introd. au Traité de Droit Penal, por M. Rossi. Paris, 1855.

do en un obrar determinado (*actividad*), no la *mala voluntad*, sino la *mala actio* constituye el hecho criminoso: los pecados de religión y de moralidad no constituyen *delito*. *Delito* es, pues, la *acción que viola la libertad humana que infringe el Derecho*. Esta infracción aparece cuando una determinada relación jurídica no puede ya ser observada por algún hecho humano, contrario á la misma; así, la muerte de un hombre infringe el Derecho, porque con el hecho de la muerte no puede ya, con relación al hombre á quien se privó de la vida, ser observada aquella relación jurídica de que el hombre debe atacar á la vida de otro hombre. De estas consideraciones deriva el principio de que la sociedad puede legítimamente, más bien, debe castigar todas aquellas acciones, y solamente aquellas que partiendo de la libertad humana violan una relación jurídica de tal modo, que hacen imposible su realización en forma positiva respecto al hecho que se ha cometido. Y como el Derecho encierra en sí todas las condiciones necesarias para el cumplimiento del fin humano que dependen de la libertad del hombre, así en sentido inverso la negación del Derecho, esto es, el *delito*, comprende las manifestaciones de la libertad humana en cualquier hecho que haga imposible para un caso especial el cumplimiento de alguna de aquellas condiciones.

§ 3. La violación ó negación del Derecho exige la reafirmación del mismo, lo cual significa que la fuerza del Derecho debe volver á la actividad individual, sujetándola, subordinándola á sí misma. Es preciso, por lo tanto, que cierto sufrimiento represente la torsión de la fuerza del Derecho contra la actividad rebelde. Al delito, pues, debe suceder una restricción de los derechos, que ha de sufrir en nombre del Derecho violado y tenga por objeto reafirmar el Derecho en todo lo posible, tanto en la sociedad humana, en cuyo seno el delito aparece, como en la misma individualidad reidora. Por consiguiente, la pena en su esencia propia es la esencia de repulsión por la que el Derecho se retuerce contra la individualidad humana que ha cometido el delito, para reparar el desorden de éste, es decir, para reafirmar la propia superioridad sobre la humana actividad. El fin de la pena es anular el delito, y si se presenta en forma de dolor y de mal para el individuo que la sufre es un bien en sí misma y el verdadero bien para la actividad del delincuente, reconciliándola con el orden, y es un bien para la sociedad humana, en cuyo seno la justicia se restaura. Mas para que cumpla su fin y consiga tal efecto, es preciso que en sí misma,

con relación al delito, se conforme al Derecho; pero no imitando con la *similitudo suplicii*, grosera forma de semejanza ó *talion material*, la atrocidad del hecho punible, sino compensando con algún bien el mal del delito y haciendo caer sobre el autor del mismo exclusivamente su eficacia de restricción y de dolor. Y como la negación del Derecho por obra del delito, puede ser varia por la importancia del principio jurídico que viene á ser negada, y varia por la *calidad* y la *cantidad*, esto es, según la importancia de la violación jurídica que se ha conculcado, y según la gravedad específica de la violación de dicha relación, determinada por sus condiciones como hecho concreto y particular, es preciso que los diversos delitos sean castigados proporcionalmente, puesto que en tanto debe reafirmarse el Derecho en cuanto hay de negación del mismo en el delito; y por eso, *la pena debe ser proporcionada á la varia cantidad y calidad de los delitos*.

§ 4. La ley moral, que lleva consigo el principio del castigo de los delincuentes, ¿cómo se realiza en el seno de la humanidad? A todos los hombres incumbe el deber común de obrar de tal modo; que el Derecho reine sobre el arbitrio humano. El Estado, que representa la comunidad de los hombres, en cuanto quieren el reinado del Derecho, es, pues, el órgano legítimo de la punición, y el Estado nacional, que es el órgano del Derecho dentro de cada nación, es el legitimamente llamado á la administración de la justicia penal. Por eso no es dado al individuo castigar á los culpables, sino á aquel poder designado por el Estado para representarle en su superioridad cerca de los individuos, como el órgano del Derecho. La *vengeance de la sangre* es la negación de la pena y quita al castigo, que también trata de conseguir, aquella nota de imparcialidad que debe acompañar la aparición de la justicia penal. En suma, el Estado es el órgano llamado á ejercer la función social del castigo de los delincuentes, sería un error hacer del Estado el fin último y fundamental de la punición; pero ésta, que es querida por el Derecho, debe tener por ministro el órgano mismo del Derecho en la vida social.

§ 5. Para esta justicia penal, que constituye una función del Estado, se exigen tres condiciones:

1.^a Para que el Estado nacional obre como órgano del Derecho. es preciso que la conciencia nacional del contenido del Derecho sea la norma de sus operaciones sobre el individuo; esta conciencia nacional del contenido del Derecho, se formula en el Derecho positi-

vo por medio de la *ley penal*. La ley debe, pues, regular todo lo que concierne á la administración de la justicia penal por obra del Estado. No hay hecho punible si la ley no lo declara tal antes de aparecer; no hay pena que no se halle prefinida en la ley; no hay potestad llamada á absolver ó condenar si en la ley no encuentra el principio de su legitimidad de existencia; no hay otra forma de procedimiento para castigar al culpable, que la fijada por la ley.

2.^a Presupuesta la ley, es preciso otro hecho que preceda á la punición según dicha ley, esto es, que la conciencia social sea convencida de que un individuo ha realizado aquel hecho determinado que la ley castiga como delito. Nadie puede ser castigado si que la sociedad haya adquirido este convencimiento, es decir, si que haya habido un *juicio*, según las formas legales, que termine en una sentencia revestida de la autoridad de cosa juzgada.

3.^a La ley y las sentencias no deben ser letra muerta, sino que la realización de la justicia se consigue en el cumplimiento de las sentencias en las que la autoridad de la ley se manifiesta; y si pueden existir algunos casos en que, ó el procedimiento no debe tener lugar para la realización de la ley, ó á pesar de que el procedimiento haya empezado por un juicio, no se pueda cumplir el juicio mismo, también estos casos deben considerarse anteriormente en la ley, y así, mientras ésta es siempre la que regula la administración de la justicia penal, se evita que la obediencia ciega á la ley dependa de la desobediencia á los principios superiores del Derecho y de la naturaleza misma de las cosas.

§ 6. Resumiendo estas consideraciones, se pueden deducir de ellas como incontrovertibles los siguientes principios, que forman como el núcleo de la ciencia del Derecho penal:

1.^o Deben pensarse todas y solas las manifestaciones de la libre actividad humana que infrinjan los dictados del Derecho.

2.^o La pena para reafirmar el Derecho negado, debe hacer sufrir algún dolor al delincuente, proporcionado á la cantidad y calidad del delito, extirpando en aquél, en cuanto sea posible, la raíz de la delincuencia.

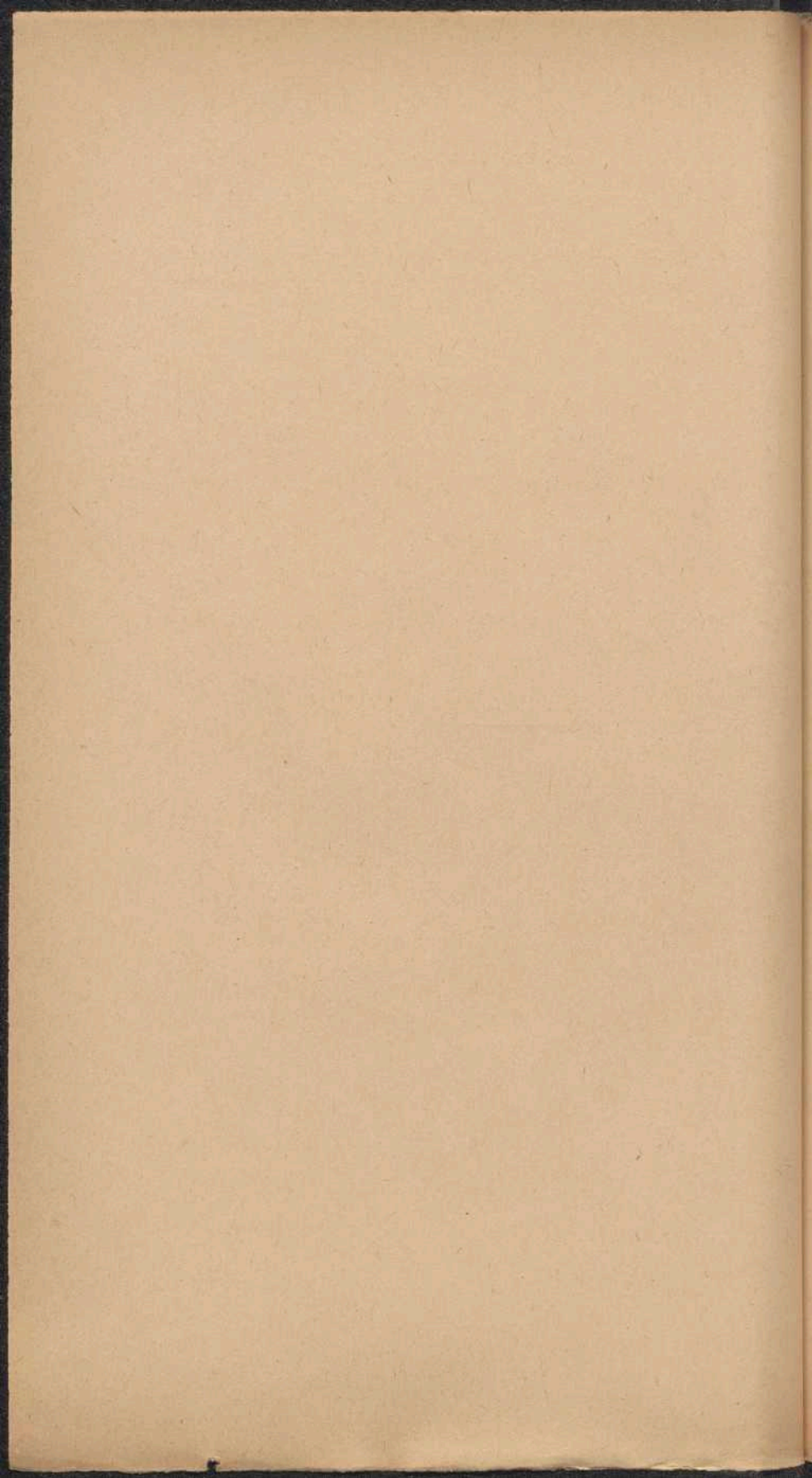
3.^o El órgano de la justicia penal es el Estado, no el individuo.

4.^o La ley debe ser la norma directiva de la potestad civil y castigo de los delincuentes.

5.^o Nadie puede ser sometido á pena sino después de una sentencia.

tencia irrevocable, que muestre en la conciencia social el convencimiento de la delincuencia.

6.º En la ejecución de los juicios penales está el cumplimiento de la justicia penal, salvo los casos previstos por la misma ley, en que, ó no se debe perseguir el delito, ó no se debe castigar á su autor.



APÉNDICE AL CAPÍTULO PRIMERO

Escritores sobre Filosofía del Derecho penal.

A) Escritores antiguos.

Diog. Laertii: «Vit. philos.» VIII, 33.

Platón: «Gorgias.—De legibus», IX, X, XI.

Aristóteles: «Ethicorum ad Nicomachum».—Lib. V, 8. — Libro VIII, 10.

Santo Tomás: «Summa theologia», I, 2.

H. Grotio: «De Jure belli ac pacis».—Lib. II, c. XXI, XXII.

Selden: «De Jure naturali juxta disciplinam Hebræorum. Witemb. 1712.

Leibnitz: «Théodicée», parte I, § 73.

G. B. Vico: «De uno univ. juris principio ac fine uno», § LXIII.

B) Escritores modernos.

Abegg: «Las teorías del Derecho penal» (alem.). Neustad 1835, un volumen en 8.^o

Bar: «Los fundamentos del Derecho penal» (alem.). Leips. 1869.

Baier: «La doctrina de la advertencia» (alem.). Gottinga 1830.

Bertauld: «Étude sur le Droit de punir». París 1852, en 8.^o

Borst: «Ensayo de una nueva exposición puramente jurídica del Derecho penal» (alem.). Nürnberg 1881.

Brocher: «Essai sur l'élément moral du Droit criminel». Genève 1836.

Broglie (Duc de): «Sur le Droit de punir» (Revue française). — París. Sept. 1828.

Bufalini: «Sui fondamenti del Diritto punitivo». Firenze 1857.

Busatti: «Del diritto all'irrogazione delle pene, e della loro applicazione ed effetti per la sicurezza sociale». Siena 1841.

Carrara: «Programma del Corso di Diritto criminale». Lucca 1860, en 8.^o

Colmann: «Las teorías del Derecho penal» (alem.). Leips. 1824.

Cousin: «Argument du Gorgias». (Œuvres de Platon.)

Ferri: «I nuovi orizzonti del Diritto e della Procedura penale». Bologna 1881, en 8.º

Feuerbach: «Della pena come mezzo di antivenire i delitti». Chemnitz 1880.

Fichte: «Derecho natural». Vol. II, págs. 95 y sigs.

Franck: «Philosophie du Droit Pénal», París 1864, en 12.º

Gabba: «Dei fondamenti e dei caratteri della pena». Milano 1858.

Garelli: «Della pena e della emenda». Firenze 1869.

Gilardin: «Etude philosophique sur le Droit de punir». París 1842.

Giorgi (Aless.º De): «Memoria sul Diritto di punire». (Appendice alle «Opere penali» di Romagnosi.) Milano 1844.

Grohman: «Del principio del Derecho penal» (alem.). Carlsruhe 1832.

Grollman: «Del fundamento del Derecho y de la Legislación penal» (alem.). Giessen 1799, en 8.º

Haus: «Du principe d'expiation». Gand. 1865.

Heinze: «Las teorías del Derecho penal». (Monografía contenida en el Manual de Derecho penal de Holtzendorf.) Vol. I, p. 2.ª

Hegel: «Filosofía del Derecho» (alem.). 1828, § 95.

Hélie: «Introduction au Traité de Droit pénal, par M. Rossi». París 1855. — «Introduction au Traité des délits et des peines par Beccaria». París 1656.

Henke: «La lucha de las teorías sobre el Derecho penal» (alem.). Regensburg 1811.

Hepp: «Exposición crítica de las teorías del Derecho penal» (alem.). Heidelb. 1829. — «De las teorías de justicia y utilidad como fundamento de la pena» (alem.). Heidelb. 1834. — «Exposición crítica de los sistemas alemanes sobre el Derecho penal» (alem.). Heidelb. 1855.

Jordao: «Fundamento del derecho de castigar» (portugués). Coimbra 1853.

Kant: «Principios metafísicos del Derecho» (alem.). § XLIII-V. traducción francesa de Tissot y Barni.

Laistner: «El Derecho en la pena» (alem.). München 1872, en 8.º

Linck: «El Derecho natural de los tiempos modernos como base de las teorías del Derecho penal» (alem.). Munich 1829.

Mamiani y Mancini: «Lettere sulle Origini del Diritto di punire». Napoli 1841, últ. ed., Napoli 1844, 2 vol. en 8.º

Mohl: «Del fin de la pena» (alem.). Heidelb. 1837.

Molinier: «Du Droit de punir». Toulouse 1848.

Naumann: «De la teoría del Derecho penal» (traduc. [del suizo] alemán, por C. N. David). Leips. 1849.

Oersted: «Regoli fondamentali della legislazione penale». Copenhagen. 1818—(trad del alem.).

Poletti: «Sul Diritto di punire e sulla tutela penale», 1828. — «La Giustizia e le leggi universe di Natura». — «Principii di Filosofia positiva applicati al Diritto criminale». Cremona 1864.

Richter: «El Derecho penal filosófico» (alem.). Leips. 1829.

Röder: «La ejecución de la pena en el espíritu del Derecho» (alem.). Heidelb. 1863. — «Doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena» (alem.). Heidelb. 1867.

Saleri: «Delle cagioni che tardarono la Filosofia del Diritto penale, e delle cagioni che la fecero sorgere negli ultimi tempi». Milano 1844.

Stahl: «Filosofía del Derecho». — Derecho público, § 142.

Tredelenburg: «Derecho natural fundado sobre la Etica» (alem.). Leips. 1860, § 56 y sig.

Trummer: «La Filosofía del Derecho y especialmente del Derecho penal» (alem.). Hamburgo 1827.

Van Trojen: «Diss. juridica de jure puniendi». Groning 1826.

Van Ittersum: «De fundamento juris puniendi». Traj. ad Rhen. 1824.

Van Muyden: «Essai sur le principe fondamental de la justice penale». Lausanne 1833.

Vecchioni: «Pensieri intorno ad una teoria di legislazione penale». Napoli 1855.

Vening: «Diss. juridica qua exponuntur diversæ de fine pœnarum sententiæ». Gron. 1826.

Von Preuschen: «La teoría de la justicia y la exposición de otras teorías» (alem.). Giessen 1839.

Wahlberg: «El principio individual en la justicia penal» (alem.). Viena 1869.

Welcker: «Derecho, Estado y Pena» (alem.). Giessen 1813.

Zacharia: «Diss. quomodo Icti Romani de delictis eorumque pœnis philosophati sint». Viterb. 1799.

*** Empieza el autor este capítulo con una interrogación que tal vez no esté bien formulada. A nuestro modo de ver, no hay para qué preguntarse si es justo que se penen los delitos, porque de esto no se ha dudado en ningún tiempo ni por ninguna escuela; sino qué y cómo se debe penar para que la punición sea justa. Definir esto último es asentar el principio fundamental de la justicia punitiva. Después de afirmar que la sociedad castiga á los *delincuentes*, y que la *conciencia* lo aplaude, la interrogación huelga tal como el autor la expresa; pero para que la conciencia aplaude, es menester que la pena debida caiga sobre el verdadero delincuente, y á esclarecer estos dos términos, con cuanto en su relación y dentro de ellos se da, se consagra nuestra disciplina, á partir del conocimiento del destino del hombre, que es consecuencia del de su naturaleza.

*** Acepta el autor la tecnología hoy en uso y la idea de la *lucha por la existencia*, como punto de arranque para precisar los caracte-

res de la que el hombre sostiene á fin de conseguir el triunfo del derecho; y no faltó algún partidario de la nueva escuela que tomara acta de ello y deslizara la suposición de que Pessina acoge el sentido de aquélla y reniega de su pasado. «Citaremos, dice Puglia (*Prolegomeni allo studio del diritto repressivo*, pág. 33), en honor de la verdad, á Pessina, quien en la última edición de sus *Elementos de derecho penal* ha suprimido las páginas en que se hablaba de Dios y las ha sustituido con otras en que se desenvuelven importantes ideas modernas sobre la lucha por el derecho en la esfera del derecho penal». Prescindiendo de que la frase «lucha por la existencia» es un tanto anfibológica y de que el concepto que expresa no tiene nada de nuevo (aunque pueda tener novedad el aprecio de la manera con que la lucha se manifiesta en todos los órdenes de la vida), basta leer los párrafos del autor para percatarse de lo gratuito de la suposición. El más *espiritualista*, y hasta el más *creyente*, podría suscribir esos párrafos, en los que ni siquiera falta un texto sagrado que ya expresó felizmente la verdad de que la vida del hombre sobre la tierra es un perpetuo combate. El hombre lucha por el bien y lucha como hombre; en aquel bien está el derecho, y en la razón el arma que nos asegura la victoria. Cuando obramos en razón, la interior contradicción de nuestra naturaleza se resuelve en armonía y los intereses distintos que la convivencia social supone concuerdan en el orden. El derecho es la ley de aquella armonía y de este orden; armonía que, por serlo, no destruye ningún elemento, sino que los subordina y compone; orden que es también una resultante de la colocación propia de las cosas, la justicia, *Themis* (de τίθημι colocar). Y en este punto no sobraría aclarar las palabras del autor cuando, describiendo la lucha por el derecho (asunto de una brillante monografía de Ihering), escribe que la sociedad humana «tiene el deber de combatir contra el interés individual»; porque entendido á la letra vendríamos al error de creer en una antinomia total, absurda, entre el interés individual y el colectivo, ó, por lo menos, á aquella oposición supuesta por los sostenedores del pacto, ó á la diferencia sustantiva entre la delincuencia y el *altruismo*, implícita en la definición del delito natural intentada por Garofalo. Si el hombre es *naturalmente* sociable, es decir, si este carácter se da en su naturaleza con el mismo valor permanente que el de su racionalidad, aquella antinomia, ó aquella oposición, es desde luego imposible. La sociedad se compone de individuos, pero de individuos sociables; esta individualidad puede y debe afirmarse hasta al punto de que el mismo Schäffle pretende que el derecho es la jurídica afirmación de sí propio; pero tal afirmación comprende la de que en la misma individualidad, como parte de ella, aparece la aptitud y la necesidad de unión con otras individualidades de su especie. Así, tomando un ejemplo de las ciencias naturales, si examinamos uno de los huesos que componen el cráneo y queremos describirle exactamente, no será posible omitir que en sus bordes presenta, más ó menos desarrollados, los denticulos que denotan su ensamble con otros huesos correspondientes; sabido es, además, que desde el nacimiento del ser hasta cierta edad, aquellos denticulos, que empiezan por ser rudimentarios, se pronuncian y la sutura se realiza al cabo. Por el camino de esta comparación cabría sostener que el derecho precisa y desarrolla las *apófisis* individuales, y asegura y fortifica la *sinóstosis* social. No caeremos por esto en el extremo de los sociólogos que, mediante otra metáfora, consideran la sociedad al igual de un organismo fisiológico; las unidades sociales forman un todo *discreto*, viven

por sí, con vida propia, que no es independiente de la del complejo, á la que lleva y de la que recibe acciones y reacciones continuas. El altruismo completo es absurdo, y que no es lo opuesto á la delincuencia lo ha demostrado últimamente Magri (*Una nuova teoria generale della criminalità*), señalando criminales que lo son por exceso de altruismo; y á su vez, cuando el citado Schäffle dice que el hombre malvado es aquel que compromete voluntariamente la vida conjuntiva, nadie negará que ese hombre comprometió primero su vida singular, desconociendo lo que ella debe ser en sí y como parte del agregado; cosas inseparables en principio, armonizadas en el ideal y sólo en pugna, jamás totalmente, en momentos y por defecto histórico, en hecho concreto ó manifestación extrínseca de actividad:

La lucha por el derecho no es, pues, lucha *contra* el interés del individuo, sino *por* el interés individual, tal y como nosotros le concebimos, y tal y como la misma historia nos enseña. El derecho, aunque no es toda la utilidad, es una relación de utilidad, y el que le quebranta hace algo *inútil* para él mismo, desconoce y falsea su interés, solidario del interés común; y la prueba más sensible de ello se ve en que existiendo muchos individuos semejantes como tales individuos al individuo delincuente, su interés está satisfecho en la vida honesta, y le invocan para pedir y aplicar la pena á la minoría rebelde. Cuando se dice que ésta tiene *derecho á la pena*, se da aún mayor resalto á la idea que venimos enunciando. En suma, el derecho es el interés supremo, el interés de los intereses, y por eso le llamó Séneca *vinculum humane societatis*.

*** La lucha por el derecho se expresa efectivamente por la *prevención* y por la *represión*; pero prescindiendo de adjuntar la *coacción* como procedimiento que algunos tratadistas particularizan y lo refieren al efecto de los juicios civiles, hay que advertir: 1.º, que la prevención y la represión, según de ordinario se entienden, no representan toda la virtualidad que en la lucha por el derecho se ejerce, si quiera nos fijemos tan sólo en que se refieren al mantenimiento del derecho existente; 2.º, que si constituyen funciones sociales, no son ajenas al poder individual en la esfera que le pertenece; 3.º, que si aparecen enlazadas en su origen, también al producirse en sendas determinaciones se comunican el respectivo carácter, por cuanto no sólo la pena, v. gr., es preventiva en el respecto que el autor dice, sino que la prevención, al adoptar la forma imperativa ó prohibitiva, es, á su vez, represión.

La moderna escuela positiva sostiene, al tratar este asunto, dos cosas importantes: la escasa eficacia de la función represiva, sobre todo en la manera de ejercerse actualmente con las penas forenses, y la capital significación de la función preventiva, que ella ha abarcado en su valor y en sus medios de actuación. Ambas cosas le ofrecen ocasión de destemplada y ruda crítica para la ciencia *clásica*, y procede, por tanto, colocar el problema en sus verdaderos términos, sin aspirar á dilucidarle aquí con la holgura que merece.

Fué posible en la historia, mientras la ignorancia y la fuerza bruta dieron base á regímenes de privilegio y á dolorosas confusiones, atribuir al poder público una facultad punitiva ilimitada, que se empleó, mejor que en la defensa social, en la defensa de intereses egoístas de persona ó de clase, y atribuir al ejercicio de tal facultad un valor y alcance que no podía ni debía tener, como la misma historia se encargó de evidenciar, permitiéndonos obtener, tras de la extinción de tan-

tos excesos y horrores, la situación que la actual cultura representa; es posible que, por influjo del prejuicio histórico ó por la suerte de obsesión que causa el cultivo directo y preferente de un orden de conocimientos, algunos penalistas hayan exagerado la importancia y transcendencia de la represión ejercida por el Estado; pero una vez rescatado el derecho de aquel ominoso cautiverio, desvelado en su principio y en sus elementos constitutivos, contemplado serenamente en la conciencia y en los hechos, no se necesita oficiar de positivista y aceptar las premisas de la nueva escuela para profesar que ni los estados de perturbación criminosos son, en cierto modo, «un momento esencial y necesario de la vida del derecho», ni el Estado garantía, como tal, es el único ó capital sustento de la existencia singular y colectiva, ni á las penas está encomendada exclusiva y preferentemente la evitación de las lesiones y la restauración de la salud del organismo jurídico, siquiera, al ser una parte de la condicionalidad de este orden, entrañen un valor positivo y un valor reflejo, por decirlo así, en cuanto fortalecen otros poderosos resortes que veríamos aflojarse á medida que los medios punitivos, exteriores y materiales, no obtuvieran la atención merecida. Asentada esta doctrina sobre fundamentos más sólidos, aunque otra cosa parezca, que los elegidos por la nueva escuela, no existe para nosotros el temor de predicar, como alguno de sus apóstoles, una impopular cruzada en pro del cadalso (Garofalo), de los azotes (Lombroso), ó de otros castigos cruentos y vergonzosos que han desaparecido ó van desapareciendo, por fortuna, de los Códigos, después de sublevarse contra ellos el pensamiento y la conciencia de la opinión ilustrada.—Conste, pues, que aquella ineficacia relativa de la represión oficial, ha sido ya entendida de mejor manera por la ciencia clásica, la cual no se presta á imitar al general del cuento, quien advertido de que el disparo de un cañonazo era inútil porque el enemigo se hallaba fuera del alcance de su artillería, dió orden de disparar dos cañonazos...

Respecto á la función preventiva, nos apresuraremos á deponer en favor de su altísima importancia y hacer los más fervientes votos por que la doctrina tocante á ella revista la amplitud, la claridad y la prudencia que tanto ha menester para producir los apetecidos frutos y no crear conflictos y peligros á las instituciones sociales y á la libertad privada. Sin negar que la nueva escuela ha acentuado esta dirección saludable y dado relieve á este previsor criterio, no hay por qué disimular los antecedentes del asunto en cuanto puedan valer, ni lo erróneo y deficiente de la teoría de los *sostituti penali* en la forma que Ferri la mantiene y especifica, como secuela de la distinción de los factores físicos, antropológicos y sociales del delito. El estudio atento de cuanto informa la conducta humana, la observación perspicaz de los fenómenos en que se acusan instancias, influjos y omisiones difíciles de resistir ó salvar, la remoción de obstáculos y el fomento de estímulos para que el hombre obre con la regularidad y la cordura debidas, es labor interesantísima, aunque menos fácil de servir y sistematizar de lo que algunos piensan, y es empeño que el derecho prescribe con imperio y ha de encarrilar en su marcha á fin de asegurar la verdadera justicia, y no una justicia nominal y aparente, y á fin de no incidir en el mismo vicio que se quiere extirpar, produciendo tal vez trastornos más hondos con la adopción de medidas inflexivas ó inoportunas. Cuanto mayor sea la fe que se tenga en la posibilidad de que el hombre se conduzca como un ser autónomo y mayor aprecio se otorgue á la responsabilidad personal en los juicios cri-

minales, tanta mayor obligación existe por parte del Estado de adelantarse á corregir los defectos y las solicitaciones nocivas en que muchas veces encuentra la delincuencia lamentable explicación y hasta disculpa, aun más lamentable, porque se ve y no se estima. Desde este punto de vista, la prevención viene á ser para nosotros el esfuerzo indeclinable de la colectividad para redimirse de una *complicidad* cierta en los mismos hechos que reprueba y castiga. Sea cualquiera, pues, el criterio de que se parta, siempre confluirán las opiniones en la afirmación de la excelencia de aquella *higiene* social. La dificultad y la discrepancia surgen al traducirla en preceptos; y, en último término, no huelga añadir que asunto tan ligado con el derecho penal por varios conceptos, no entra, sin embargo, dentro de su propio campo.

* * Persigue el autor las manifestaciones que tuvo en el tiempo la lucha por el derecho mediante la acción de la justicia penal; y con esto no hace otra cosa que reunir antecedentes históricos, que podrían figurar sin inconveniente á la cabeza del capítulo 2.º de sus Prolegómenos, porque al no ser hacedero traer á una obra de esta clase una historia completa y detallada, cabe, no obstante, ofrecer en primer término los rasgos superiores de la *historia ideal* de la penalidad (según lo hizo Mancini (1), inspirándose en un concepto del inmortal Vico), para venir después á fijar los elementos comunes que entran en la formación del derecho penal de la Europa moderna, y concluir, en una última concreción, por estudiar el desarrollo del que corresponde á una nación determinada, con las notas que, dentro de lo humano y de esos grandes influjos históricos, le dan peculiar fisonomía.

El salvajismo, la barbarie, la civilización con su variedad de grados y aspectos, tienen modos de exteriorización de lo penal que se reproducen casi indefectiblemente en la vida de los pueblos. La represión ejécese por la acción del individuo, sensible á la ofensa y á la venganza, mientras no se constituyen colectividades coherentes y hasta cierto punto civiles; y al pasar al poder social que en éstas impera, la facultad punitiva, sin perder el espíritu que tuviera antes, se traduce en expresión de aquel principio religioso, autocrático, moral ó político (estos dos atenuaciones de los anteriores) que le da base y que se comunica al delito, á la pena, al juicio (juez, proceso, prueba), imprimiéndoles distintivos caracteres. Esa historia ideal, que no se somete á fechas y lugares, sino que constituye una gran síntesis que se justifica por la unidad del sujeto de la historia, recibe de los hechos ratificaciones cumplidas. Sirvan de ejemplo la casi universal difusión del período de la venganza de la sangre, del sistema de las *composiciones* (excepción hecha de la India y el Egipto), de la pena de fuego, aplicada siempre que impera el sentido teocrático, y de la *pérdida de la paz* mencionada en el texto, la cual comprende lo mismo al Cain de Génesis que al *wargr* de los escandinavos, al *homo fidozus* de la ley frigia, al *outlaw* de los anglo-sajones, al *contumaz de malfetría* de nuestro Fuero Viejo, etc.

Conforme con el autor en que todas esas tradicionales formas de la justicia punitiva no fueron una verdadera lucha con el delito, sino una lucha salvaje con el delincuente, cumple, sin embargo, reconocer que en ninguna de ellas falta en absoluto toda idea y sentimiento de

(1) Discurso de apertura del curso de derecho penal, dado en Roma en 1878

justicia, de culpabilidad, de pena, todo criterio moral para distinguir el bien del mal y lo que respectivamente reclaman uno y otro: sería signo grosero, groserísimo, si se quiere, de lo que más adelante ha de tomar espiritualidad y color verdaderamente humano; pero la ausencia del principio á que nos referimos sólo se proclama por una interpretación superficial ó apasionada de los hechos. — Los que esto hacen, suelen asimismo alterar el rigor histórico y generalizar sobre un simple dato que conviene á la defensa de la teoría sustentada; y así es cosa bastante corriente afirmar, v. gr., que la pena no significó en sus orígenes más que un *pago* por la ofensa, una mera indemnización material, como si el sistema de composición no fuera, en realidad, un momento, nunca el primero, de la historia de la penalidad, un *sustituto* de procedimientos anteriores, sólo posible en tiempos de relativo adelanto general, por suponer ya la propiedad privada, sin que tuviera aplicación á todos los casos, y sin que en aquellos en que la tiene satisfaga completamente la exigencia.

* * Se ha negado la posibilidad de construir una teoría penal; pero sea de esto lo que quiera, como un *hecho* en la progresión científica de nuestra disciplina, tenemos la existencia de teorías numerosas, á cuya exposición y crítica se han consagrado diversos trabajos, entre los que figura, como muy conocido entre nosotros, por haberle traducido al idioma patrio el sabio profesor D. Francisco Giner, el publicado años atrás por un ilustre jurista alemán, Röder. La diferente manera de considerar los capitales conceptos del Derecho y del Estado, la complejidad del asunto, que presentando fases distintas origina la posibilidad de contemplar no más una de ellas, y de atribuir á esta contemplación parcial un valor completo, así como la de tomar por principio supremo lo que sólo tiene una secundaria significación, explican la variedad de tales teorías, clasificadas de ordinario en los tres grupos de teorías absolutas, relativas y mixtas ó compuestas, por más que esta última nota convenga al mayor número por efecto de aquella misma deficiencia, que es el achaque casi común á todas.

Dando de mano á otros reparos, alguno tocante á la especie de clasificación que en el texto se enuncia, declararemos con lisura que no nos convence la impugnación de la teoría de la *enmienda*, ni nos satisface la teoría de la *retribución* que el autor profesa. En la oposición que Italia, por boca de sus principales penalistas (Carrara singularmente), hizo á las ideas sostenidas con especial empeño en Alemania á favor del correccionalismo, siempre quisimos entrever ciertos celos de nacionalidad ó de escuela, nada extraños, por cierto, en un pueblo que ha marchado siempre á la cabeza en la investigación de los problemas penales, pero no por eso justificados ni respetables ante la verdad, que está por encima de tales cosas. Tal vez nuestra sospecha sea infundada, aunque otra cosa dicen la acritud que la polémica tomó en algún tiempo y la rareza que implica el que una nación que impugnó tan valientemente los viejos errores penales y se anticipó á los legisladores más humanos con su célebre Código de Toscana, no simpatizara nunca por modo franco con la doctrina que más avanza por ese camino y más ha influido en la dirección y sentido de las reformas penales modernas. No extrema Pessina esa oposición, antes contemporiza, aquí y en otros lugares, con el criterio correccionalista, al cual censura por atribuir á la enmienda el carácter de fin fundamental, de razón justificativa de la pena, cuando, en su sentir, no es más que una de las condiciones de la pena misma. Ahora bien: si usando una fór-

mula general y admitida por el autor, el fin de la pena es reafirmar, restanrar el derecho perturbado, lo que el correccionalismo defiende es que el derecho no se reafirma ni se restaura esencial y omnilateralmente sino cuando se busca y se obtiene la regeneración del culpable. Si esto se demuestra, y creemos que se ha demostrado, no puede decirse que esa regeneración moral sea una de tantas condiciones útiles ó deseables, sino el quicio sobre el que debe girar el sistema de la justicia punitiva. El Estado no sale de los legítimos confines de su acción al poner medios para que tal regeneración sea posible; por el contrario, ejerce una tutela de índole peculiar, pero no distinta en la esencia de la que nadie pone en tela de juicio cuando se trata de otros sujetos de derecho que dan muestras de incapacidad para regir su vida, incapacidad que el delincuente demuestra al delinquir; y no lo hace sólo con vista de la necesidad del individuo á quien se le debe el derecho, sino en beneficio de la sociedad á quien tales incapacidades obstan y contra las cuales pide seguridad ó garantía. Claro es que la enmienda no se consigue siempre del mismo modo ó, hablando más propiamente, á plazo fijo; pero por eso mismo la lógica del sistema combate que de antemano se declare la duración de la pena y aspira á *individualizarla*, pretendiendo que en cada caso se acomode á lo que exige el delincuente para dejar de serlo. Que tal enmienda no sea asequible en ocasiones dadas, es una aseveración gratuita, porque ni el experimento se ha hecho utilizando cuantos medios son concebibles, ó apenas con los usuales bien empleados, ni hasta que se hiciera en el caso concreto habría razón para declarar en él aquella imposibilidad; fuera de que, aun figurándosela segura, el Estado jamás debería suspender la asistencia tutelar que le incumbe.

*** Como no nos parece convincente la impugnación de la doctrina correccional, no nos parece satisfactoria la defensa de la que el autor mantiene. Empieza por repugnarnos la sola palabra *retribución*, que ni en su etimología ni en el uso vulgar de ella se compadece con la idea presente, y no acaba nuestra repugnancia con el adjetivo que se le pone, *retribución jurídica*. «La retorsión del derecho contra la individualidad humana», es una frase que carece de precisión y permite que se acomoden dentro de ella un error de concepto y todos los errores y descarríos de que testifica la historia de la penalidad. Que tal retorsión se represente por un sufrimiento, nos parece fácil si se trata de indigir un dolor físico, y tanto más fácil cuanto el medio doloroso sea más enérgico; pero entonces no vemos la correspondencia de los términos llamados á corresponderse, ni sabemos con qué lógica vamos á rechazar los castigos más atroces; si se trata de un dolor moral, desconocemos el procedimiento de que el Estado ha de valerse para conseguirlo, á no ser que, cayendo dentro de la doctrina correccionalista, ejercite los que están á su alcance para determinar, en último término y mediante su auxilio, la *pena* que el criminal acaba por imponerse al empezar su regeneración. De todas suertes, nunca es la pena forense la que lleva en sí ese dolor moral; y aquel dolor físico puede resultar fallido con el sistema de penas que hoy se emplea ó que el autor acepta, porque la prisión puede serle hasta grata, en determinadas circunstancias, al delincuente. — Respecto á que la pena «reafirme la propia superioridad del derecho», «tenga por fin aniquilar el delito», «reconcilie al criminal con el orden», obvio es que nosotros suscribiríamos tales asertos; pero ¿se cumple aquella reafirmación por la simple retorsión, es decir, mostrando el Estado que posee una fuerza material

superior á la del individuo rebelde, con la cual puede producirle sufrimiento? ¿Cómo se destruye el delito, no en cuanto hecho ocurrido ya, porque esto es imposible, sino en cuanto al desorden que implica y que le da esencia, si no es atacándole en su raíz, en la raíz ese desorden, en la voluntad pervertida del ofensor? ¿Cómo puede reconciliarse con el orden á no ser por propio movimiento suyo, después que se le coloca en condiciones adecuadas?—Todo ello encuentra en el sistema correccional lugar y explicación atinente; no así á nuestro, en el de la denominada retribución jurídica. Entendida de otra manera esta denominación, cuadraría al correccionalismo que el autor combate, pues aspira éste á *compensar* con el bien del derecho el mal del delito, los impulsos criminosos con los contrainpulsos morales de la pena, el vicioso torcimiento de la voluntad individual con la, á un tiempo, rígida y tutelar dirección del Estado. La penitencia fructífera es el feliz resultado de una verdadera *coacción*.

*** Aunque ya nos hemos referido y seguiremos refiriéndonos á medida que la oportunidad lo reclame, á la doctrina positivista penal, condensaremos aquí, por vía de complemento á las noticias del texto, lo más significativo de ella.—Preséntase como una derivación del movimiento científico moderno, que da á las ciencias naturales y á sus métodos un predominio y excelencia notorios, y en su virtud, reacciona contra la ciencia penal antigua, encerrada en un exclusivismo estéril, formalista y abstracta por lo que toca al concepto del delito, confiada en la vana ilusión del libre arbitrio que ha venido fundamenteando la imputabilidad, imbuida de un individualismo exagerado y de un sentimentalismo ridículo que deja en triste desamparo la defensa social, así por los medios de represión que adopta como por los ritos procesales que consagra. Propone, en consecuencia, una total renovación de estos estudios, que han de purificarse y fortalecerse en las nuevas corrientes de los estudios de la naturaleza, que han de descansar en hechos reales y no en tradicionales creencias y que han de reducirse en prácticas aplicaciones que garanticen la existencia del individuo ó del organismo. La sociedad no es más que esto, un propio organismo que pugna por conservarse y desenvolverse á la manera que lo efectúan los restantes organismos; el clásico derecho de castigar es el ejercicio de una fuerza defensiva que la necesidad impone sólo ella limita; el delito es un fenómeno natural, un producto fatal de factores varios, físicos, antropológicos y sociales; el delincuente, en vez de aquel organismo, es un sér anómalo que se presenta como adaptado al medio en que aparece y que se diferencia entre sus contemporáneos por razón de su anomalía peculiar, según la cual es criminoso, ó loco moral, ó reo por pasión, etc.; la pena, reacción de la sociedad contra el delincuente, es en primer término un medio *eliminatorio* del elemento dañoso, siquiera en el sistema de defensa contra el delito se enumeren también, al par de los eliminativos, los medios preventivos, reparadores y represivos.

No entraremos en pormenores y en críticas que nos llevarían muy lejos. De lo que vamos diciendo y de lo que diremos en adelante, resultará lo suficiente para nuestro objeto. Los trabajos realizados por esta nueva escuela dignos son de examen y han de reportar beneficios indudables, una vez contenidas sus exageraciones *apostólicas* y atenuado el apasionamiento intolerante de sus detractores; y si para ello que ve deprisa las cosas apenas se descubren los enlaces que tiene, habrá de tener con la ciencia penal que en el tiempo la antecede.

más de una ocasión los encontraremos, como encontraremos de igual suerte razonables algunas de las censuras con que nos reconviene. Nada es inútil, ni nada perfecto, en el mundo.

*** Al apéndice bibliográfico del autor haremos algunas adiciones, referentes á escritos que aparecieron después de publicada la edición del Pessina que tenemos á la vista (1882), refiriéndonos de antemano á la nota de la Introducción, en la cual se citan varios que por su índole podrían ser colocados en este sitio.

Krüepelin: «La culpa y la pena».—*Soly*: «El crimen». «La Francia criminal».—*Mouton*: «El deber de castigar».—*Morrison*: «El crimen». *A Corre*: «Los criminales». «Crimen y suicidio».—*Tarde*: «La Filosofía penal».—*Vaccaro*: «Génesis y funciones de las leyes penales». *Zupetta*: «Doctrina de la punición y de la prevención».—*Bovio*: «Fundamento crítico del derecho penal».—*Ellero*: «Opúsculos criminales». *Poletti*: «El sentimiento y la persona jurídica en la ciencia del derecho penal».—*Benevolo*: «La voluntad en el delito».—*Battaglia*: «La dinámica del delito».—*Brusa*: «Prolegómenos del derecho penal».—*Maus*: «De la justicia penal». *Colaizzi*: «La Sociología criminal».—*Du Cane*: «El castigo y la prevención del crimen».—*Magri*: «Una nueva teoría general de la criminalidad».—*Proal*: «El crimen y la pena».

● Pessina en sus páginas consagra escasísima extensión á la exposición de la teoría penal de Röder. Con el fin de llenar esta laguna, he aquí una exposición resumida de su doctrina (1).

«La teoría correccional ve en la pena puramente el medio racional y necesario para ayudar á la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del estado, á ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquél.»

La pena correccional aparece como la única conforme al derecho por las consideraciones siguientes:

El derecho es el conjunto de condiciones dependientes de la libre voluntad para el cumplimiento del destino del hombre. El estado es la sociedad para la realización, en tal sentido, del derecho. Ahora bien, el derecho es una norma de conducta necesaria á toda la vida de los hombres, no sólo á sus relaciones exteriores; por lo cual la mera legalidad exterior de las acciones ejecutadas con intención injusta, no es más que justicia á medias, incapaz de satisfacer al derecho y á la sociedad. A estos sólo les puede bastar la destrucción absoluta de la voluntad injusta.

Ahora, debiendo realizarse el derecho independientemente de toda voluntad defectuosa ó perversa, y en caso necesario mediante coacción, nace de aquí en el estado la exigencia jurídica de poner por su parte cuantas condiciones sean precisas para la vuelta del delincuente á la justicia de hecho y de intención; es decir, de penarle, ante todo, para que reciba *su derecho*, y penarle también en vista de los demás hombres, no solamente para que no constituyan un peligro futuro para éstos, sino también porque todos ellos están interesados en el cumplimiento de la ley jurídica.

(1) Carlos David Augusto Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, Madrid, 1876. Esta traducción se debe al más ilustre campeón español del correccionalismo, á D. Francisco Giner.

La razón jurídica de la pena se halla en la mala voluntad exteriorizada y dirigida de un modo innegable á la perturbación del derecho. El fin jurídico de la pena consiste en el restablecimiento de esa voluntad pervertida, mediante el empleo de medios adecuados y justos.

En virtud de esto, todo aquél que no sabe hacer buen uso de su libertad exterior y de su derecho á ella, debe considerarse privado de este derecho, en la medida precisa, y ser considerado *casi menor de edad en este respecto*, necesitado de una *segunda educación*, hasta que se destruyan las causas de su injusticia.

De lo dicho, se deduce que el procedimiento respecto de estos individuos, debe tener el carácter de un *tratamiento tutelar* confiado á individuos ó asociaciones que tengan un grado superior de educación en lo referente á la justicia de su voluntad.

Asignado á esta teoría, como fin, el enderezamiento de la voluntad injusta del delincuente, no tienen cabida en ella aquellos medios penales que no conducen á la reforma del reo, como los tormentos, la pena de muerte, las penas corporales y perpétuas. Para la teoría correccional, éstas penas sólo son obra del egoísmo del estado, una seguridad meramente externa como la que estas procuran no tiene valor alguno moral ni jurídico. Sólo son admisibles las penas correccionales á las que pueden referirse algunas penas de privación de libertad.

También admítase, en esta teoría, la multa, en faltas muy leves como el medio más eficaz para corregir al culpable; el extrañamiento temporal considérase como saludable para la reforma moral en los delitos políticos.

Según el carácter de la teoría correccional se comprende que esta en oposición con su carácter todas las penas pronunciadas de antemano como penas *invariables*. Esta teoría sostiene que la pena debe modificarse ulteriormente, aumentándose ó disminuyéndose, según la mala voluntad que se combate. La rectificación del primer fallo, en conformidad con los resultados de la observación del reo, ha de tener lugar mediante un segundo juicio pronunciado después de transcurrido el tiempo suficiente para realizar un examen concienzudo.

En esta teoría, estimase, por consiguiente, toda disminución individual de la pena, ya sea por indulto, ya por medida de administración como un verdadero abuso.

La teoría correccional no se dirige, como casi todas las demás, á un *hombre en general*, sino á un sólo *hombre determinado*, que ha cometido un *determinado delito*; es decir, individualiza el tratamiento penal. No se atiende solamente al elemento sensible; no considera al criminal como únicamente movido por estímulos sensibles de placer y dolor, ni estima el delito como un hecho aislado, sino como una señal para conocer su maldad interior, relacionándolo con toda su vida anterior. Por esto, la apreciación del elemento exterior del delito no entra aquí para nada, sino como una señal del mal interior de la injusticia de la voluntad.

La pena correccional nunca aparece como un mal más que á la que la consideran de un modo meramente exterior. La impresión desagradable que para el delincuente resulta de la limitación de su libertad, es una cosa *accidental*. Si esto no fuere así, si el sentimiento del dolor constituyese algo esencial de la pena, debería cesar ésta tan pronto como el delincuente comenzase á comprender que para él es un *bien moral*.

El imponer una pena que encierre un dolor, un sufrimiento, como cosa esencial, es un acto de perversidad, por más que se quiera adosar

narlo y embellecerlo, una impiedad, mediante la cual el derecho, hollado y escarnecido, mal podrá restaurarse ciertamente, respondiéndose al mal con el mal, y con la injusticia á la injusticia.

La teoría de Röder tuvo mucha aceptación en España. Don Francisco Giner tradujo, como antes se ha dicho, una de sus obras principales y divulgó sus doctrinas (1). Don Luis Silvela (2), D. Vicente Romero Girón (3), D. Félix de Aramburu (4), D. Francisco Lastres (5), comulgan en la escuela correccional, y nuestro primer penalista Dorado ha sido también muy influido para estas doctrinas.

● Las modernas teorías sobre el derecho de castigar pueden agruparse alrededor de un solo principio: la defensa social. Este principio ha animado á informar aún el espíritu de la escuela penal l'amada positiva (6), y es el alma de escuelas más modernas que tienen con la positiva numerosos puntos de contacto. Yo creo que podría decirse que todo el Derecho penal moderno, abandonando las disertaciones metafísicas, que son la base de las teorías de la expiación y de la intimidación, tiende hoy á elaborarse en vista del principio de la defensa social.

«La ciencia moderna, dice Prins (7), considera el derecho de castigar, no como un derecho absoluto, sino como derecho relativo de defensa social y protección social, cuyo fin es la defensa y la protección de los intereses sociales.»

También para Liszt el Derecho penal tiene como base la defensa social. Todo derecho, sostiene este penalista, tiene como fin la defensa de los intereses vitales humanos, la defensa de los bienes jurídicos. Pero si ésta es la misión del derecho en general, la misión especial del Derecho penal consiste en «la protección reforzada (*der verstärkte Schutz*) de intereses especialmente dignos de protección y especialmente necesitados de ella, mediante la amenaza y la ejecución de la pena, como un mal que recae sobre el delincuente».

He aquí cómo la pena realiza su función defensiva:

1.º Mediante la amenaza penal que obra sobre el ciudadano pacífico haciéndole ver el valor que el Estado concede á su mandato, y sobre las naturalezas menos sensibles deja prever un mal como consecuencia de su conducta antijurídica, previsión que debe servir de contrapeso á sus tendencias criminales. Por consiguiente, esta amenaza penal se dirige á todos los que se encuentran bajo el imperio del derecho. Aquí la pena realiza una función de *prevención general*.

2.º Mediante la ejecución de la pena. Esta obra:

A) Sobre todos los sujetos jurídicos, reprimiendo las tendencias criminales por el miedo que inspira y fortificando y asegurando por la reprobación repetida y reforzada el espíritu de orden y de legalidad de los ciudadanos (*prevención general*).

(1) Carlos Röder, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1880.

(2) *El Derecho penal estudiado en principios*. Segunda edición Madrid, 1903.

(3) *Estudios sobre Derecho penal*, Madrid, 1875.

(4) *La nueva ciencia penal*. Madrid, 1887. Véanse también las notas anteriores.

(5) *Estudios sobre sistemas penitenciarios*. Madrid, 1875. *Estudios penitenciarios*, 1887.

(6) En una de las notas anteriores el Sr. Aramburu expone las teorías penales del positivismo.

(7) *Science pénale et droit positif*, p. 29.

B). Sobre la víctima del delito, á la que da además de la satisfacción de no dejar impune el acto antijurídico.

C) Especialmente obra sobre el delincuente (*prevención especial*). El efecto que sobre él produce la ejecución de la pena, será mayor menor según sea la naturaleza y la extensión de la aflicción penal.

a) La pena puede tender á hacer del criminal un miembro útil á la sociedad (adaptación artificial). Si se trata de reforzar los elementos necesarios para contener al delincuente, cuando dichos elementos han debilitado, la pena obra como *intimidación*, si procura obrar sobre el carácter del delincuente para trasformarlo, obra como *corrección*.

b) La pena puede tender también á poner al delincuente, de un modo definitivo ó temporal, en condiciones de no cometer nuevos delitos. Puede tender á separarle de la sociedad (selección artificial). Esto puede ponerle en estado de no ser nocivo (*Unschädlichmachung*) (1).

El fin de la defensa social, como principio fundamental del derecho penal, ha sido aceptado por la gran asociación de criminalistas denominada *Unión internacional de derecho penal*. Prins y von Liszt forman parte de sus miembros, y sus doctrinas han encontrado favorable acogida en el seno de esta gran asociación. El art. 1.º de sus estatutos, dice así: «La Unión internacional de derecho penal considera que la criminalidad, por una parte y los medios de luchar contra ella por otra, deben considerarse lo mismo desde el punto de vista antropológico y sociológico, que desde el punto de vista jurídica.»

Su fin es el estudio científico de la criminalidad, de sus causas y los medios adecuados *para combatirla*. La Unión considera, por la pena y los demás medios penales como medios defensivos. Este punto de vista se puso bien de relieve en el Congreso celebrado por la Unión en San Petersburgo en Septiembre de 1902. Liszt, dijo allí que la pena es algo muy diverso de una entidad jurídica. «Es, decía, la defensa social contra las acciones antisociales» (2). Garraud, en la misma asamblea sostenía que la pena no estaba destinada á hacer expiar al culpable el mal del delito, sino que era un simple instrumento de defensa social (3).

La defensa social, como fin de la pena, es también defendida por la denominada *Terza scuola*, cuyos más ilustres representantes son Garraud, Alimena, y sobre todos Alimena.

Bernardino Alimena, presenta la teoría de la defensa como una teoría ya acreditada en la antigüedad, puesto que entre sus partidarios cuenta á Platón y á Aristóteles. Para Platón, la defensa tiene lugar de un modo inmediato con la eliminación de los delincuentes curables y con la segregación temporal de los demás, y de modo mediato, con la amenaza de la pena que obrando como intimidación, impide cometer nuevos delitos, é impide, á los que ya le han experimentado, caer en la reincidencia, ó por lo menos, sirve para debilitar los estímulos. Aristóteles, afirmaba que obedeciendo los hombres más á la necesidad que á la razón, más á la pena que á la honradez, la pena es medicina por virtud de los contrarios, y no se encamina más que á la defensa social.

Beccaria, Romagnosi y Carmignani, dieron un gran desarrollo

(1) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1911, p. 74 y sigts.

(2) *Bulletin de l'Union Internationale de Droit pénale*, Berlín, 1903, vol. XI, p. 103.

(3) *Idem id. id.*, vol. XI, p. 103.

esta teoría, sobre todo los dos primeros, porque vieron en la pena, no sólo una medida de defensa contra el delincuente, sino su eficacia ejercitada como coacción psicológica sobre el ánimo de los coasociados.

Claro que este fin de defensa social sostenido por los modernos penalistas, no era un sistema de defensa tal y como lo entendía el derecho penal anterior al siglo XVIII, es decir, una defensa bárbara, luchando contra el delincuente con todos los medios posibles, echando mano de penalidades crudelísimas y haciendo verdaderas hecatombes de criminales. Recordando, precisamente, esta época de excesos y de inhumanidad, Rossi objeta á esta teoría que con ella será lícito al poder ejecutivo cometer en ciertos momentos toda clase de abusos y de arbitrariedades (1).

En nuestros tiempos entiéndese esta teoría con más limitaciones. *El Estado, dice Alimena, no tiene el derecho de castigar por castigar, sino el derecho de defenderse dentro de los límites de lo justo, que es el aspecto jurídico de lo necesario.* Así cree que la fórmula «derecho de castigar», debería sustituirse por la fórmula «derecho de defensa social.»

De lo dicho deduce dos consecuencias:

La pena debe ser necesaria y suficiente. — La pena, si no es necesaria es supérflua, y si es insuficiente, es inútil. En ambos casos la pena es injusta.

La pena debe alcanzar el máximo de defensa social, con el mínimo de sufrimiento individual. — El fin de la pena es la defensa social, y el dolor humano, no es más que un medio (2).

Este principio es el que caracteriza la actual orientación de la defensa penal.

Para alcanzar este fin de defensa social, dice Alimena, la pena obra como coacción psicológica. Obra sobre los posibles delincuentes; es un motivo contra el delito porque ayuda á los individuos, en peligro de delinquir, á mantenerse sin quebrantar la ley, y contribuye, con su tradición, á formar los hombres honrados del porvenir. Si la pena no obrase de este modo mediante coacción psicológica, se reduciría á una simple eliminación de los que ya han delinquido y alcanzaría igualmente su pequeño fin aun cuando los delincuentes fuesen conducidos á una vida bella y feliz habitada por las hadas.

De modo que la pena como coacción psicológica, no solamente tiene fuerza *intimidadora* sobre los posibles delincuentes, sino que tiene además una fuerza *ejemplar* que consiste, como se ha dicho, en cooperar á la formación y reforzamiento del sentido moral, formando así los honrados del mañana que no tendrán necesidad de ser intimidados.

La pena, como coacción psicológica, no puede tener eficacia sobre aquellos que no *pueden sentirla*, como los locos, así éstos están fuera del campo del derecho penal.

El loco es intimidable; pero *los locos*, en conjunto, no lo son, mientras que los delincuentes y los hombres normales son intimidables. El loco puede sentir la coacción «inmediata y directa», mientras todos los hombres sienten además la coacción «mediata é indirecta», y si el ob-

(1) *Tratado de derecho penal* (trad. española). Madrid, 1883, cap. VIII.

(2) Alimena, *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1910, p. 95 y sigs.

(3) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894, vol. I, páginas 362, 374 y sigtes.

jeto de aquélla es la disciplina, el objeto de ésta es la legislación penal (3).

● Resumiendo cuanto anteriormente se ha dicho, he aquí los principios fundamentales sobre los que se asienta la teoría correccional tal como lo expuso Röder:

1.º La pena es un medio racional y necesario para favorecer la corrección y el mejoramiento de la voluntad del delincuente.

2.º Como el derecho debe realizarse independientemente de las voluntades antijurídicas, y si es preciso aun por medio de la coacción, el Estado tiene el deber de procurar por todos los medios la corrección del delincuente. Debe procurar esta corrección, y debe, por consiguiente, penarle, en consideración al delincuente para que en él se realice también el derecho, y en consideración á los demás, no sólo para que no sea un peligro futuro, sino porque también están interesados en la realización del derecho.

3.º El enderezamiento de la voluntad pervertida, se verificará se metiendo al delincuente á una segunda educación, á un tratamiento tutelar, pues el delito le ha mostrado como un ser necesitado de tutela por no saber hacer un buen empleo de su libertad.

4.º Esta teoría rechaza, por consiguiente, la pena de muerte, las penas corporales y las penas perpetuas. Compatibles con su fin sólo son las de prisión, y en algún caso, la multa.

5.º Las penas dentro de esta teoría no pueden pronunciarse de arbitrio de un modo invariable, sino que deben cesar en cuanto la voluntad perversa se haya corregido. Esta rectificación de la sentencia primitiva se haría mediante un fallo posterior.

● Los fundamentos de la defensa social, dentro del derecho, son en la teoría de Liszt:

1.º El derecho penal tiene como fin la defensa de los intereses humanos más vitales. Esta defensa se consigue con la amenaza de la pena y con su ejecución.

2.º La amenaza de la pena obra sobre todos, no sólo sobre el individuo honrado, sino también sobre los individuos menos escrupulosos, y sirve como de contrapeso á sus tendencias criminales. La pena realiza aquí una función de prevención general.

3.º La ejecución de la pena produce hondo efecto sobre todos los individuos, reprimiendo sus inclinaciones delinquentes por el miedo (prevención general), sobre la víctima á la que satisface, y sobre el delincuente, del que hace un miembro útil á la sociedad, ya por la intimidación, ya por la corrección, ó le separa si es peligroso, de la sociedad, ya temporal, ya perpetuamente (prevención especial).

La pena, pues, realiza su misión defensiva con su obra preventiva que es general y especial.

Alímena, sus principios son:

1.º El Estado sólo tiene el derecho de defenderse cuando es justo, y, por consiguiente, necesario.

2.º La pena debe ser necesaria y suficiente.

3.º La pena debe alcanzar el maximum de defensa social con el minimum de sufrimiento individual.

4.º La realización de la función defensiva, la lleva á cabo la pena obrando como coacción psicológica. Esta coacción obra sobre todos los que pueden delinquir de dos maneras: contrarrestando sus impulsos al delito; mediante su labor de reforzamiento del sentido moral forma los hombres honrados del porvenir.

CAPÍTULO II

Fundamentos históricos del derecho penal (1).

Advertencias preliminares.

El Derecho no permanece, como el Dios de Epicuro, en una región superior á la humanidad y extraño al movimiento de la misma, sino que vive en el seno de la sociedad humana; su esencia se desarrolla por obra de los hombres, y el desenvolvimiento de su esencia es precisamente su vida. A semejanza de lo que ocurre con las demás direcciones del fin humano, al que se concatena, su esencia ideal se va realizando siempre y cada vez de un modo más completo, de generación en generación. Por eso las instituciones particulares, en lugar de ser construidas *à priori*, es preciso estudiarlas en el movimiento histórico del Derecho, en sus apariciones sucesivas. Sin embargo, nos alejaríamos demasiado del fin práctico de nuestra exposición si intentáramos delinear una historia general de todas las formas que sucesivamente tomó la justicia penal en los diversos pueblos desde los primeros albores de la civilización hasta nuestros días; pero, por otra parte, no podríamos hacer una exposición científica del Derecho penal vigente en nuestra patria, si no conociéramos el espíritu común que anima las legislaciones modernas. Trataremos, por tanto, de resolver históricamente tres problemas:

1) Qué elementos son los que vienen formando el Derecho penal común de los pueblos modernos.

(1) Welcker: «Los fundamentos del Derecho, del Estado y de la pena» (alem.). Gieszen 1813.—Du Bois: «Histoire du Droit criminel chez les peuples anciens et modernes». París 1845-70, 5 vol. en 8.^o—Loiseleur: «Les crimes et les peines dans l'antiquité et les temps modernes». París 1863.—Gutiérrez Fernández: «Examen histórico del Derecho penal». Madrid 1886, 1 vol. en 8.^o—Thonissen: «Études sur l'histoire du Droit criminel des peuples anciens». (Inde, Égypte, Judée). 2 vol. en 8.^o Bruselas 1869. «Le Droit pénal de la République Athénienne». Brux. 1875.—Holtzendorff: «Introducción al Derecho penal (alem.)», en su Manual, vol. 1. Berlin 1871.—Roland: «Esprit du Droit criminel aux différentes époques». París 1880, 1 vol. en 8.^o—S. Moyer: «Historia de las leyes penales» (alem.). Treviri 1876, en 8.^o

2) Cuál fué la labor de los legisladores y de los intérpretes sobre aquellos diversos elementos hasta el siglo XVIII, en que tuvo lugar la reforma del Derecho penal.

3) Cuál es la dirección común de las legislaciones penales modernas desde la reforma del siglo XVIII hasta nuestros días.

Y, por último, daremos fin á esta parte preliminar con breves indicaciones históricas sobre la legislación penal vigente en Italia.

I

De los orígenes del Derecho penal de los pueblos modernos.

§ 1. Todas las direcciones particulares de la vida humana, apesar de su variedad, tienen de común que se dirigen á un mismo fin supremo, puesto que parten de un mismo principio, cual es la unidad del espíritu humano; así es, que sucede lo que con gran razón notó la escuela histórica, esto es, que en cada época y en cada pueblo, la conciencia jurídica se halla en armonía con todas las demás direcciones de la conciencia nacional (religión, arte, ciencia, educación, industria). Ahora bien; tres elementos presiden el desenvolvimiento de la vida de los pueblos modernos: el elemento romano, que se compendia en los vestigios del mundo romano, el elemento germano, salido de la irrupción de los bárbaros, y el elemento cristiano, como potencia que armoniza entre sí los bárbaros y los adelantos de la civilización romana, y que, fundiendo á los romanos con los germanos, preside la formación de la civilización moderna. Así podemos reconocer, tanto en la esfera de la legislación penal, como en todas las otras ramas del Derecho, la triple influencia del *Derecho romano*, del *Derecho germano* y del *Derecho cristiano*. Veamos, pues, el principio que cada una de estas formas históricas ha afirmado.

A) *Derecho romano* (1).

§ 2. Roma es el resumen de la sociedad antigua; en ella se con-

(1) *Signorius*: *De judiciis*. Lib. II, c. 26-33 (Op. omn. Mediol. 1739). — *Gravina*: *De Ortu ac progressu juris civilis Romanorum*. Neapoli. — *Invernizzi*: *De publicis judiciis*. Roma 1787. — *Rein*: *Derecho criminal de los Romanos* (alem. Bonn 1841). — *Geib*: *Historia del procedimiento criminal de los Romanos* (alem.) Leips. 1841. — *Walter*: *Historia del Derecho Romano* (alem.) Lib. últ. *Derecho criminal* trad. ital Torino 1852. — *Zumpt*: *El Derecho criminal de la República romana* (alem.) Vol. 4, en 8.º, 1865-69.

pendia toda la antigua civilización, y ella sirve de lazo de concantenación entre el mundo antiguo y el mundo moderno, uniendo á la civilización antigua un elemento propio, característico: el elemento jurídico. La justicia penal anterior á la romana nos presenta dos formas: la oriental y la griega. El Derecho de Oriente está envuelto en aquella confusión religiosa en virtud de la cual el delito es una ofensa á la Divinidad, y la pena se propone aplacarla. En la civilización griega, si miramos los orígenes del Derecho punitivo, la impresión oriental se nota todavía en los mismos; pero Grecia no persiste en aquel concepto religioso, sino que afirma algo que se emancipa de este principio, esto es, la sociedad humana dueña de sí misma, el *demos*. El Estado, que en la vida de la sociedad está llamado á ser el órgano del Derecho, aparece confundido con la idea que debe representar, ó más bien, precede en la evolución histórica á la conciencia de esta idea. El Estado, y no ya la religión, es el fundamento de la vida moral de los hombres; ésta, que ayuda al Estado para conducir á los hombres al cumplimiento de la virtud y que él mismo reconoce por tal, es el contenido de las leyes griegas (1). Roma, reproduciendo todo este movimiento, le añade el propio carácter.

§ 3. El Derecho penal en los primeros tiempos de Roma nos presenta de un lado la institución religiosa de la *sacratio capitis* para el *parricidium* y para la *perduellio*, y de otro la institución política de la *provocatio ad populum* como juez supremo. El concepto religioso de Oriente y el concepto político de Grecia se armonizan en este primer momento de la civilización jurídica de Roma, cuya primera manifestación en una ley escrita es el Código de las Doce Tablas. Yerran los que quieren ver en los comienzos del Derecho penal romano la venganza de la sangre á la manera de los pueblos germanos; no es cierto que á ella aludan las palabras: *si membrum rupit, ni cum eo pacit talio esto*, pues el *talión* no es la venganza, sino la medida grosera y material de la pena; y la condición de *ni cum eo pacit* demuestra que algunos delitos, pero no los graves y capitales, se dejaban al libre arbitrio de las partes. Mientras tanto, el principio religioso se debilitaba cada vez más; á la *sacratio capitis* sucede la *aquae et ignis interdictio* como una pena gravísima para el *civis romanus*. El pueblo romano es legislador y juez á

(1) Platner: «El procedimiento y la acusación entre los griegos» (alem.) Darmst. 1821, vol. en 8.º — Hermann: «De los principios del Derecho penal en la antigüedad griega» (alem.) Gotting. 1855, en 4.º

un tiempo; los comicios centuriados, no sólo hacen las leyes relativas á los delitos, sino que juzgan á los delincuentes, por virtud de la ley Valeria. Esta forma de administrar justicia cede poco á poco su lugar á la delegación; así surgen las *quaestiones* ó tribunales penales temporales, que después llegan á ser permanentes (*quaestiones perpetuae*) para los delitos particulares, sobre el fundamento de *leges* especiales: así, aparece la serie de la *leges Corneliae* y la de las *leges Juliae*, que juntas forman el núcleo del Derecho penal romano, pues las modificaciones posteriores se relacionan con alguna de aquéllas (1). En estas *leges*, el principio político llega en algunos casos hasta la exageración, pues la *majestas populi romani* y la *salus rei publicae*, vinieron á constituir el fundamento en que se apoyaba el castigo de los delitos graves en los juicios públicos, y ante el principio de la inviolabilidad del Estado, casi ha llegado á presentarse escrita en caracteres de sangre la *lex Julia de majestate*. Por otro lado, las *acciones pretorias* para los delitos privados que no interesaban á la sociedad entera, y la protección de los intereses morales confiada al *poder censorio*, demuestran que el Derecho penal propiamente dicho, esto es, el de los *judicia publica*, estaba fundado sobre el interés del Estado.

§ 4. En la época imperial, la corrupción del principio político influye también en la corrupción de las anteriores instituciones relativas á la justicia penal; á los tribunales populares, según las *leges judiciorum publicorum*, fueron sucediendo los tribunales *extra ordinem* por jurisdicción delegada del Emperador. Se exageró tanto el concepto jurídico como el castigo de los delitos de lesa majestad, y la penalidad, en general, toma una forma severísima, lo mismo para los libres que para los esclavos, estableciéndose una sola distinción de clases sociales como eficaz con relación á la pena (*liberes et humiliores*). Los jurisconsultos, cultivando especialmente aquella parte del Derecho penal que se refiere al Derecho privado, pudieron anunciar doctrinas más conformes á la justicia que las disposiciones de las constituciones imperiales; pero esto no impide que el Derecho romano imperial represente también la corrupción

(1) Las principales *leges* son: la *Lex Calpurnia repetundarum*, que dió origen á las *quaestiones perpetuae*, la *Lex Plautia de vi*, la *Lex Fabia de plagio*, las *Leges Corneliae*, *repetundarum*, *majestatis*, *de sicariis*, *de falsis*; las *Leges Juliae* (*Cesaris*) *repetundarum*, *de vi*, *majestatis*; la *Lex Pompeia de parricidiis*; las *Leges Juliae* (*Augusti*) *judiciorum publicorum*, *ambitus*, *de sacrilegio*, *de peculatu et residuis*, *de vi publica*, *de vi privata*, *majestatis*, *de adulteriis*, *de fraudata annona*.

de aquel principio político que animaba las precedentes instituciones. Ni aun el Cristianismo ejerció una influencia directiva en las instituciones jurídicas de Roma, porque el mundo romano, privado de una fuerza vital interna, no tenía ya poder para aprovecharse de las enseñanzas del nuevo principio. El Cristianismo, al sentarse sobre el trono de los Césares con Constantino, se somete á la influencia romana en lugar de influir sobre ella: el verdadero beneficio que produjo fué la aceleración de la caída del Imperio, esto es, el apresuramiento de aquella crisis, de cuyo seno han surgido las modernas nacionalidades. Así el Derecho criminal justiniano se presenta como una mezcla de elementos buenos y malos, pero como la expresión del principio siguiente: *la conservación del Estado es el fundamento de la punición* (1).

B) Derecho germano (2).

§ 5. A la caída del Imperio romano los bárbaros invaden la Europa y aparece la edad de hierro en la vida de la humanidad, época en que las tinieblas de la ignorancia y de la rusticidad, cubren las ruinas de la decadente civilización romana. Los conquistadores pertenecían á las razas germanas, y la sociedad europea, renovada en sus elementos vitales, se somete á las instituciones y á las costumbres de los pueblos vencedores. Así surge un segundo elemento: el Derecho germano, cuyas fuentes son: 1), algunas leyes antiquísimas de la Escandinavia, como el *Gragas* de Islandia, el *Gulalagh* de Dinamarca, el *Gulathing* y el *Frostathing* de Noruega, y la ley de *Ostgothland* de Suecia; 2), las *leges* que fueron compiladas sobre las antiguas costumbres de los germanos propiamente dichos, en latín bárbaro, las cuales, con el nombre de *Le-*

(1) Las fuentes del derecho romano son: *Gaii*, «*Instit.*» III, § 182 285. — *Pauli*, «*Sent. recept.*» V, 13-37. — «*Codex Theodosianus*», lib. IX (ed. Iac. Gothofredi et I. D. Ritteri). Leips. 1836. — «*Nov. Valentin.*» III, tit. 20. — «*Nov. Major.*» 8. — «*Collectio legum Mosaicorum et Romanorum*», tit. 1, XII, XIII, XIV. — «*Institutionum Justiniani IV*», c. 1 á 4; c. 18. — *Digest.* Lib. XLVII y XLVIII (*libri terribiles*). — «*Codex repet. prælect.*» Lib. IX. «*Novellæ Justiniani*», 12, 14, 77, 177, 184, 141, 143 y 150.

(2) *Grimm*: «*Antigüedades jurídicas alemanas*». Gotting, 1828. — *Wilde*: «*Derecho penal de los germanos*» (alem.). Halle, 1842, 1 vol. en 8.^o — *Rogge*: «*De los juicios entre los germanos*» (alem.). Landshut, 1820. — *Daroud Oghlou*: «*Histoire des Législations des anciens Germains*». Berlin, 1845, 2 vol. en 8.^o — *Tittmann*: «*Historia de las leyes penales alemanas*» (alem.). Leips., 1832. — *Haeberlin*: «*Speculum et Saxonicum et suevici Jus criminale*». Berolini, 1838.

ges *Barbarorum*, se recopilaron por Canciano; y finalmente, 3), las *Capitulares* de los francos (1). En estas fuentes se desenvuelven aquella conciencia jurídica de los germanos, la cual había aparecido ya en sus costumbres antiquísimas, narradas por Tácito, César y Pomponio Mela. El concepto religioso de la penalidad fue propio de la vida primitiva de los germanos. *Verberare, vincire animadvertere non nisi sacerdotibus permissum nec ducis jussu, sed a luti Deo imperante*, nos dice Tácito. Pero el Derecho germánico aporta un elemento propio, que en el Derecho romano no aparece determinado, cual es, el valor del individuo, el principio individualista que aparece allí como predominante, constituyendo el fundamento de todas las instituciones penales.

§ 6. En la mitología germana, si Odín (2) encendía el ardor de los combates, existía también Freyer ó Frigga, la divinidad de la paz. El germano vive de la guerra; la sociedad es para él una federación de individuos; su necesidad es la paz, que asegura la vida y los bienes del individuo (paz del Ding, paz del ejército, paz del rey, paz del domicilio). La paz es la expresión del orden del Derecho, y el que turba la paz, pierde la paz, *faidam portet*; la impunidad de la muerte origina para los ofendidos la *Blutrache* ó venganza de la sangre. Coetánea con la venganza y la pérdida de la paz, es la necesidad de corregir esta misma condición con un límite, y aquí aparece el *veregildum* ó *guidrigildo* (*acergeld*), que *componit inimicitias*, y el *fredum*, que se paga al Estado como garantía de la paz reconquistada. El fin del *guidrigildo* no era la indemnización, sino más bien la *humillación*, siendo primeramente potestativo, y llegando á ser más tarde una institución; sólo en los hechos de traición al rey y al ejército, no se admitía el *guidrigildo*, sino la muerte del culpable; *proditores et transfugas arboribus suspendunt*, dice con expresivo laconismo Tácito; y esto se perpetúa en las instituciones posteriores, siendo también una consagración del principio individualista; el faltar á la asociación que protege al individuo, priva á éste del derecho de ser respetado y pierde

(1) Tácito: «De moribus Germanorum». — Cesar: «De Bell. gall.», VI, 13. — Canciano: «Barbarorum leges antiquæ», vol. V. Venet., 1781 92. — Walter: «Corpus juris germanici», vol. 3. Berolini, 1824. — Baluzius: «Capitularia regum Francorum». Paris, 1677, vol. 2.^o, 1780. — Paq. del Giudice: «La vendetta nel Diritto Lombardo». Milano, 1876.

(2) Las principales divinidades en la primitiva religión politeísta de los germanos eran Odín, el dios de la guerra, Thor, el dios de los rayos y las tempestades, y Frigga, la diosa de la tierra y de la paz. — (N. del T.)

paz ante la sociedad ofendida (*ex leges, forbannitio*). Pero lo que mejor demuestra el principio individualista que predomina en el Derecho germano, es la prueba en los juicios; era costumbre de los tiempos primitivos resolver por las armas cualquier cuestión, expresando el carácter y la índole de la raza, el confiar al propio brazo el sostenimiento de los derechos propios. Más adelante, cuando los germanos se convierten al nuevo dogma, aparecen en aquellos tiempos de fe supersticiosa, las *ordalias* ó *juicios de Dios* (pruebas del agua hirviendo, del fuego, de la cruz, etc.); pero la última forma que adopta el *juicio de Dios* fué la del *reto singular* ó *duelo judicial*. Las cuestiones tuvieron como suprema solución la suerte de las armas, considerada como institución jurídica; los contendientes se transformaban en combatientes, ya directamente, ya por medio de campeones; el juez proclamaba la victoria según el resultado de la lucha, y el derecho de la fuerza triunfó sobre la fuerza del Derecho.

C) Derecho canónico ó eclesiástico (1).

§ 7. Como el Cristianismo fué llamado á fundar la nueva sociedad europea, también el Derecho propio de la sociedad cristiana, aquel conjunto de leyes que debían regular las relaciones religiosas, y que tomó el nombre de *Jus Ecclesiasticum* ó *Canonium* (de los cánones en que se fundaba), ejerció una gran influencia sobre el desenvolvimiento de la justicia penal. La Iglesia no podía escapar á ciertas influencias de la barbarie en cuyo seno se encontraba; pero depositaria del nuevo principio social, puso un dique, el más fuerte posible, á la barbarie de entonces. Así vemos que con el *derecho de asilo* refrenó la venganza de la sangre, combató las *ordalias* y el *duelo judicial*, y en nombre de la fraternidad humana proclamó la paz entre los hombres. En su propio Derecho conservó ciertas tradiciones romanas, con la institución del fuero eclesiástico y con el beneficio clerical; con sus tribuna-

(1) *Therit Deciani*: «De Jure criminali canónico» (en su *Tractatus Criminalis* Lib. II c. 15 á 22). — *Böckelmann*: «De differentiis juris civilis et canonici». — *Collari*: «Institutiones juris ecclesiastici». Neapoli. — *Fleury*: «Du Droit ecclesiastique». — *Walter*: «Dritto Ecclesiastico», 12. ed. Bonn. 1856. — *D' L'Espinay*: «De l'influence du Droit Canonique sur la Législation française». Toulouse, 1854. — *Roschert*: «Historia del Derecho en la Edad Media» (alem.). Mainz, 1846, tomo I, Derecho Eclesiástico. — *Geib*: en el vol. 1.º del *Tratado de Derecho penal*: (§ 22 á 28). — *Katz*: «Bosquejo del Derecho penal canónico (alem.)». Berlín, 1881.

les conservó como sacro depósito el principio de las jurisdicciones legítimas y de las pruebas; pero también con el Derecho penal que se viene construyendo sobre sus principios, ha prestado servicios importantes á la causa de la justicia (1).

§ 8. La Iglesia cristiana en la esfera de la justicia penal produjo por las tradiciones religiosas del hebraísmo, el concepto religioso de la expiación hacia la Divinidad; pero al reproducirla la transformó según la índole del Cristianismo; la expiación debía ser regeneradora y se convierte en *penitencia*. Aborreciendo, por su propia naturaleza y por el fin que tenía, el derramamiento de sangre, debía considerar el pecado como la esclavitud y la muerte de alma, y la pena como su redención y regeneración. De ahí otros conceptos más espiritualistas, que no ya sobre el fin de la justicia penal, sino sobre el delito y la pena fué introduciendo. «Lo que constituye el espíritu del Derecho penal eclesiástico en cuanto aparece en su pureza, es la justa retribución, la reparación por la subordinación de la voluntad al imperio de la ley negada, por medio de un castigo, del arrepentimiento y del perfeccionamiento que por él se consigue; todo lo demás es para el mismo consecuencia tibia y no fundamento de la pena» (2). El desarrollo de estos principios se interrumpe por la corrupción de las instituciones eclesiásticas al perseguir á los herejes con el hierro y el fuego la llamada Santa Inquisición; pero en medio de estos males, la historia imparcial no puede menos de reconocer el bien aportado por la Iglesia católica. Por eso en ley de razón, si el Derecho romano presenta el principio social y el Derecho germánico el principio individual como fundamento de la punición, en el Derecho canónico, por la eficacia del Cristianismo, hallamos consagrado (aunque no del todo envuelto), el principio sintético ó superior del orden moral, en el que se armonizan los intereses de la sociedad y los del individuo (3). Esta consagración, porque está fundada en el concepto religioso, origina imperfecciones y sobre todo la confusión del delito

(1) Las fuentes del Derecho penal eclesiástico son: *Regino*: «Libri duo de synod. causis et disciplinis»; ed. Wassersleben. Leips. 1840.—Del *Corpus juris canonici*: «Decretum Gratiani». Lib. I, II, passim.—Decretal. Gregorio. IX. Libro V.—Liber Sextus. V.—Clemente V.—Extravagant. Joann. XVIII, 8 y 9.—Extravag. comm. L. V.—Concilium Tridentinum. Sess. 13, 14, 24, 25.

(2) *Abegg*.

(3) *Judex punit non delectatione alienae miseriae, quod est malum pro malo, sed dilectione justitiæ, quod est justum pro injusto, bonum pro malo* (C. XXIII, quest. 3, c. 1).

con la inmoralidad y el pecado, y la persecución del hombre por hechos que caen dentro de la esfera de la conciencia individual; pero es el germen de progresos ulteriores y pertenece á la civilización jurídica de los pueblos modernos su desenvolvimiento, purificándolo de los influjos perniciosos de intereses egoístas que lo hicieron infecundo y á veces funesto, regenerando el sagrado ministerio de la justicia penal. Por eso, con razón dice Berner: «El Derecho canónico no es el Derecho de ésta ó aquélla nación, sino del género humano; el único tipo común de todas las naciones; el tipo ideal, no de una nación determinada, sino de la sociedad humana, es el hijo de Dios. Bajo el influjo cosmopolita del Cristianismo ha salido el Derecho canónico, que no pertenece exclusiva ni principalmente á ningún pueblo, sino que es un Derecho general europeo y un elemento esencial en el desenvolvimiento de la civilización de la humanidad entera (1).

II

El Derecho penal desde el siglo XII al XVIII (2).

§ 1. Si es cierto que el *Derecho penal* es el espejo donde más claramente se reflejan las condiciones de la vida social y de la cultura de los pueblos, el Estado del Derecho penal durante la Edad Media presenta la imagen más exacta de la anarquía de la sociedad humana. La faida, la composición, el duelo judicial, esto es, el triunfo del individuo, son los principios de la justicia penal en aquellos tiempos de barbarie (3). La Iglesia cris-

(1) Berner: «Tratado de Derecho penal» (alem.). 2.^a edic. 1833. § 45.

(2) De Wal: «Oratio de historia juris criminalis errorum humani ingenii teste, prudentiae civilis magistra». — Götting. — Robertson: «Introducción á la historia de Carlos V. — Semichon: «La paix et la trêve de Dieu». Paris 1857, in 8.^o — Ortolan: «Introduction historique á l'étude de la législation penale». Paris 1841. — Rosshirt: «Historia general del Derecho penal (1 tomo de su obra *Historia y Sistema*. Stuttgart 1838. — Frey: «Observationes ad juris criminales teutonici, praesertim Caroli C. C. historiam». Heidelberg. 1829, in 8.^o — Sclopis: «Storia della Legislazione italiana ult. ed. Torino 1863-64. — Stein: «Historia del Derecho penal y del procedimiento penal francés (alem.). Basilea 1846 — Brauchitsch: «Historia del Derecho español» (alem.). Berlin 1852. — Maciejowski: «Historia de la legislación eslava» (ruso). Varsovia 1832. — Elvers: «El antiquísimo Derecho de los rusos en su desenvolvimiento histórico» (alem.). Dorpat. 1826. — Reutz: «Ensayo sobre el perfeccionamiento histórico del Derecho y del Estado en Rusia» (alem.). 1846. — Allard: «Histoire de la justice criminelle au xvi siècle». Gand. 1868.

(3) El monumento que mejor atestigua los resultados que alcanzó el Derecho penal en la Edad Media es los *Assises del Reino de Jerusalén*, compilados á la caída

tiana fué la primera en dar un impulso á las colectividades para que desapareciera la anarquía moral de la sociedad feudal, aunque fueron impotentes sus primeros conatos con el Concilio de Limoges en 994 y con otros Concilios, que exhortaron á jurar sobre las reliquias de los santos que no se turbaría la paz pública en lo futuro, persistió con tenacidad en su empeño de la reconstrucción del orden público, y no pudiendo obtener la paz, se contentó momentáneamente con la tregua. Así, la *tregua Dei* ó suspensión de las guerras privadas, prohibidas en algunas épocas del año y en algunos días de la semana, fué establecida en 1043 en Constanza, renovada en Colonia en 1083, confirmada en Maguncia por el emperador Enrique IV en 1085 (1) y restablecida con las *paces profane* por el mismo en 1103, y por Enrique V emperador en 1104 en Bamberg y en 1125 en Lieja; pero los nobles, despreciando la tregua, prosiguieron sus contiendas privadas (2). El renacimiento en Italia del estudio del Derecho romano que estaba fundado sobre el principio del orden público, fué lo que hizo posible la realización de un sistema con el que se puso fin á la guerra privada y se refrenara en sus exageradas consecuencias el individualismo germánico. Un interés del poder imperial en la gran lucha del sacerdocio y el imperio suscitó este estudio; pero aquello no fué más que un medio providencial para educar las razas germanas en la cultura jurídica. Federico Barbarroja con sus dos Constituciones de la paz territorial, afirmó la necesidad de que cesaran las violencias privadas, é inauguró el sistema del orden jurídico en la vida de los pueblos; las Constituciones fueron dadas, la una (á lo que parece) en 1155 en Pavia y la otra en Noviembre de 1158 en la Dieta de Roncesvalles.

«La tendencia de las leyes de paz publicadas por Federico Emperador (dice Roesshirt en su *Historia del Derecho penal*), fué á poner un dique á la violencia y rudeza, como á todos los excesos por los que se pone en peligro la seguridad de las personas y de la propiedad.—Este Código no abrazaba todas las diversas acciones punibles, porque sólo se proponía la realización de la paz común en la tendencia de protección que constituía la suprema misión imperial. Por esto no se castigan allí la traición, ni la falsedad, ni la

del siglo XII. La mejor edición de los mismos es la hecha en París en 1841 por Beugnot.

(1) Doc. ap. Pertz. Mon. t. IV, pág. 34.

(2) Abbass Uspergensis ap. Datt, de pace Imperii publica, p. 13, n. 55.

incontinencia, ni la incredulidad, sino el poner en peligro el orden y la seguridad interna, y las lesiones en las personas y en los bienes: con relación á tales acciones, el emperador expresaba su voluntad rigurosa. En el espíritu de aquel tiempo la importancia principal de la jurisdicción laica consistía en esto precisamente, porque los otros hechos podrían ser fácilmente reprimidos, ó por los Tribunales de las Cortes de Barones ó de las ciudades, ó por los Tribunales eclesiásticos (1).

Esta paz imperial tuvo dos resultados diversos en las dos regiones donde el Imperio extendía su acción en el siglo XII, esto es, en Italia y en Alemania.

§ 2. Italia, después de la unidad romana por la que dominó á varios pueblos, fué vencida por los germanos; pero el elemento germano se sobrepone sin fundirse en su vida. La invasión aterró al Imperio, pero no extinguió por completo las tradiciones del orden civil: el Derecho romano no desaparece enteramente, sino que permanece en tal estado que *per lungo silenzio pareo fioco*. Italia por sus tradiciones levantó la cabeza frente á los vencedores y rehizo del lado del Derecho y del Estado la educación de los pueblos modernos, no sólo por sus leyes, sino también por obra de sus juristas (2). Mientras tanto era fraccionada en las dos partes de Italia superior é Italia inferior, hallándose colocada entre una y otra la potencia del Papado. La Italia superior tuvo libertad sin estar reforzada por la unidad orgánica nacional; la Italia inferior tuvo una monarquía vigorosa y civil, pero privada de aquel cimiento que viene de la libertad de los pueblos. Sin embargo, una y otra ofrecen en el orden civil modelos que presentar á las otras naciones. En la Italia superior aparecen los Estatutos municipales, las leyes de las ciudades libres; en la Italia inferior las *Constitutiones Regni Siculi* iniciadas por Ruggiero el Normando y completadas por Federico II en un Código de 1231. Los Estatutos de las ciudades italianas no han sido todavía estudiados, ni apreciados en toda su importancia, muchos permanecen aún inéditos. Ellos hicieron suya la determinación de la paz del Imperio, como se ve claramente

(1) *Historia y Sistema del derecho penal alemán*, I, § 41.

(2) *Ficker*: «Investigaciones sobre la Historia del Derecho italiano» (alem.), 1868 4 vol. en 8.^o — *Perile*: «Storia del Diritto italiano» (vol. 5.^o D. penale). Padova 1877. — *Ulloa*: «Studi del Diritto penale italiano antico», negli *Anuali di Diritto del Prof. Capuano* (Napoli 1855). — *Del Vecchio Alb.*: «La legislazione de Federico II». Pisa 1872. — *Del Vecchio*: G. C.: «Eleonora d' Arborea e la sua legislazione». Milano 1872.

en el Estatuto de Pisa de 1161. Pero además del principio de la paz territorial, hay en dichos Estatutos el elemento del Derecho germano y del Derecho canónico; y si bien la parte dominante de las ciudades se obstinaba en hacer valer el Derecho germano, una vez que una se abolieron aquellas instituciones que se oponían á regular y formar hechos mejores; por eso, al lado del procedimiento acusatorio surge el procedimiento inquisitivo. Entre estas leyes antiguas de Italia no deben omitirse las de *Eleonora Giudicessa di Arona* (Carta de Logu) para la isla de Cerdeña, en las que se castiga el homicidio, los golpes, las heridas, la violencia, el salteamiento, el hurto, el daño, el rapto, la violación del domicilio, el llevar armas á la iglesia, el hurto eclesiástico, el uso de documentos falsos, la falsa acusación y el incendio; y en las que se determinan las reglas del procedimiento, sirviendo de norma la acusación, reconociéndose se la necesidad de una inquisición á falta de acusadores, y especificándose el principio de la inquisición del cadáver de los asesinados con jurados locales. Pero más eficaces para la construcción de una legislación nacional fueron las *Constitutiones Regni Siculi*; el fin de este monumento legislativo fué la restauración del Estado en el seno de la barbarie, pues no sólo reavivó el principio romano de la autoridad real como expresión de la unidad del Estado, gracias á los *baiuli* y *giustizieri*, sino que el Derecho penal fué reconducido á las fuentes romanas, aboliéndose la violencia de la guerra privada y el duelo judicial, apareciendo también la influencia del Derecho canónico con la introducción del procedimiento inquisitivo. Cuando por un lado la monarquía nueva cae, y por otro las discordias intestinas debilitan las repúblicas italianas, Italia fué en poco tiempo presa de extraños conquistadores, y perdida su actividad nacional y legislativa, conservó las propias tradiciones en el campo de la ciencia y del foro.

§ 3. Lo que Federico Barbarroja obtuvo en Italia, no pudo seguirse en Alemania sino después de largo transcurso de tiempo y lenta elaboración, porque el concepto romano, que en Italia era indígena, en Alemania tenía mucho de extranjero. Así, Otón I.º en 1208, debió reproducir la institución de la paz territorial del Imperio, y Federico II, con su *Derecho de Maguncia* en 1235, trató de renovar la legislación de Barbarroja; sin embargo, el espíritu germano rechazaba el principio de la paz. Además de esto, el Imperio en Alemania no era ya fuerte cuando al caer la monarquía nueva hubo, no sólo el interregno, sino también una serie de empu-

radadores que necesitaban sostenerse apelando más bien á la adulación que á la amistad con el Papado, y por eso cayó el individualismo germano. El *Espéculo sajón* y el *Espéculo suevo*, eran más bien fuentes eruditas que instituciones prácticamente observadas. El *Faustrecht* ó derecho del más fuerte, era la plaga común de Alemania, principalmente por obra de la disociación feudal, y solamente las leyes de las varias ciudades contra la prepotencia de los fuertes y la *Vehma* ó Tribunal Westfálico, fundado sobre el más absoluto secreto y como emanación del libre *escabinismo*, castigaban acciones preteridas en las leyes. A este desorden puso fin al terminar el siglo xv el emperador Maximiliano, y lo puso, porque al mismo tiempo el Derecho romano era ya conocido y recibido en Alemania por los juristas en sus estudios científicos. Este emperador abolió el derecho de desafío y estableció la Cámara imperial como jurisdicción central, emanada del Estado. Más adelante, Carlos V publicó en 1531 la *Constitutio Criminalis*, llamada *Carolina*, del nombre de su autor, la cual, recogiendo las tradiciones del Derecho romano y del Derecho canónico, llegó á ser el fundamento del Derecho penal común alemán hasta el siglo actual. Esta Constitución también sirvió de fundamento al Derecho penal de la Confederación helvética.

§ 4. Este movimiento de la sociedad humana hacia el concepto del orden merced á la paz se propagó, en unas más, en otras menos, en todas las demás comarcas de Europa. En Francia, el Principado, desde fines del siglo xiii trató de limitar, con el *Derecho de apelación* y con las *Cortes regias*, la autoridad feudal; y los *Estatutos de San Luis* empezaron por abolir el duelo judicial y las guerras privadas. Pero la tardanza del triunfo de la monarquía en su lucha con el feudalismo retrasó la aparición de un orden civil perfecto, en el que desaparecieran las violencias privadas; por eso Francia acogió las tradiciones romanas y eclesiásticas, cuando ya estas se habían exagerado, lo cual constituye el vicio de la Ordenanza de 1530 y de la de 1670 sobre el procedimiento penal, que fueron el fundamento del Derecho penal francés hasta finalizar el siglo xviii.

España desde un principio había tenido la *Lex Romana Visigothorum*, compilada en el siglo v. En el vii pasó al Derecho germánico con el *Forum Judicum*, también llamado *Lex Visigothorum*, recogiendo en toda su extensión por la influencia del principio religioso el principio canónico de la inquisición. Sin embargo,

desde 1165 una ley del rey de Aragón prohibió la continuación de las guerras privadas (1). En Castilla comenzó desde los tiempos de Alfonso X, en el siglo xiii, la obra de un Derecho penal nacional. Este rey publicó primeramente, en 1254, un cuerpo de leyes con el título *Fuero Real*, cuyo libro 4.º está consagrado á la legislación penal; pero la nobleza castellana lo echó por tierra, en unión de las otras compilaciones del *Septenario* y el *Espéculo*. Esto, no obstante, Alfonso X, en 1263, publicó como un Digesto del Derecho español que más adelante recibió el nombre de *Las Siete Partidas*. Abrazó bien; toda esta serie de leyes estaba influida por el Derecho canónico y la preponderancia eclesiástica; y un momento de las consecuencias extremas á que condujeron estos elementos, se tiene en el Código que Felipe II publicó en 1566 con el título de *Nueva Recopilación de las leyes*, cuyo libro 8.º está destinado á los asuntos penales, desenvolviendo la *Inquisición* y el *tormento* en todas las formas más crueles. De igual modo, como los Países Bajos estuvieron bajo la dominación española, hasta que por la revolución conquistaron su independencia, en 1570 Felipe II publicó un *Edicto* y una *Ordenanza*, relativos al castigo de los delitos.

§ 5. Los Estados del Norte de Europa se conservaron por mucho tiempo extraños á la influencia del Derecho romano. Las leyes escandinavas de Upland y de Jutland están inspiradas en el Derecho germano. En Dinamarca, en donde aparece en 1660 la terrible *Lex Regia* que destruía todo derecho del pueblo y todo deber del Príncipe, se publicó en 1683 un Código, llamado *Danske-law*, que quedó como fuente de la legislación penal hasta fines del siglo pasado. En Suecia aparece en 1734, un Código general que durante mucho tiempo fué el fundamento de su Derecho penal. Rusia, como la nación propia de los eslavos, no tuvo hasta más tarde comunicación con la cultura latino-germana, quedando rezagada en el camino de la civilización europea. Una compilación de leyes hecha por el zar roslao en 1116, con el título de *Prawda Russkaia*, consagraba por completo y simplemente la venganza de la sangre como institución jurídica y no se marcan importantes progresos ni con la compilación publicada por Juan III en 1497 con el nombre de *Soudebnik*, ni con el *Uloshenie*, que fué el primer Código general del Imperio, dado por Alejo Michaelowitsch en 1649. Sólo con Pedro el Grande comienza á manifestarse en la legislación penal rusa el espíritu de la civilización

(1) Zurita: *Anales de Aragón*, I, pág. 73.

zación europea, como se ve por su legislación penal militar de 1716 y 1720. Pero antes que Rusia, Polonia tenía su Derecho nacional con el Estatuto de Vislica del siglo xiv, donde el principio de libertad política había originado el sistema de la publicidad de las discusiones y de la libre defensa, y donde la penalidad combinaba el principio de la composición pecuniaria con el de la pena pública.

Inglaterra, que desarrolló su vida jurídica y política con los elementos germanos, combinando entre sí sus varias formas históricas, permanece extraña á la influencia romana. En el siglo xii, Eduardo el Confesor publicó una ley *De temporibus et diebus pacis vel tregua Dei*, pero le faltaba el fundamento del Derecho romano que no había sido acogido como fuente de derecho. En Inglaterra el Derecho penal adquirió la doble forma de un Derecho consuetudinario propio de los ingleses (*common. law*) y de un Derecho especial fundado en los *Estatutos* de los varios reyes (*Statute law*), sin que en ninguna de estas formas la penalidad tuviera como fundamento ningún principio racional, de modo que al comenzar el siglo actual Romilly pudo decir que la penalidad inglesa era una monstruosidad. Pero la influencia de la libertad en el procedimiento penal inglés lo hizo extraño á las tradiciones eclesiásticas é imperiales, y así se viene desenvolviendo una de las más saludables instituciones para la libertad de las personas con el *habeas corpus*; y para preservar á la personalidad humana de cualquiera de los órganos del poder social, se formó después de lenta elaboración, el *Jurado*, que es una de las más grandes manifestaciones del respeto que se debe al inviolable derecho de la personalidad humana en los juicios penales.

§ 6. Mientras tanto, frente á las varias legislaciones especiales, existía un Derecho penal, que puede llamarse el derecho común de toda Europa desde el siglo xvi hasta los Códigos de la edad moderna. En efecto; por un lado el Derecho romano justinianeo llega á ser cada vez más eficaz, y por otro el Derecho canónico se había ido ampliando de tal modo, que la colección de sus leyes, á semejanza de las romanas que formaban el *Corpus juris civilis*, tomó el nombre de *Corpus juris canonici*. Pero un elemento no menos eficaz y autorizado que el Derecho romano y el Derecho canónico para preparar la fusión de las varias fuentes legislativas, fi é la jurisprudencia práctica, que todavía constituye una fuente de derecho. La escuela de Bolonia, no sólo había sido la iniciadora de un movimiento científico, sino que tuvo eficacia aun en la vida

práctica del derecho, ya que los *Glossatores* estaban dedicados a aplicar las leyes á los casos de la vida, y cuando surgen estudios más profundos, la exégesis llega á ser el centro de todo saber jurídico. Entonces se aplicó á los jurisconsultos el nombre de intérpretes, los cuales se dividieron en *Civilisti*, *Canonisti* y *Doctores utriusque juris*; así, un Julio Claro, un Farinacio, un Deciano, un Carpzovio, un Damhouder, un Mattei, un Caravita, un Ayrault, un Rouseaud de la Combe, llegaron á ser autoridades legislativas, ya que sus fragmentos de las interpretaciones sobre el Derecho romano y el Derecho canónico, ó sobre las leyes y costumbres del foro, se elevaron á sentencias de absolución ó de condena; y aun el mismo *usus fori*, como *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, fué elevado á la categoría de ley cuando muchos escritores se dedicaron á recoger decisiones, á que acudían los jueces sucesivos para buscar la norma de su modo de juzgar. A consecuencia de todo esto hubiera existido un inmediato progreso si la verdadera ciencia hubiese ejercido influencia sobre la vida; pero una cosa es la ciencia del Derecho y otra la casuística forense que representaba el servilismo de la inteligencia hacia la autoridad de los usos y opiniones de los demás.

§ 7. De todas estas fuentes nace una característica común para el Derecho penal de aquel tiempo, la cual, indicada en sus rasgos generales, nos exime de estudiar las legislaciones particulares.

Ante todo, el principio dominante parece ser una vigorosa repulsión contra el individualismo que había producido el desorden y la anarquía social de la Edad Media; por e-o, todo se consideraba lícito en nombre de la razón de Estado cuando iba dirigido contra los perturbadores de la tranquilidad pública. La individualidad humana al caer en el delito ó al hacerse sospechosa de culpabilidad, atraía sobre sí todo el horror que el delito inspiraba: y si de las legislaciones draconiana y corneliana se dijo que estaban escritas con caracteres de sangre, no fueron menos feroces las instituciones penales del siglo xii al xviii para rechazar todo movimiento de la individualidad en el campo de la vida social. La ley penal era, pues, incierta, contradictoria, desigual y dejaba impunes muchos hechos cuya apreciación dependía del arbitrio judicial, que sin freno de ninguna clase produjo todo género de desórdenes. El delito no era mirado desde el punto de vista de la justicia conculcada, sino del de los intereses sociales; de aquí el castigo severo de los delitos religiosos y la atrocidad de la ley *Julia de Majestate*, aplicada á mu-

chos casos á que en su origen no se había referido; de aquí también el castigo de actos internos que ofenden la moral, penetrándose de este modo en las intimidades del pensamiento. Sólo el Infierno dantesco puede dar una idea de las penas de aquella edad, adoptadas como instrumento de venganza social y de terror; una prodigalidad de suplicios, de castigos excesivos y crueles (como la exacerbación de la muerte por el fuego, por el dilaceramiento, por la rueda, por la estrangulación, el enterramiento en vida, el *culleum* y *vivicomburium* (1) de los romanos, la extracción de vísceras, las tenazas, el aceite hirviendo, el plomo derretido, la dispersión de las cenizas de los ajusticiados, etc.), y además de esto la mutilación, la marca y los azotes, con los que no sólo se violentaba el cuerpo, sino también la conciencia y la moralidad de los hombres. A todas estas atrocidades se añade la confiscación, con el principio de que «quien confisca el cuerpo, confisca los bienes». Por otra parte, la penalidad, que seguía todavía los avances del sistema de abusos feudales, ya que caía desigualmente sobre las personas de clase desigual, se aplicaba en algunos casos, no sólo sobre el reo, sino también sobre sus descendientes, y casi siempre era desproporcionada con el delito, siendo una prueba de ello la pena de muerte para los delitos contra la propiedad y alguna de las regalías. Y, finalmente, había penas extraordinarias dejadas al arbitrio del juez, que tenían el carácter de arbitrarias, aunque la jurisprudencia afirmaba que la pena dada por el juez no podía nunca llegar á la muerte. Y como coronamiento de todo esto, la infamia iba unida á algunas penas ó señalada como pena principal.

§ 8. Pero lo que mejor representa en este período el exceso del principio social y la individualidad conculcada, es el procedimiento penal, según los principios comunes admitidos en Europa, siendo la única excepción en este punto el pueblo inglés, que si en la penalidad presenta la misma crueldad de los demás pueblos, se separa de éstos por las garantías que alcanzó la personalidad humana en la consagración del *Habeas corpus*, y en el desenvolvimiento de la institución del Jurado (*jury*), aun cuando haya habido en aquella nación tiempos excepcionales, como lo fueron los de la *Cámara estrellada*. En todo el resto de Europa predomina el

(1) El *culleum*, de *culeus*, cuero, consistía en encerrar á los parricidas en un saco de cuero y arrojarlos al mar. El *vivicomburium*, de *vivus*, vivo, y *comburo*, quemar, era el suplicio por el que se quemaba á los criminales, vivos.—(N. del T.)

procedimiento inquisitivo con el secreto de la investigación era, faltando toda garantía de defensa y toda discusión; procedimiento en que todo se rodea del misterio, todo va dirigido contra el que es sospechoso de delincuencia, hasta que se halla conculcado de culpabilidad, y todo se deja al arbitrio del juez inquisidor y su secretario ó escribano. Con este sistema llega á ser cada vez más general la confesión, arrancada por la *questio* ó tortura en caso de indicios contra un acusado, llegando á ser hecho común lo que decía Tácito: *fatendum erat ne frustra quereretur*. En suma, el pensamiento dominante de todas las instituciones penales de aquella época se puede encerrar en aquel dicho: «con tal que el reo maldito salve, el justo y el inocente sean castigados». Es verdad que la jurisprudencia quiso refrenar el arbitrio judicial con el sistema de las pruebas legales, determinando *à priori* la credibilidad plena ó semiplena de las mismas; pero era entonces un error lógico el querer someter á reglas la conciencia del hombre respecto á la verdad de los hechos. Por eso aquel cúmulo de doctrinas sobre las pruebas, sobre los indicios y sobre su valor, ligaba la conciencia del juez, forzándole frecuentemente, ó á condenar al inocente, ó á absolver al reo. Y si bien las transacciones entre el fisco y el acusado fueron una defensa contra la tortura, desnaturalizaban el carácter de indeclinabilidad de la justicia penal.

§ 9. Sin embargo, hay en medio de todas las funestas manifestaciones que tiene en aquel tiempo el Derecho penal algo bueno y útil, que constituye lo que estaba destinado á subsistir para unirse á la reforma penal. El Estado debe perseguir la violación del derecho cometido por el hombre; he aquí la fórmula que aquella época estableció en sus instituciones penales, aunque la opinión dominante fuese la de que esto incumbe al Estado para defender la propia existencia. Por consiguiente, es incontestable que algunos de los principios afirmados entonces, entendidos en su significado más eminente, pero circunscritos dentro de sus naturales límites, forman y deben formar una conquista del Derecho penal para tiempos posteriores. Así surgen tres instituciones, todas expuestas al abuso, pero todas necesarias para la realización de la justicia penal: 1) la acción pública, ó sea, la persecución del delito perteneciente *ex officio* al poder del Estado en nombre del pueblo; por eso se va restringiendo cada vez á más estrechos límites el sistema de las remisiones y transacciones, que hacen depender de la voluntad individual el castigo del delito: 2) los jueces

manentes, como intérpretes de la ley penal, investidos por el Estado del poder de juzgar, y distintos del acusador, aunque entonces se confundieran la misión de buscar las pruebas y la de juzgar sobre las pruebas adquiridas: 3) la instrucción escrita y secreta de las pruebas, como preparación necesaria para el juicio criminal, aunque en aquella época fuera el único elemento de convicción en que el juez se apoyaba para absolver ó condenar. Todos estos elementos están destinados á sobrevivir al naufragio de las antiguas instituciones, como condiciones necesarias para la justicia penal y para su recta administración: cada uno de ellos, si subsistiera sin la limitación puesta por las edades posteriores, originaría graves males; pero animados por las nuevas doctrinas jurídicas que ha aportado el progreso de la civilización, producen saludables resultados y satisfacen las más justas exigencias.

III

*El Derecho penal desde la segunda mitad del siglo XVIII
hasta nuestros días (1).*

§ 1. En la primera mitad del siglo XVIII, la justicia penal presentaba en Europa el más triste espectáculo; incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidad en la penalidad, exagerada incriminación, conculcación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales.

(1) *Gokinea*: «Dissertatio de incrementis doctrinae juris criminalis inde à saeculo duodevigesimo media jam parte elapso». Groning. — *Marus van Swinderen*: «De studio quod legislatores inde à saeculi XVIII parte posteriori in legibus criminalibus emendandis ac reformandis posuerunt». Groning, 1827. — *Birnbaum*: «De peculiari aetatis nostrae jus criminalis reformandi studio et legumlatoris in ea re conficienda proprio munere». Lovanii, 1828. — *Ortolan*: «Introduction historique au Cours de Législation pénale comparée» (*Histoire du Droit Criminel en Europe depuis le XVIII siècle jusqu'à nos jours*). Paris, 1841. — *Mittermaier*: «La legislación penal en sus progresos» (alem.). Heidelb. 1841-43, 2 vol. en 8.^o — «El procedimiento penal en sus progresos» (alem.). Erlangen, 1856. — «Dissertazioni varie sulle condizioni e sul movimento del Diritto Penale in Europa ed in America», en el *Archivio del Diritto Criminale* (nueva serie) y en el *Giornali critico per la Legislazione straniera*. *Königswarter*: «Cuadro de los progresos de la legislación penal en Europa en el siglo XIX». (Memoria sobre las legislaciones penales de los Países Bajos publicadas en la Colección: *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*). Paris 1860. — *Nyplee*: «Introduction historique sur les lois pénales publiées en Europe depuis la fin du XVIII siècle». — «Le Droit penal français comparé». Apéndice à la *Théorie du Code pénal*, por Chaveau et Hélie. Bruxelles 1845 (2.^a ed. 1864).

Los abusos habían llegado á su más alto grado, porque cada siglo había ido amontonando el funesto patrimonio que había heredado de los anteriores. Pero precisamente en el siglo XVIII la personalidad humana se levanta á pedir cuenta á la sociedad de la razón de ser de la pena, poniendo en tela de juicio la legitimidad de la acción social sobre los derechos del individuo, y examinando si tiene ó no fundamento legítimo la institución social de la punición (1). Ya á fines del siglo XVII, Inglaterra, en sus cuestiones políticas, había sido como un asilo del derecho del individuo, gracias á la revolución de 1688 y al *Bill de los derechos*. Las doctrinas de Hobbes y Locke habían hecho de la sociedad una institución creada por el pacto de los que la constituyen y un medio de seguridad para la persona y la propiedad individual. En general, pues, en el siglo XVII es cuando la conciencia de la individualidad humana y de su valor viene á ser engrandecida, siendo la sociedad influida por el espíritu de la filosofía francesa como negación del pasado y de sus tradiciones. A más de esto, el espíritu de investigación, separado de la verdad durante dos siglos, había lanzado á la inteligencia humana en un vasto campo de arduas especulaciones, ya que el hombre había conquistado, por decirlo así, la conciencia de su fuerza y de su derecho. Y no debe olvidarse que á fines del siglo XVII se había ido constituyendo la ciencia del Derecho natural, que había comenzado á sondear los más profundos problemas sociales intentando resolverlos, lo cual no podía menos de ejercer una gran influencia sobre el Derecho penal, tan íntimamente relacionado con los principios del Derecho universal.

§ 2. En estas condiciones tan á propósito para una gran reforma de la justicia penal, aparece el libro de Beccaria, titulado *Dei delitti e delle pene*, el cual, partiendo del principio dominante en aquel tiempo, de que la sociedad ha sido formada por el convenio de los individuos que la constituyen, los cuales han cedido sus derechos á la misma, fundó el Derecho criminal sobre la cesión de la facultad de castigar, hecha en la libre convención social. Beccaria

(1) La segunda mitad del siglo XVIII (dice Nyples), señala en la historia del Derecho criminal el comienzo de una nueva era; las leyes criminales que rigen en varias comarcas de Europa, sucesivamente van desapareciendo, para ceder el lugar á Códigos nuevos fundados sobre otros principios; la ciencia del Derecho criminal se desenvuelve rápidamente y produce obras que no pueden de ningún modo confundirse con las del periodo anterior. *Bibliothèque choisie de Droit criminel*. Bruxelles, 1864, p. 26.

atacó vigorosamente el Derecho romano, el Derecho canónico y la *auctoritas doctorum* como fuentes legislativas, extigmatizó con su palabra elocuente la pena capital, la tortura, las penas infamantes y el procedimiento inquisitivo, deduciendo de todo esto la necesidad de una mitigación en la penalidad, de una mayor conformidad de las leyes penales con la justicia y de un mayor respeto á los derechos del hombre en los juicios penales. La aparición de libro *Dei delitti e delle pene* no fué un momento en la historia de la ciencia, sino el anuncio de una revolución; más aún, era la revolución misma, la cual, antes de atacar á la autoridad en su fundamento, la combatía en sus excesos, que son más visibles (1). Y he aquí que á la voz de Beccaria se agrupan en torno de él gran número de escritores, proclamando todos ellos la humanidad y dulzura de las penas y las garantías del derecho del individuo en la administración de la justicia penal. La obra de Beccaria fué traducida y comentada en varias naciones; muchas Academias celebraron concursos con premios sobre los modos de mejorar las instituciones penales; y tanta eficacia alcanzó el clamor de los propagadores de la reforma, que llegó á ser opinión general la *humanidad*, como inseparable de la *justicia*, en el castigo de los delinquentes. Este impulso de la conciencia social movió á muchos reyes á poner un freno á los errores del pasado; así, las Instrucciones de Catalina II de Rusia, las mejoras de Federico II de Prusia, la reforma de la penalidad iniciada en Austria por José II, la Pragmática de 1774 publicada en Nápoles para la fundamentación de las sentencias, la Ordenanza de Luis XVI en Francia en 1780 para la abolición del tormento, y sobre todo, la reforma ejemplar hecha por Leopoldo de Toscana en 1786, señalan el movimiento de innovación, cuyo común principio es que el individuo, como fin del orden social, debe ser respetado en todas las formas de su vida, sin que la pena deba nunca borrar en él lo que le caracteriza como sér moral. «Últimamente hemos reconocido (dice Pedro Leopoldo en el Preámbulo de su Ordenanza sobre la Reforma de las leyes penales), que la mitigación de la penas, unida á la más exacta vigilancia para preve-

(1) «Cesar Beccaria (dice Hólie), ha sido el verdadero reformador de nuestras leyes procesales». Cf. Villari: «Discurso sulla vita di Beccaria», puesto en la edición de sus obras Firenze, 1854.—Pero el mejor trabajo respecto al autor del libro *Dei delitti e delle pene*, es el de C. Cantù, titulado *Beccaria e il Diritto penale*. Firenze, 1862.

nir las acciones punibles, y mediante la rápida instrucción de los procesos y la prontitud y seguridad del castigo de los verdaderos delinquentes, en vez de aumentar el número de los delitos, ha disminuído considerablemente el de los más comunes, haciendo muy raros los demás.»

§ 3. Sin embargo, el movimiento de la reforma por obra de los monarcas mismos fué superado por un saceso extraordinario, la Revolución francesa de 1789, la cual destruyó todo el edificio de las viejas instituciones, para reconstruir sobre nuevos fundamentos la vida social. Las primeras leyes del tiempo de la Revolución fueron el Código de 1791 y el de *brumario* del año IV. Para liberar al hombre del arbitrio de otro hombre se empezó por negar al juez todo poder ilimitado; y si el principio de intimidación se perpetuó, convirtiéndose de medio de seguridad de la sociedad para su propia conservación, en medio de seguridad de la individualidad al proteger las leyes sociales, sin embargo, en los juicios, frente a la *acción del Estado*, frente al *juez permanente* y a la *investigación pública y secreta de las pruebas*, se consagraron los principios de la *pública discusión*, del *libre juicio de hecho* y de la *legalidad* de los procedimientos judiciales. En virtud de esto, aparece en 1808 un nuevo Código de procedimientos penales, y en 1810 el *Código de delitos y de las penas*. Estos *códigos*, hechos durante el Imperio, consagran muchas instituciones que responden a las exigencias de la nueva época; pero se resienten de la influencia del despotismo imperial y de las doctrinas utilitarias de entonces; el pensamiento que ellos dominante, fué la prevención de los delitos por el temor del castigo, apreciándose la gravedad del hecho punible, no desde el punto de vista intrínseco de la justicia violada, sino del extrínseco de los peligros y alarma social que producen. Por la influencia que ejerció Francia en muchas regiones de Europa hasta 1815, los *códigos* imperiales llegaron a tener fuerza legal en Holanda, en Suiza, en el ducado de Varsovia y sucesivamente en toda Italia. Coetáneo de este movimiento en Francia fué el de los Estados germanos, los cuales, sin renunciar a la *Constitutio Carolina*, como principal fuente de su Derecho penal común, comenzaron a tener legislaciones especiales. Así surgen el *Landrecht* de 1793 para Prusia, el Código penal de 1803 para Austria, y el Código penal de Baviera, formado en 1813 por Feuerbach; todas estas legislaciones están influidas por el espíritu de los nuevos tiempos, y aun el *Código bávaro* llevó hasta la exageración el concepto de la intimidación.

ción. En 1805 se verificó en España la revisión de sus leyes, hecha en la *Novísima Recopilación*. En los Estados del Norte de Europa no hubo un solo cambio en la legislación, fuera de algunas disposiciones particulares.

§ 4. Cuando bajo el pretexto de la reivindicación de las nacionalidades negadas por el Imperio, la Revolución fué combatida por la Santa Alianza, se interrumpe en Europa durante algunos años, todo movimiento legislativo. En algún Estado italiano, como Cerdeña, por odio contra la Revolución se volvió á la legislación anterior al siglo XVIII. Sólo en la Italia meridional la restauración no destruyó algunas conquistas de la Revolución, principalmente las que se marcaron en la esfera legislativa; las oprimió, las limitó, las violó, pero no tuvo fuerza para abolirlas; y en 1819, al mismo tiempo que el Código civil y mercantil, aparecen el Código penal y el de procedimientos penales, que señalan un momento de verdadero progreso en la penalidad con relación al Código de 1810, aunque fueran un retroceso respecto al Código francés de procedimientos penales de 1808.

Pero si en Europa se detuvo el movimiento de reforma de la justicia penal, tuvo en cambio un ancho campo de adelantos en la nueva vida de América bajo el benéfico influjo de la libertad política no perturbada. En efecto: América ha estudiado y desenvuelto una reforma radical, que fué iniciada en Italia á fines del siglo XVII, y que se compendia en la fórmula escrita por Clemente XI sobre el Hospicio de San Miguel en Roma: *Parum est improbos coercere poena nisi probos efficias disciplina*. Llámase esta reforma *penitenciaria*, porque dirigida á la regeneración del delincuente por medio del contenido mismo de la pena, se propone como fin inmediato, despertar en él el arrepentimiento y la conciencia moral. El aislamiento de los detenidos, ya según la primitiva forma rígida del sistema filadelfiano, ya según las formas más moderadas del sistema de Auburn y de Cherry-Hill, que tomó el nombre de neo-filadelfiano, llegan á ser en los Estados Unidos objeto de estudio y de aplicaciones prácticas. Entre los legisladores americanos hay uno que descuella entre todos, y es digno de especial mención: Eduardo Livingston, autor de la legislación penal para la Luisiana, el cual fundó la penalidad sobre bases sencillísimas, como la negación de la propiedad, la negación de la libertad, la negación de la igualdad, y el trabajo obligatorio, excluyendo la pena de muerte. Por eso, sus propósitos legislativos tuvieron una

eficacia regeneradora en las leyes penales de toda América (1). En varios códigos de los Estados particulares, como el de Connecticut de 1830, el de Indiana de 1831, el de Georgia de 1834, el de New-Jersey de 1834, los de New-York y de Massachusetts de 1835, los de Illinois y de Rhode-Island de 1838, el de Mississippi de 1840, el de Virginia de 1849, y el último de 1860 para la Pensilvania, siguen más ó menos el impulso dado por el Código de Luisiana, no debiendo olvidarse tampoco los Códigos de la América meridional entre los cuales merecen citarse el Código de Bolivia y el Código penal del Brasil publicado en 1831 (2).

§ 5. La revolución de Grecia y poco después la de Julio de 1830 en Francia y la que le sucedió en Bélgica, reavivaron el principio del progreso social, reanudándose el movimiento de la reforma penal. Este movimiento se inaugura con la reforma francesa de 1830, la cual no introdujo en la legislación penal todas aquellas mejoras que la ciencia y la práctica habían declarado necesarias, pues se limitó á una mitigación en la penalidad. En 1832 también en Holanda y Bélgica comenzaron la obra de reformar sus códigos imitados de Francia; y en Inglaterra se comenzó á manifestar desde fines de 1825, por los trabajos de Romilly, Bentham y Lord Brougham, el deseo de que las leyes penales, tan severas hasta entonces, fueran en lo sucesivo más benignas. Pero otro elemento de vigorosa influencia para dirigir mejor la reforma de la justicia penal, después de 1830. Las ciencias sociales se sometieron á una transformación, que llegó á ellas por la revolución causada en los estudios filosóficos; las doctrinas éticas de los escritores alemanes (Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Krause), hicieron que en Europa las concepciones fundamentales sobre el Derecho rompieran los moldes estrechos del principio de la intimidación presunta, las verdades morales fueron consideradas como fundamento de las discusiones políticas y jurídicas, y comenzó á manifestarse una nueva vida en el movimiento progresivo de la legislación penal.

§ 6. Alemania inauguró la nueva era con el Código de Sajonia de 1838 y con el Código Wurtemberg de 1839, códigos que no podían menos de aportar algunos progresos, como discutidos en el seno de los Parlamentos. Á ellos sucedieron el Código de Branden-

(1) Livingston: «Exposé d'un système de législation criminelle» (trad. de Livingston), Paris, 1882, 2 vol. en 8.º

(2) Wharton: «Tratado sobre el Derecho criminal de los Estados Unidos» (trad. de Wharton), Filadelfia, 1861, 2 vol. en 8.º

chweig y el de Hannover de 1840, el de Assia y el de Sajonia Altenburg en 1841. El Gran Ducado de Baden y Prusia comenzaron á elaborar nuevos códigos. Después de la revolución de 1848 se publicaron muchos códigos en Alemania, como el de los Estados turingios en 1850, el de Baden y Prusia de 1851, el de Austria de 1852, el nuevo Código de Sajonia de 1855 y el nuevo de Baviera de 1861. La idea común á los nuevos códigos alemanes, como ya hizo notar Haeblerlin, es que la legislación penal debe proteger en el Estado el orden jurídico, y que esto constituye el inmediato fundamento jurídico de la pena (1). Pero un nuevo movimiento se ha iniciado en Alemania después de su unificación política, cual es el de la unificación del Derecho penal positivo. El primer monumento de tal unificación fué el Código penal del Imperio germánico, publicado en 1870, al que ha seguido pocos años después (1873) el Código de procedimientos penales.

§ 7. Este nuevo movimiento legislativo, no sólo se ha verificado en Alemania, sino también en los demás Estados. En Bélgica, por un lado se ha provisto á las necesidades más urgentes con las leyes reformadas de los códigos franceses de 1808 y 1810, pero por otro se ha llegado á la formación de un Código, y después de largas discusiones se publicó el Código penal de 1867. Del mismo modo, en Holanda se han publicado varias leyes como modificativas del Código penal francés, entre las cuales debe mencionarse la de 24 de Junio de 1840 sobre la parte general de aquel Código, y poco tiempo después se publicó el nuevo Código penal. En Suiza siempre se sintió más la necesidad de una nueva legislación, y principalmente después que con el acto de mediación de 1803, cesó de tener vigor el Código penal federal de 1799, que era el Código penal francés de 1791, con la sola modificación de no tener penas fijas, sino graduales. La actividad legislativa de los varios cantones suizos se va desarrollando cada vez más, y esto lo demuestran el Código penal de Zurich de 1835, el de Basilea del mismo año, revisión del precedente de 1821, modificado en 1846, y al que siguió en 1862 una nueva ley de procedimiento; el Código de Lucerna de 1836, el de Turgovia de 1841, el Código penal del Cantón de Vaud de 1843 al que siguió en 1850 el de procedimientos penales, el Código de Fri-

(1) «Principios del D. crim., según los nuevos códigos penales alemanes», t. I, 1.^a ed.—Bernier. «La legislación penal en Alemania desde 1751 hasta nuestros días» (alem.). Berlin, 1867.

burgo de 1849, el Código de 1851 para el Cantón de los Grisones, la ley penal de Neuchâtel de 1854 y los códigos de San Gall y Argovia de 1857 (1). En la Península ibérica, tenemos el Código español de 1848, reformado en 1850, y el Código portugués de 1832, cuya revisión está á punto de convertirse en ley. En la Península escandinava varias leyes han venido á modificar las antiguas para ponerlas en armonía con las exigencias de la civilización jurídica. Así en Dinamarca aparecen como modificaciones del *Danske-lovs* la ley de 1833 sobre los delitos contra las personas, la ley de 1838 sobre los delitos patrimoniales y la falsedad, y una ley de 1841 sobre el delito de incendio. En Noruega tenemos el Código penal de 1842, todavía vigente; y en Suecia, después de muchas leyes modificativas del Código de 1734, como la ley de 1835 sobre el hurto, la rapiña, y la de 1861 sobre los delitos de sangre y el duelo, se publicó en 1864 un Código penal completo. Grecia tuvo en 1835 un Código penal formado en parte sobre el francés y en parte sobre el bávaro de 1813. Tampoco hay que olvidar el Código penal de Valaquia. También Turquía en 1840 tuvo un Código penal, establecido á fijar las varias penas sobre los diversos delitos, á hacer iguales á todos ante la ley y á limitar el arbitrio judicial. En 1845 aparece el Código penal ruso, que acogió los principios de la proporcionalidad entre la pena y el delito, de la limitación del arbitrio judicial, y que puso al acusado bajo la sola influencia de la ley: este Código fué completado por una ley de 1852 sobre la organización judicial, y por un Código de procedimientos penales. En 1852 aparecen sobre las bases del Código penal napolitano, leyes criminales para la isla de Malta, á las que se añadieron leyes para los juicios penales, las cuales también contienen el establecimiento de un *Jurado* que más se aproxima al tipo inglés al francés. Inglaterra, cuya legislación penal merecía en 1829 una acerba censura por su ferocidad y la falta de proporción entre la pena y el delito, después de muchos años de estudio ha llegado ya á un Código, por lo menos á una *consolidación y revisión de Estatutos*, como se deduce por los *Estatutos* publicados en 1861 por la reina Victoria: siendo esta última aparición legislativa de la más alta significación é importancia, pues demuestra cuánto se trabaja en dicha nación por el mejoramiento de las instituciones penales.

(1) Temme: *Tratado del Derecho penal suizo* (alem.). Argovia, 1855.

§ 8. Si nosotros miramos en el conjunto de los resultados comúnmente obtenidos, el movimiento legislativo del Derecho penal en el siglo XIX, podremos presentar como notas características que forman la tendencia común de las varias legislaciones, las siguientes:

I. La ley está llamada á refrenar el arbitrio judicial en cuanto á la severidad de la pena, pero en cuanto á la disminución de ésta es principio común dejar la mayor libertad posible al juez.

II. Las legislaciones han estudiado mejor las condiciones esenciales de la acción criminosa en general, y sus varias accidencias en orden á la cantidad y calidad de la materia punible.

III. El sistema penal se va despojando cada vez más del elemento rudo y feroz de las épocas anteriores: por eso la pena de muerte va disminuyendo en su aplicación, el sistema penitenciario ensancha la esfera de sus conquistas, y las penas corporales, mutiladoras é infamantes, están unánimemente eliminadas del sistema penal de los diversos códigos.

IV. Las jurisdicciones están mejor ordenadas y distribuidas de tal modo, que se pueden constituir en completo organismo para la administración de justicia: y cada vez más se reconoce la necesidad de un Magistrado Supremo que, sin examinar cuestiones de hecho y sin pronunciar nada acerca del mérito, dirija á la observancia del Derecho aquellos veredictos judiciales que del mismo se aparten.

V. La institución del Jurado se va extendiendo en los Estados de tal modo, que puede decirse que es casi un elemento común á todas las legislaciones penales modernas. La Gran Bretaña, Bélgica, Francia, Grecia, Portugal, Alemania, Italia y hasta Rusia acogieron tal institución como suprema garantía de la administración de justicia, sin hablar de la América septentrional, donde dicha institución tiene sus más hondas raíces (1).

VI. La santidad de las formas judiciales protege, tanto el derecho social como el individual, tratando de que la verdad brille en su mayor esplendor; y principalmente hoy es considerado como inconcuso el triple principio de la oralidad, de la pública discu-

(1) El Jurado, establecido por primera vez en España, en el año 1872, y derogado por el decreto de 3 de Enero de 1875, se ha restablecido por el de 20 de Abril de 1888, y está conociendo de los delitos encomendados á su competencia realizados desde 1.º de Enero de 1889. — (N del T.)

sión y de la necesidad de un juicio contradictorio como fundamento indispensable para la condena.

IV

Indicaciones históricas sobre la legislación penal italiana desde el siglo XVIII hasta nuestros días (1).

§ 1. La carencia de vida nacional y la servidumbre extranjera desde los últimos años del siglo xv hasta nuestros días, impidiendo que se fuera formando en Italia un Derecho nacional, y sobre todo en la esfera de la penalidad y del procedimiento penal, presentó la funesta influencia de la triste situación política y especial por que atravesaba esta nación. Sin embargo, la tradición jurídica italiana se perpetuó en la escuela, y en cuanto era posible en la práctica del foro, debido á la influencia que la cátedra ejercía sobre las opiniones de los jueces: la interpretación y la práctica judicial se dirigieron constantemente á templar el rigor de la ley. Así se anunciaron doctrinas más racionales en la apreciación de los varios momentos en la vida del delito, y surgieron muchas protestas elocuentes contra el tormento, aun antes de que Beccaria publicara su famosa obra (2); y si hallamos consagradas en las legislaciones maravillosas doctrinas sobre la más equitativa y justa apreciación del delito con respecto á la edad, á las enfermedades mentales, á la embriaguez, al delito imperfecto, á la participación en el delito, á la justa graduación de las penas referentes á los delitos de sangre, á los delitos contra la propiedad y á los de falsedad, pocas de ellas habrán dejado de ser anunciadas previamente por los antiguos penalistas italianos. Sólo para los delitos de lesa majestad y los religiosos, para las diversas clases de penas y para el procedimiento judicial, los antiguos penalistas italianos no hicieron más que seguir el criterio dominante, sin separarse de las engañosas doctrinas de los antepasados. Pero los errores de la antigua escuela italiana están compensados suficientemente con

(1) *Ullon*: «Delle vicende e dei progressi del Diritto penale in Italia». Napoli, 1837.—*Scelopis*: «Storia della Legislazione italiana» (última edic., vol. 5.º, Torino, 1863 1864).—*Zuppetta*: «Corso di Legislazione penale comparata». (Examen comparativo de los Códigos de Italia). Torino, 1856, 3 vol. en 8.º

(2) V. especialmente en la obra de T. Briganti, titulada *Practica Criminale*.

ber sido un italiano, el milanés César Beccaria, quien proclamó el primer grito de la Reforma penal, siendo la primera tentativa coronada de éxito completo para la reforma legislativa en cuanto al sistema de las penas y de los juicios, la que aparece en Toscana por obra del imperial legislador, italiano también, Leopoldo II, el cual desde fines del año 1765 empezó sus reformas parciales, y después de veinte años de experiencia, abolió con el Código de 1786 la confiscación, la pena de muerte, la marca, la tortura y otros semejantes excesos de rigor, inútiles y funestos. No hay que olvidar tampoco que los primeros orígenes del sistema penitenciario se hallan en Italia, no sólo por el Hospicio de San Miguel, fundado por Clemente XI para los jóvenes delincuentes, y por el *Erasmio*, construido en Milán por el arquitecto Francisco Croce, sino también por la cárcel celular, fundada en Florencia por Franci el año 1677. Y si se mira más especialmente la Italia meridional, la Pragmática de 1738 y el Concordato de 1741 con la Santa Sede, fueron una tentativa para reconstruir el concepto de la autoridad del Estado y la igualdad jurídica de las personas todas. La Pragmática de 1744 trató también de establecer la doctrina romana del imperio de la ley, y de fundar el nuevo principio de que sobre el juez legal se halla el juez moral de la opinión pública, ante el cual aquél está llamado á justificarse mediante *la motivación de los juicios en hecho y en derecho*. Por último, la Ordenanza de 1789 para los militares (*genti da guerra*), reconoció como necesario el examen de las pruebas inquisitivas á presencia del acusado y de su defensor. Pero con todo esto y á pesar de ello, no pudo conseguirse una dirección eminentemente nacional; estando Italia traccionada y dividida, faltó el fundamento necesario para la edificación de una legislación penal italiana.

§ 2. La Revolución francesa no dejó de producir en Italia gran número de instituciones saludables, principalmente por aquel espíritu de propaganda que formaba su carácter, no debiendo desconocerse la benéfica influencia ejercida por los códigos franceses de la Revolución, en la legislación de muchos aunque pequeños Estados italianos. Pero el imperio de Napoleón, perpetuando la desmembración de la vida íntima y traspasando á la misma, con los códigos franceses de 1808 y 1810, los vicios de esta nueva legislación, derivados de la poca, ó mejor dicho, de la ninguna observancia de los derechos de la libertad, impidió la realización de una reforma nacional en cuanto á la penalidad y al procedimiento penal.

y con alguna de sus disposiciones interrumpió tradiciones que parecían durar perpetuamente. En el Piamonte estaban en vigor las antiguas *Leyes y Constituciones* del Rey de Cerdeña, recopiladas en Turín (1723), y después en 1770, bajo el reinado de Carlos Manuel. Pero en 1806 se publican los códigos franceses y fueron extendidos hasta la Liguria. Las provincias lombardas y venecianas formaron el reino de Italia, que constituyó un virreinato bajo la potestad de Francia, y al mismo tiempo se publican para ambos países los códigos franceses; primero los de 1791 y brumario del año IV, y después los de 1808 y 1810. Estos códigos estuvieron también en vigor desde 1809 á 1814 en el Estado romano. En Francia, la Revolución francesa excitó las opiniones políticas del poder social, las cuales limitaron las saludables consecuencias de la reforma leopoldina; después, en 1808, el reino de Etruria fué unido al Imperio francés y el Código penal de 1810 llega á ser allí, como en Francia, obligatorio.

En la Italia meridional, sujeta á José Bonaparte, las dos leyes de 1808 sobre los delitos y las penas, aparecen para constituir en el primer Código penal los elementos introducidos por las leyes innovadoras de Francia con las buenas tradiciones de la jurisprudencia práctica italiana; ellas sustituyeron á la casuística de los prácticos y á la antigua recopilación de leyes publicadas en tiempos diversos, un sistema de justicia penal. Entonces la pena dejó de ser arbitraria, aunque en el castigo de los delitos de sangre se concediera al juez una potestad bastante amplia para el aprecio de las circunstancias atenuantes; entonces se reunió por primera vez una serie de disposiciones generales sobre el delito y la pena; finalmente, entonces se afirma la independencia de los jueces, la motivación de los juicios, la abolición del proceso fiscal informativo como única fuente de las pruebas, la necesidad de la pública discusión, la supresión de las *pruebas legales* y de las pruebas excepcionales ó privilegiadas; y las diversas formas de seguridad de la libertad individual fueron conciliadas con la necesidad social de la prisión preventiva. Esto, no obstante, en 1812 el Código penal francés de 1810 fué publicado en Nápoles, donde tuvo fuerza de ley no sin interrumpir algunas brillantes tradiciones de la ciencia de la práctica italiana, y no sin que hubiera muchas censuras por tal interrupción. Y aquí es preciso recordar con títulos de gloria el nombre de *Pasquale Liberatore*, que en su *Saggio sulla Giurisprudenza penale del Regno di Napoli*, puso de relieve los vicios

Código francés sobre los delitos y las penas, presentando importantes consideraciones de política penal, y manifestando con noble valor el pensamiento de que para conseguir la recta administración de justicia, era precisa la institución del Jurado.

§ 3. La caída del Imperio francés y la restauración de los antiguos monarcas italianos en 1815, hicieron que se derogaran en algunos Estados de Italia los códigos franceses, mientras que en otros fueron causa de que se mejoraran.

Apenas reconstituido el reino de Cerdeña, se quisieron destruir todos los restos de la dominación francesa, y las antiguas *Constituciones y Leyes* se pusieron en vigor tal como lo estaban antes de 1733, salvo que el edicto de 1814 abolió la tortura, y aquellas antiguas leyes se extendieron al Ducado de Génova, que se había anexionado al Piamonte. En Lombardía y Venecia reemplazó en 1815 á los códigos franceses, el código austriaco de 1803, por efecto de la dominación germana. En Toscana, poco antes de que fuera restaurado el poder de Fernando III, á la caída del Imperio francés, un edicto del Gobierno provisional de 9 de Julio de 1814 abolió las leyes francesas y restableció las antiguas leyes. En 1814 la Santa Sede volvió á los Estatutos particulares de la ciudad de Roma y á los edictos pontificios, completados por el Derecho romano y el Derecho canónico.

Por otra parte, en muchos Estados italianos la reacción política no indujo á los Gobiernos á volver á la legislación antigua, sino que se dedicaron á mejorar los mismos códigos importados por el Imperio francés. Esta obra fué comenzada por el Gobierno de las Dos Sicilias, estableciendo una Comisión legislativa para la revisión de las cinco partes del Código napoleónico, con el fin de hacer de él un código que tomara prestado de la legislación francesa todo lo bueno de ella y suprimiera aquello que estuviese en oposición con los principios de la ciencia respecto á los delitos comunes ó en contradicción con los intereses del poder público en la penalidad y en los juicios. Y aquí es preciso recordar el nombre del ilustre *Niccola Nicolini*, que contribuyó principalmente á la formación del nuevo Código penal y del nuevo Código de procedimientos penales, publicados ambos en 1819. Así, la legislación penal napolitana marcó entonces un progreso entre los códigos de Europa, tanto que alguna de sus instituciones fueron admitidas por Francia en la revisión que de sus leyes hizo en 1832. Las gloriosas tradiciones italianas sirvieron de base para la modificación de la doc-

trina de la imputabilidad, del conato criminoso y de la participación de varias personas en un mismo delito; se abolieron las penas infamantes, la confiscación, la marca, la argolla y la monstruación de la muerte civil. Y si para los delitos políticos y religiosos este código empeoró las disposiciones del código francés, cambio para los delitos comunes, y principalmente para los de sangre y los que atacan la propiedad, contenía importantes adelantos. El procedimiento tuvo las garantías de la oralidad y la publicidad de los juicios; y la necesidad de respetar el criterio moral del juez en la apreciación de la prueba, dió origen al saludable freno que nace del deber de motivar los veredictos (1). Ni aun en el Ducado de Parma, puesto en 1815 bajo el poder de María Luísa de Austria, viuda de Bonaparte, se pensó en volver al antiguo régimen, sino que se trató de mejorar la legislación existente, y en 1820 se publicaron el Código penal y el Código de procedimientos criminales. La legislación parmesana fué el tesoro, no solamente de las disposiciones de la ley austriaca, sino también de las contenidas en el Código penal compilado en 1809 para el reino de Italia. El Código penal parmesano fué todavía más benévolo que el napolitano en la apreciación de la penalidad del delito, aprovechándose como éste de los progresos y conquistas de la ciencia; á su vez el Código de procedimientos penales acogió las instituciones judiciales francesas, á excepción del juicio por jurados.

§ 4. Cuando en 1830 la Revolución francesa reavivó el principio de la libertad en Europa y el progreso de las doctrinas morales regeneró las ciencias sociales, la influencia de estos dos principios se manifestó, aunque muy paulatina y débilmente, en aquellas comarcas de Italia donde en virtud del espíritu de reacción se había vuelto á las antiguas instituciones. También el Gobierno Pontificio sustituyó en 1831 á las antiguas leyes, el *Reglamento de procedimientos criminales*, y en 20 de Septiembre de 1832, el *Reglamento sobre los delitos y las penas*, los cuales constituyeron la legislación gregoriana sobre las bases del Código francés, del napolitano y del parmesano.

En los antiguos Estados sardos, el rey Carlos Alberto, que en

(1) A estos códigos se unieron muchas leyes especiales, como el Estatuto penal militar, el Estatuto penal marítimo y otras leyes referentes á delitos particulares.

bió al trono en 1831, sintió la necesidad de levantar á su país del estado de barbarie en que la reacción le había arrojado, para eliminar todas las instituciones de la nueva legislación, y se apresuró á publicar Reales decretos que anularon muchas disposiciones penales atreídas, contenidas en las leyes y constituciones de Víctor Amadeo. Pero no contento con esto, quiso dotar á su Estado de una reforma completa de la legislación, ordenándola por códigos. Así se publicaron al mismo tiempo el Código civil y otros códigos, incluso el penal y el de procedimientos criminales y el penal militar, entre los años 1839 y 1848; códigos que tuvieron como base principal la legislación francesa, y á la vez que tenían gran semejanza con el Código de Parma, mejoraron algunas de sus disposiciones, no sin aprovecharse también de los Códigos napolitanos.

En la Lombardía y Venecia, á pesar del movimiento nacional de 18.8, la soberanía extranjera fué restablecida por la fuerza bruta; y cuando Austria sustituyó el antiguo Código de 1803 con el Código de 1852 para todos los Estados á ella sometidos, este último fué traducido y publicado como ley en aquellas provincias italianas.

En la Toscana se publicó el año 1838 un Reglamento relativo á los juicios penales, y en 1853 fué publicado un Código penal, que tomó muchas disposiciones de los Códigos alemanes, presentando como ellos abundancia de doctrinas y forma científica. El fundamento de todo el sistema penal toscano es la cárcel penitenciaria, y la pena de muerte, escrita en sus disposiciones, queda sin ejecución, porque repugnaba á la conciencia general del país (1).

En 1855, el Duque de Módena publicó también su legislación penal con el Código criminal y de procedimientos criminales para los Estados estenses.—Dicho Código estaba fundado, en parte, sobre el Código sardo, y en parte sobre el toscano; concebido con un fin de excesiva intimidación, prodigó la pena capital, principalmente en los delitos religiosos y en los que afectaban al Estado, abusando también de la pena perpetua; pero esto no impide que contenga algunas buenas instituciones, recogiendo parte de las buenas tradiciones italianas sobre la doctrina general del delito.

(1) Una ley de 1858 estableció que, para ser válida la condena de muerte, debía concurrir la unanimidad. Más adelante, un decreto de 1860 abolió la pena de muerte, admitida por el Código en 1853 pero rechazada por la opinión pública.

§ 5. Cuando en 1859 comenzó de nuevo la guerra contra Austria, y la Lombardia se emancipó del yugo extranjero, al Código penal y al Código de procedimientos, que tenían fuerza de ley en los antiguos Estados sardos, reemplazó un Código elaborado en virtud de muchos y profundos estudios hechos en los doce anteriores años de libertad. Así aparecen el Código penal y el Código de procedimientos penales para los Estados del Rey de Cerdeña, extendiéndose desde el Piamonte á la Lombardia, con otras muchas leyes cuya necesidad se sintió desde el primer engrandecimiento de aquel Estado. Y cuando una á una, en 1860, las varias comarcas que habían sido sometidas á tiranías, débiles con las potencias extranjeras y crueles con los débiles sobre los que hacían pesar su influjo, se constituyen en nación una é independiente, surgen de los pequeños Estados italianos una nueva Italia organizada en unidad de Estado, el Código de 1859 se extendió á las varias regiones de la Península. Solamente por el decreto de 17 de Febrero de 1861, publicado en la Italia meridional, aquel Código, admitido en principio, sufrió varias modificaciones, que algunos publicistas juzgaron necesarias, por las que se conservaron instituciones propias del Código de 1819. A excepción de la Toscana, regida por el Código de 1853, existía, pues, antes de 1889, como única fuente de Derecho penal positivo para todo el reino de Italia, el Código penal de 1859, al que había que añadir la ley orgánica y el Código de procedimientos de 1865, con la nueva legislación penal militar y marítima, publicada en 1869 (1). La pena de muerte, disminuida considerablemente en el número de casos en que se había de aplicarse, eliminada para los delitos meramente políticos, y templada por el principio de las circunstancias atenuantes; mejoras en la doctrina general del delito y en las doctrinas especiales, un espíritu de mayor benignidad en la penalidad toda, mayor laxitud en el juicio penal, aunque siendo simple imitación del juicio francés, y además otras muchas reformas especiales, hacían de la anterior legislación penal italiana uno de los mejores trabajos legislativos, no obstante la imperfecta forma de compilación, confusa y desordenada disposición de sus reglas.

(1) Además de estos códigos, existían y existen otras leyes especiales, como la ley de imprenta, la ley de aduanas, la ley forestal, etc., todas las cuales se aplican á delitos especiales.

§ 6. El Gobierno italiano se propuso desde 1862 completar la unificación legislativa en materia penal, comprendiendo la necesidad de que una sola legislación penal rigiera los destinos de aquella nación. La abolición de la pena de muerte, que era ya un hecho en la Toscana, sin que produjera funestos resultados, se presentaba como una necesidad, y por otra parte, el sistema penitenciario de la legislación toscana de 1853 debía ser continuado y mejorado, siendo inconciliable con el Código de 1859, porque aunque éste fuera más suave que el albertino y el napolitano, contenía un sistema de penalidad que en vez de secundar, solía oponerse en mucho á la enmienda del culpable. Era, por lo tanto, necesario que se realizara la unificación legislativa en materia penal, con un nuevo Código de penalidad y de procedimientos penales que respondiera á los deseos de la justicia y la equidad, á la vez que á las nuevas necesidades, condiciones y tendencias del pueblo italiano y á las actuales exigencias de la ciencia (1).

§ 7. Estas necesidades ha venido á satisfacerlas cumplidamente el Código penal vigente, publicado para todo el reino de Italia en 30 de Junio de 1889, que empezó á regir desde 1.º de Enero de 1890, y que es el resultado de una larga y asidua elaboración, en la que pusieron mano durante un cuarto de siglo, los más laboriosos y entendidos cultivadores del Derecho penal en Italia.

Divídese dicho Código en tres libros, de los cuales el primero trata «De los delitos (*reati*) y de las penas en general», el segundo «De los delitos en especie», y el tercero «De las faltas (*contravvenzioni*) en especie»; de modo que el primero establece las reglas generales para el castigo de los delincuentes, el segundo enumera las varias hipótesis de hecho que constituyen las especies singulares del delito propiamente dicho, y el tercero abraza aquellos hechos que la ley considera como punibles con un fin de prevención. A este Código sirve de complemento el Real decreto de 1.º de Diciembre de 1889, en el que se dictan las disposiciones transitorias para su realización, modificando algunos de los artículos del anterior Código de procedimientos penales de 1865.

El nuevo Código penal fué considerado por insignes penalistas nacionales y extranjeros como uno de los grandes monumentos

(1) Completamos esta materia poniendo á continuación el juicio crítico que al autor le ha merecido el vigente Código italiano de 1889 y que consta en su última obra *Il nuovo Codice penale italiano* (N. d. l. T.)

de la civilización jurídica contemporánea. Esta admirable obra, última piedra puesta al grandioso edificio que la nueva Italia ha construido en pocos años para la unidad de su Derecho nacional, sin renegar de aquellas verdades morales que, esculpidas en la conciencia de las generaciones humanas, son la defensa y el fundamento del orden social, y por consiguiente, de la libertad humana, demuestra haber tenido en cuenta recientes progresos realizados en el campo de las ciencias sociales, gracias á su mayor conocimiento de los vínculos y relaciones entre la vida física y la espiritual del hombre, además de las relaciones íntimas entre las exigencias materiales y económicas y las exigencias morales y jurídicas de la sociedad humana. Una serie de mejoras en el sistema penal (en el que se ha eliminado la pena de muerte, las reclusiones para el trabajo forzado y la cárcel en común, estableciéndose como pena general y por excelencia la prisión con el trabajo, admitiéndose la libertad condicional), demuestran claramente el nuevo Código, en la lucha del Derecho contra el delito, trata de destruir, no al hombre en el delincuente, sino al delincuente en el hombre: por eso su sistema de remedios penales está dirigido á reintegrar el orden social turbado por el delito, á asegurar los ánimos para el porvenir, del terrible influjo de los males humanos. También son dignas de especial mención las importantes determinaciones que establece sobre las reglas generales que presiden á la imputación de los hechos punibles y sobre los referentes á las varias familias de delitos. Así, es de notar con aplauso una clasificación de los hechos punibles, en hechos que son intrínsecamente delitos por la naturaleza misma de las cosas, y hechos que el Estado, ó por el fin de la prevención, ó en interés de la seguridad individual ó social, considera merecedores de pena. Además de ésta una segunda clasificación de los delitos propiamente dichos, deducida del impulso interno que forma su génesis, no pudiendo negarse que por dicho impulso algunos delitos, revelan un ánimo corrompido, una intención perversa y feroz, mientras que otros no descubren en sus autores ni una índole perversa ni la abyección de su alma, ni la ferocidad que caracteriza á los primeros, sino la eficacia prepotente de las pasiones, la cual llega á veces á producir en las personas honradas un sentimiento de conmiseración para la culpa legal. También es digna de alabanza la adecuada coordinación de los delitos y la nueva apreciación de las formas singulares de delincuencia. Los redactores del

Código han querido también evitar las denominaciones jurídicas y sus definiciones, creyendo que de ese modo servían mejor el fin que toda ley punitiva tiene, de encarnar en los principios de la justicia popular, gracias á una delineación de todas las condiciones de hecho que se exigen en las singulares acciones criminosas. Por último, ha tratado de mejorar la apreciación de la delincuencia en cada una de las especies de delitos, con criterios comparativos eminentemente racionales.

Tal es, en general, la nueva legislación penal vigente en Italia. Varias censuras se hicieron al Código cuando todavía estaba discutiéndose: algunos lo acusaron de excesiva benignidad, otros de demasiada dureza. Acaso algunas de sus disposiciones sean demasiado suaves y otras excesivamente rígidas; pero en su totalidad no puede decirse que el Código peque, ni por exceso de suavidad, ni por exceso de rigor. También hubo quien le atribuyó el haber dejado una gran esfera de acción al arbitrio judicial, mientras que otros hubieran querido que se hubiera concedido una mayor extensión á las facultades del juez en la determinación de la pena. Sin embargo, el espíritu general del Código es aquella saludable tendencia, admitida en muchos códigos contemporáneos, de dejar, en virtud del principio de individualidad del castigo, un prudente arbitrio al juez, merced á cuya tendencia se ha realizado, en el sentido de la proporcionalidad, la igualdad jurídica en el castigo de los delinquentes. Tampoco hay que apuntar como defecto del Código el hallarse de acuerdo con las doctrinas generalmente admitidas por la ciencia penal, emancipándose de las tradiciones y costumbres locales, antes al contrario, el progreso de la civilización jurídica está en que las diferencias tradicionales de las legislaciones de los varios pueblos vayan desapareciendo al crecer y desenvolverse una conciencia común de los mismos pueblos sobre ciertas creencias u opiniones, madurando taxativamente un Derecho que puede llamarse, más que nacional, humano.

Ciertamente que no á todos parecerán igualmente dignas de elogio y alabanza todas sus disposiciones, pues algunos censurarán aquellos mismos principios que á otros parecerán un adelanto sobre la legislación anterior. Sin embargo, en muchas de sus disposiciones el Código nuevo es la síntesis de la labor de muchos años y de muchas obras de ilustres penalistas, y puede decirse que es un monumento importante de la civilización jurídica. El estudio ulterior sobre su eficacia y resultados prácticos, y la experiencia

diaria de los jueces llevarán al seno legislativo sucesivas enmiendas, de que habrá menester para responder cada vez mejor á las exigencias de la justicia penal y á las condiciones de moralidad y civilización del pueblo italiano.

*** No sólo el Derecho vive en la humanidad y no en regiones apartadas de ella, como el dios de Epicuro, sino que como escribe Ihering no se escapa á la ley de civilización, según la cual la prosperidad de un pueblo se compone de una sucesión no interrumpida de elementos extraños, por manera que la adopción de instituciones jurídicas no han nacido en él, es sólo cuestión de oportunidad y de necesidad. «sólo un loco dejará de hacer uso de las naranjas bajo pretexto de que no maduraron en su jardín». Cabe pues, investigar los fundamentos históricos del Derecho penal y sorprender en él producido en un momento ó en un pueblo, la comunicación é influjo de elementos, hasta cierto punto exóticos, apropiados en mayor ó menor medida.

El autor procede en el particular, según es ya uso corriente, distinguiendo el elemento romano, el germánico y el cristiano, ó más propiamente canónico; porque para quien conozca la historia no puede dejar de presentarse en toda su grandísima importancia la misión realizada por la Roma antigua, aquella especie de transfusión de sangre que realiza la invasión del siglo V en el gastado organismo imperial y la palingenesis redentora que trae al mundo la doctrina del Cristianismo.

El autor atribuye también á cada uno de estos elementos el principio respectivo á que dan consistencia: el principio social, el individual y el moral; pero esta síntesis, como todas las que análogamente se formulan sobre los grandes períodos históricos, no debe aceptarse en un modo cerrado y absoluto, so pena de violentar la historia más que ó entender la vida humana incompletamente. Cuando se dice, por ejemplo, que Roma representa la voluntad en aquella distribución de facultades que suele hacerse entre pueblos ó civilizaciones dadas, es que no se niega á Roma la inteligencia y el sentimiento, que podrían faltarle en la necesaria proporción, ya que ni en la propia psicología se conciben unas cosas sin las otras; y de esta suerte, la preponderancia de aquel principio social, tampoco excluye la existencia del individual ó moral, cuyo valor relativo es siempre menor en el punto de referencia. Es esto más de notar cuando se contrae la observación al valor del elemento cristiano, porque en el principio moral que restaura y esclarece, han de darse sendas y armónicas partes á la individualidad y al conjunto, al individuo y á la colectividad, y si quisiera acentuar más la idea de un respeto, no sería aventurado sostener que el valor personal del hombre, el más hondo y sano individualismo, no de la ruda independencia del bárbaro germano, que se arguye un estado que atraviesa en su camino hacia la cultura y agrupación humana, sino de la soberanía de la conciencia justa y dictada por Cristo, la cual pugna por romper la esclavitud de las pasiones brutales y rechaza y vence los extremos de fuerza con que la tiranía social intenta someterla. Por eso Lorimer declara que la fuerza que presta á la voluntad para obtener el ideal de bondad es la esencia y nueva virtud del cristianismo.

Roma, que personifica el triunfo de la idea de universalidad y el principio de las nacionalidades (Ihering), sirve esa idea, precisamente mediante la unidad del Estado debida á la fuerza de las armas (Lorimer).

que prepara la superior cristiana), y después, mediante la resurrección maravillosa de su Derecho en la Edad Media, viniendo á constituir la regla de nuestro pensamiento jurídico. Este momento, seguido en el orden cronológico, es el capital en el orden que toca considerar aquí, no olvidando que el Derecho penal de los romanos no puede compararse en mérito científico con el civil, por más que contenga espléndidas pruebas del fino criterio y de sano juicio de aquel pueblo (Berner). No le informa una verdadera teoría penal, pero no faltan máximas generales, que si no se aplican con tal carácter, es por efecto de la manera siempre especial de producirse allí la ley y el procedimiento, y doctrina sabia, que podríamos llamar, demostrativa de la aptitud ó vocación jurídica que á Roma distingue; por eso la vulgaridad corriente que condena y desprecia sin reparo lo que Roma hizo y practicó en los asuntos penales, debe rechazarse desde luego, y grandemente ayuda á formar un cabal juicio acerca de este punto el libro que anotamos, en el que con tanto acierto y asiduidad se puntualizan los antecedentes oportunos del derecho criminal de Roma. Adviértase, no obstante, que el influjo del elemento romano en el destino de la disciplina penal europea antes que en el inmediato y directo de sus preceptos *ad hoc*, estriba en la significación *política* total de la cultura jurídica de Roma.

Sin desconocer lo que pudo significar el elemento germánico en el concepto que ahora nos ocupa, claro es que como obra de pensamiento está muy por bajo del romano: el instinto individualista de la raza ó el propio del grado de su evolución, y la tendencia arraigada á guiarse por el sentido y sobreponer consiguientemente el lado externo del delito y de la pena, imprimen fisonomía distintiva á sus institutos y prácticas penales, llevan á la trama de la historia materiales interesantes, y dan uno de los términos á la antítesis del germanismo y del cristianismo, que se revela, según Berner expresa, en toda la Edad Media.

Como de dominante importancia hay que considerar sin duda el elemento eclesiástico ó canónico, tanto por su origen como por su universalidad y por lo fecundo de su acción. Ejércese ésta en el tiempo aminorando en la medida de lo posible los rigores de la barbarie y dando nacimiento á un Derecho penal informado en idea y criterio tan luminosos, que, en sentir de Du Boys, marca el tipo de la verdadera justicia punitiva. — Con sus *treguas de Dios*, su *derecho de asilo*, su favor á la *compositio*, que llega á hacer obligatoria, su oposición á las *ordalias*, que limita, reglamenta ó sustituye con medios más racionales su mismo *procedimiento inquisitivo*, que fué á su hora un positivo beneficio, su repugnancia á la *tortura*, cuya aplicación se suspende temporalmente al principio de la Edad Media, gracias á su inmediata influencia, etc.: contiene la Iglesia las venganzas cruentas, elude el cumplimiento de crueles castigos, mitiga el poder de la superstición desapiadada, favorece la suerte de los humildes y desvalidos y pone cartapisas al inmoderado afán de persecución y de imperio. Con sus dogmas sobre el origen, destino, caída y redención del linaje humano; con su principio de la igualdad de todos los hombres y la consiguiente ante la ley; con su profundo espiritualismo que presta á los conceptos de imputabilidad de delito y de pena un valor subjetivo, un fondo ético y una finalidad regeneradora, apenas sospechados por la sabiduría clásica y obcurecidos por la barbarie invasora; con su espíritu sublime de caridad que le conduce á retribuir el mal con el bien, que no retrocede ante ningún obstáculo á fin de con-

quistar almas para el cielo, que nunca deja de ver á través de todas las miserias y abyecciones en que la flaca humanidad sucumbe, el destello divino que puede resurgir y animar una nueva vida; con el sentido práctico y su incitante ejemplo, el Cristianismo abre amplios horizontes al progreso penal, da cuerpo y forma á instituciones y dictados mucho más perfectos que cuanto nos legaran las viejas civilizaciones, y proporciona virtualidad y eficacia á los empeños sucesivos que todavía hoy no obtuvieron en los hechos cumplida confirmación. La limitación y las pasiones del hombre pudieron desnaturalizar en ocasiones la celestial doctrina y convertirla en instrumento de intereses bastardos; la ignorancia y la ingratitud pudieron y pueden negar el vínculo que enlaza los adelantos modernos con aquel espíritu en el que realmente fueron engendrados; pero la verdad no dejará de serlo y de prevalecer á pesar de todo ello, y su sincero reconocimiento impone con soberana majestad á toda conciencia recta.

*** Hay en las noticias histórico legales que el autor aduce como erudición y brillantez acostumbradas, algo que ampliar por lo que España toca, aunque de fijo no se ocultará á nadie que si á Pessina le interesaba singularmente reunir los datos referentes á su nación, á intentar nosotros la adición apuntada no llevamos el propósito de limitarnos al por menor la Legislación penal española. — Con la invasión germánica se implantó en nuestra patria la ley personal ó de raza, como lo demuestran el Código de Eurico (para los vencedores) y el de Alarico (para los vencidos); pero ya en el siglo VII (y no en el IX, que dice el texto italiano) se abre camino la legislación territorial en el famoso *Fuero Juzgo*, sobre el cual no debe pasarse con la ligereza que el autor pasa. Es para su época una obra admirable, que no tiene rival entonces y que supera á otras publicadas dos siglos después, como la *Capitulares* de Carlo Magno. La parte penal contenida en cuatro de sus doce libros (6.º, 7.º, 8.º y 9.º) contiene disposiciones dignas de atención: por de pronto, la posible igualdad ante la ley existe, puesto que sólo se hace distinción entre los hombres libres y los siervos, mejorándose la suerte de éstos; se pretende dar la razón de existencia de la pena punitiva, que sirve para intimidación y escarmiento de los malos para que los buenos vivan seguramente; se reconoce el valor del elemento intencional en el delito, y así se distingue el homicidio involuntario, el provocado y el premeditado; se declara la intransmisibilidad de la pena, que debe caer únicamente sobre el autor del delito; prohíbese, en la mayoría de los casos, aplicar la pena de muerte por motivos de religión, porque «el nuestro Señor non quiere la muerte del pecador, nil place que los vivos perezcan, más quiere que se convirtan é vivan»; restringense medios de prueba, tales como el duelo judicial, y se da en cambio, preferencia cumplida á la prueba testifical y documental; limitase la aplicación del tormento, tanto por el sentirlo sólo cuando se trata de ciertos delitos, como por las responsabilidades ulteriores que se asignan al acusador que lo pide y al juez que lo acuerda, y en último caso, se exige otras pruebas que refuerzan la de la confesión así arrancada. . . La influencia eclesiástica, que en el *Fuero Juzgo* es notoria, dió margen á la confusión del delito y el castigo, al señalamiento de penas como la excomunión, al derecho de censura que se otorga á los Obispos á guisa de Tribunal de alzada, al cáter, etc.; pero todo ello no constituye vicio tan grave ni inexplicable como que baste para olvidar lo mucho bueno que el Código contiene, y menos para llegar al juicio que Montesquieu expresó acerca de él.

viaje injusticia, ó acaso con lamentable ignorancia; y por cierto que tampoco nos damos cabal cuenta de lo que el autor quiso decir al referirse, hablando del *Fuero Juzgo*, al proceso canónico de la Inquisición, que si alborea aquí en el siglo XIII, no se robustece hasta el tiempo de los Reyes Católicos y llega á su apogeo en el reinado de Felipe II.— En la *Nueva Recopilación* (1567) es donde se borran por completo los restos del tradicional procedimiento acusatorio, que aún se advierte en las *Partidas*.

El autor no menciona siquiera nuestra *legislación foral*, subsiguiente á la invasión musulmana (tan influyente en todos los órdenes de la vida nacional, por el momento y en el porvenir), y que tanto por el período de su duración como por reflejar el estado del país, sometido á dolorosa y ardua prueba, harto merece examen, siquiera rápido. La omisión no se justifica con que los *Fueros*, más que un adelanto, signifiquen un retroceso en la penalidad, porque para hallar adelantos verdaderos después del *Fuero Juzgo*, habría casi que venir de un salto á la obra legislativa del presente siglo; y de cualquiera suerte y por cualquier lado que se mire, la cita de los cuadernos forales siempre sería más pertinente que la del *Septenario* y el *Espéculo*, que nunca lograron vigencia y de cuya parte penal poco se conoce, puesto que del primero sólo poseemos un fragmento, y faltan en el segundo los libros destinados principalmente al particular, dado que alguna vez existieran.

Sabido es que la palabra Fuero viene de *forum*, que en su sentido originario significó el lugar en donde se ventilaban los asuntos de justicia (plaza, tribunal), y más adelante, la jurisprudencia ó colección de decisiones jurídicas, y también la jurisdicción local ó corporativa. Dícese ya este nombre al código de los visigodos (*Fuero Juzgo*), á una de las obras de D. Alfonso el Sabio (*Fuero Real*), que es asimismo una especie de código, y al conjunto de costumbres nobiliarias, sentencias y arbitrajes (*Fuero Viejo*); pero la denominación se refiere especialmente á los *Fueros municipales*, que eran costumbres que los vecinos producían á documento escrito sancionado luego por el monarca, ó bien, principalmente, privilegios que los reyes concedían á las ciudades recién conquistadas á los moros, para atraer á ellas pobladores, por lo cual se les llama *cartas pueblas* ó cartas de población.

En los primeros tiempos de la Reconquista se pretendió mantener en observancia el *Fuero Juzgo* como Legislación general, pero habiendo variado mucho las circunstancias y no consintiendo éstas la regular aplicación de leyes dictadas para un gran imperio en condiciones de vida menos conturbada y azarosa, empezaron á aparecer multitud de fueros particulares derogatorios de aquél y más en consonancia con las necesidades del tiempo; y por lo que estos fueros contienen por el espíritu que anima muchos de sus preceptos, pudiera creerse, como bien que resurgía el bárbaro elemento germánico (como si la relativa cultura y la fusión de los componentes nacionales que expresa el *Fuero Juzgo*, no hubiera nunca transcendido con eficacia del Código á la realidad de los hechos), ó bien que el imperio de aquellas circunstancias, en cuanto resultaban análogas á las del siglo V, reproducía un estado elemental de derecho, propio siempre de un estado de fraccionamiento y de guerra. Aquí está, para nosotros, la nota más expresiva y uniforme de esa legislación, en la cual hay, sin embargo, tantas diferencias, en lo que hace relación al número y sistematización de las leyes, porque no es necesario consignar que unos fueros superan en mérito este concepto á otros, y esto, conforme con la fecha más ó menos

adelantada de su aparición), como en el aprecio de los hechos punibles y de su castigo. No cabe, pues, condensar en una noticia completa las leyes penales de los fueros, aunque sí trazar ciertos rasgos que convengan á la mayoría de ellos en el respecto que nos interesa.

Para mantener en el límite de la prudencia el juicio que sugiere la legislación tan deficiente y regresiva, es preciso penetrarse de lo que eran aquellos hombres que luchaban día tras día por los intereses de su patria, muchas veces, reducida al pedazo de tierra que pisaban con los pies y á que servía de frontera la línea de sus lanzas; el hogar, donde se guarecían los pedazos de su corazón, inhábiles para la lucha material; el sustento, disputado á todo riesgo á un sueldo inseguro é incierto. La vida para ellos era el bien menos disfrutado en cierto modo, más expuesto á perderse; la propiedad, el resultado de un esfuerzo penoso para su obtención como para su conservación; la familia, el centro principal de sus afectos y señorío; el cielo, el gran manantial de fortaleza y de esperanzas. El mal y su castigo, los delitos y las penas con su dinámica inflexible, pendían ante todo para el creyente de la Divinidad, providente é inexorable á un tiempo, que en el curso de los sucesos, acá en la tierra ó tras los sombríos horizontes del más allá, nunca deja de hacer justicia. En el círculo estrecho de la familia, el poder paterno reconocido en los fueros asume facultades amplias que, por lo que toca á lo criminal, se ven patentes en la responsabilidad que alcanza al padre por las immoralidades y maleficios del hijo por la existencia de la prisión doméstica y por la desheredación del *ayuntamiento*. Por manera que la parte oficial punitiva, digna así, reduciase á términos restringidos y á lo que permitían la familia en que encarnaba el principio autoritario (fuera de la disciplina militar), la situación del territorio, fraccionando con exceso, y el modo que en el orden intelectual es de presumir.

Preparado así el juicio con tales reflexiones, que no siempre se ven á la vista por los historiadores de nuestro Derecho penal, comienza se con una poderosa ayuda para comprender y criticar las leyes de esos cinco siglos en que priva el régimen foral. Ya no existe entre aquella escasa diferencia en la condición de las personas reconocida en la legislación visigoda, la servidumbre prosigue, reforzada por los señeros hechos en la guerra, pero entre los que pudiera decirse libres, hay denominaciones y grados (ricos-hombres, caballeros, hidalgos, vecinos, pecheros, solariegos, hombres de behetría, etc.), que no dejan de tener, aparte ya de la distinción de castas, unos, moros y judíos, importancia para el caso. El sistema de responsabilidad aparece ó reaparece vigoroso, y ya en el Fuero de León (1135) se nos habla de los *omecillos* y *rossos* ó *rausos*, y sucesivamente encontramos la correspondencia de la *Busse* y la *Wedde* germánicas. Los lugares en que se cometían ciertos delitos que no eran del todo mente descubiertos, era sometidos á una especie de responsabilidad solidaria; las campiñas y las habitaciones eran devastadas y saqueadas, abusos que Alfonso VI intentó cortar en el año 1072. El *asilo* es también institución propia de la época y es el primer privilegio que consta á favor de León en su citado Fuero; de manera que cualquier que fuese á refugiarse allí, quedaba á salvo de la persecución á que le hiciera acreedor. Sin duda como reacción contra las exacciones y requisas arbitrarias, el mismo y otros fueros consagran la inmunidad del domicilio privado, negando hasta al señor de la casa ó del solar la facultad de entrar en él ó de romper y quitar las puertas. El burgo

acción de la justicia por espacio de *nuove dias*, ó el pago de una pequeña pena pecuniaria, aseguraba la impunidad del matador, mientras que, formando contraste con blandura tan sorprendente, los atentados contra los bienes materiales, el hurto, la insolvencia, solían castigarse con pena capital. Las ordañas ó pruebas vulgares y el duelo singularmente, constituyen un uso aceptado con todas sus absurdas consecuencias. Todo ello, pasando ya por alto otras particularidades, hizo decir á nuestro Pacheco que la penalidad en los siglos á que vamos refiriéndonos, puede llamarse una lotería, y el juicio una batalla ó una ridícula tentación al cielo; y Du Boys, tras de reunir esas culminantes notas de la legislación criminal de los fueros, exclama: «la perfección social, que la humanidad cree próxima á realizarse en ciertas épocas, ¿será acaso como la roca mitológica que Sísifo llevaba rodando al subir la escarpada pendiente, y que siempre volvía á caer al fondo del abismo cuando ya creía tocar la cima de la montaña?»

La obra legislativa de Alfonso X, representada por el *Fuero Real* y las *Partidas*, forma época sin duda alguna, en la historia del Derecho español y presta firme base al renombre de *Sabio* con que la posteridad conoce á aquel rey, á quien para merecerlo por completo, ni siquiera faltan las decepciones y amarguras que suelen ser obligado cortejo de la grandeza de la inteligencia aquí en el mundo. El *Fuero Real*, á pesar de su denominación, justificada en cierto modo por haberse dado como uno de tantos fueros particulares á Aguilar de Campoo, Burgos, Valladolid, etc., dista mucho, por el propósito de su autor y por el mérito de su trabajo, de la legislación precedente. Pretendía D. Alfonso hacer de él un código nacional, adoptando el procedimiento que salvara mejor dificultades que, al cabo, resultaron insuperables; y es patente que por el contenido y por la distribución de las materias que comprende, significa un adelanto manifiesto. De sus cuatro libros contráese el último á las disposiciones de índole penal, aparte de alguna que en el libro 1.º, con ocasión de tratar de la religión y de la monarquía, se consagra como sanción de esos altos intereses; y si es verdad que allí se destacan los errores del tiempo en punto á las acciones que deben considerarse como punibles; que la venganza privada y la ley de las composiciones dejan sentir su tradicional influjo; que la calidad de las personas entra por mucho en el aprecio de la responsabilidad, y que los castigos respiran muchas veces dureza y crueldad repugnantes; también lo es que se limitan los anteriores excesos cercenando el derecho de asilo, disminuyendo el alcance de las indemnizaciones pecuniarias, sobreponiendo al arbitrio privado el poder de la autoridad, buscando cierta proporcionalidad en las penas, dando á éstas carácter personal, regulando la responsabilidad de los juzgadores... Entre estos progresos merece cita singular lo que se refiere al procedimiento *ex officio* para la persecución de los hechos punibles, asunto importante, olvidado de atrás, que el *Fuero Real* aplica en casos varios, y puede considerarse como el esbozo de la institución del Ministerio público de nuestros días.

Así como el *Fuero Real* acoge y desbasta los elementos nacionales y tiende á satisfacer las necesidades inmediatas de la práctica, las *Partidas*, publicadas poco después por el mismo Monarca, son el monumento legislativo en que se condensa todo el saber jurídico de la época, importado de sus más ricos orígenes, y se compone, ordena y formula con un plan tan amplio, unas proporciones tan nobles y una riqueza y brillantez de elocución tan admirables, que con ser tantos los elogios dedicados al sabio legislador, no puede decirse que hayan

excedido á lo que de justicia le corresponde; y con no haber jamás grado ese Código inmortal la eficacia que el autor de él pudo proyectar, su vida y su transcendencia aplicativa en la escuela y en el foro superarian con creces los cálculos y esperanzas del codificador celoso de su prestigio y de su fama. La Partida 7.^a, en que está comprendida la legislación penal, es la que para nosotros ofrece singular interés y cabalmente aquí es donde flaquea el mérito del Código: según es fácil colegir por las indicaciones hechas al referirnos al Derecho similar romano y á los antecedentes de la legislación patria, el elemento canónico, bien puede asegurarse que se aceptó, antes que aquél espíritu benéfico y saludable que anima muchos de los preceptos del *Fuero Juzgo*, el sentido y las formas que menos favorecen la clara fijación del hecho punible, el señalamiento de la pena justa y la adopción de los medios más conducentes para un juicio racional. Si las veces se invocan máximas ó conceptos de un puro sabor religioso, olvidándose ó se desvirtúan después en la solución de los casos concretos, y á las confusiones antiguas, que persisten, se agregan nuevos factores tomados de un vicio supersticioso ó de un celo extremado, por el cual, lejos de venir esa influencia á corregir los errores añejos de las *fazañas* y *albedrios*, los consiente y fomenta. No ha de desconocerse, sin embargo, que la aludida Partida 7.^a no es ajena por completo al carácter general del Código, y que en ninguno de los anteriores se encuentra tanto aparato científico, si nos es lícito hablar así, tanta copia de razonamientos doctrinales, de hábiles distinciones, de sabia nomenclatura, de enumeraciones comprensivas, y no hay para qué añadir que ello contribuye por modo principal la atención prestada por D. Alfonso al Derecho justiniano, en el que el prestigio de la realeza busca también un auxiliar de oportuna valía.

Si paramos mientes en que se trata de una legislación penal dictada hace seis siglos, durante la revuelta y ruda Edad Media, y en que cinco de ellos han de transcurrir sin que descubramos nada que corrija todos los defectos y demasías del *Fuero Real* y de las *Partidas*, aminoran, y todas sus relativas mejoras acrecen ante la vista de la crítica sensata. Abrese en España la época de las *Recopilaciones* por las *Ordenanzas Reales de Montalvo* (1488); pero por la índole misma de esta clase de obras y por las circunstancias de los tiempos, el libro 8.^o de aquella primera Recopilación, ni el 9.^o de la Nueva (1505) ni el 12 de la Novísima (1805), contienen otra cosa que la reproducción de la penalidad antigua, con aditamentos de pragmáticas y acuerdos publicados con ocasión de singulares fenómenos criminosos ó de exacerbación de suspicacias ó alardes autoritarios. Ni en esos textos, ni en los reglamentos y prácticas de las *Hermandades* ó de los tribunales de la *Santa Inquisición*, hemos de tropezar con nada que implique una variación en el terrible sistema intimidativo llevado hasta sus últimos límites; y en cuanto á la manera de presentar y distribuir en los cuerpos legales los componentes que á ellos se traen, la carencia de claridad y de discreción, de claridad y de orden, pónese de resalto á cada paso, y añade nueva sombra á la que brota del fondo de esas manifestaciones de la justicia histórica.—Ante esa inmovilidad cruel de las leyes y ese hacinamiento informe de ellas, surge, respondiendo á la necesidad de la vida, el arbitrio de los juzgadores, que si es visto como un mal, cuando el derecho se produce en la esfera del Estado con perfecta regularidad, es siempre en casos como el presente un mal menor que un relativo bien. Merced á ese arbitrio, la barbarie rigurosa del precepto se elude y la sanción efectiva se armoniza, hasta cierto punto,

con las exigencias del momento. Y he aquí, como dice Pacheco, lo que se nos presenta en los umbrales del siglo XIX: la barbarie del XIII, escrita con rojos caracteres en el Código, y el arbitrio del XVIII, dibujado con indecisos trozos en la práctica de los tribunales.

Aunque en el pasado siglo se había ya reconocido la necesidad de reformas en la legislación penal ó intentado satisfacerla, hay que llegar al presente para ver traducido en hecho, al compás de los grandes cambios sociales y políticos que transformaron en contados lustros la faz de nuestra nación, el propósito á que aludimos. Si del primer período constitucional (1810 á 1814) no faltán señales positivas de reforma, disposiciones singulares, implantadas algunas en la misma ley fundamental, cúpole al segundo (1820 á 1823) la gloria de dar á luz un Código discutido prolijamente en las Cortes, y que por no haber logrado una existencia efímera debe preterirse, como el autor lo hace. Se trata, en efecto, de un trabajo notable por varios conceptos, y que así en lo que toca á su fondo como á su parte artística, dista mucho de lo que nos legara la monarquía absoluta con sus recopilaciones, pragmáticas y autos acordados. En el Código de 1822 se nota á las claras que nuestro país no permanecía aislado del movimiento general europeo, y sentía inmediatamente el influjo del legislador francés; pero también se nota que no se pusieron en olvido los precedentes locales más remotos y la opinión común aquí existente y nada favorable á la lenidad de los castigos. Penas que por su dureza estaban llamadas á desaparecer, consígnanse sin vacilaciones, y la de muerte se prodiga en muchos casos, que no bajan de treinta con inclusión de los delitos políticos. La reacción, pues, que hizo tabla rasa de esta laboriosa producción, obedeció á un ciego instinto destructor de todo aquello que el citado período constitucional había llevado á cabo, más que á una motivada censura y á una discrepancia doctrinal.—El problema de la Codificación penal volvió á quedar en pie, y varios intentos y proyectos sucesivos demostraron lo indispensable de su resolución que, por fin, se obtiene en 1848. El Código de esta fecha estaba llamado á una más durable existencia, pues si es cierto que en 1850 y en adelante, sobre todo, en 1870 sufre modificaciones profundas algunas de sus partes, persiste el criterio ecléctico en que se inspiró la notable Comisión nombrada en 1843, subsiste la distribución artística del contenido (1850) y se mantiene la redacción primitiva del mayor número de sus artículos. No obstante, suele hablarse del Código de 1870 como de un nuevo Cuerpo legal, porque, según va dicho, las reformas, reclamadas unas por la necesidad de armonizar ciertos proyectos con el espíritu y la letra de la Constitución democrática de 1869, y planteadas otras para responder á un perfeccionamiento técnico, fueron realmente trascendentales. Baste citar aquí la supresión del título de delitos contra la religión, la inclusión de los de imprenta, las variaciones introducidas en los llamados públicos, la desaparición de los de vagancia y mendicidad, el nuevo concepto de los de robo, parricidio, asesinato, disparo de arma de fuego, etc.; las modificaciones introducidas en lo relativo á la frustración y á la tentativa, á las circunstancias que influyen en la responsabilidad criminal, en las escalas graduales y acumulación de las penas, en la clasificación de las faltas, y la abolición de las penas perpetuas, confinamiento mayor y menor, vigilancia de la Autonomía, etc.—A más de esto, el decreto de 1.º de Enero de 1871, á pretexto de corregir erratas, aporta alguna singular reforma, como la de hacer punibles las faltas frustradas contra las personas y la propiedad; y la ley de 17 de Julio de 1876 restablece el texto primitivo y

aumenta el castigo de cierta clase de robos, relacionada principalmente con los intereses rurales.

El Código de 1822 abríase con un título preliminar, al que seguían dos partes: la primera dedicada á los delitos contra la sociedad, segunda á los delitos contra los particulares. Correspondiéndose a la misma exigencia lógica, aunque sirviéndola mejor, aparece el Código vigente en tres libros: el primero comprende las posiciones generales sobre delitos y faltas, las personas responsables y las penas; el segundo los delitos y las penas; el tercero las faltas y sus penas; estos dos últimos constituyen la parte especial. Cada una se divide en títulos, éstos en capítulos, éstos en secciones y éstos en artículos. El libro 1.º, ó parte general, consta de seis títulos, en los cuales se define el hecho punible, su naturaleza, sus gradaciones, las causas que excluyen, atenúan ó agravan la responsabilidad; las personas responsables civil y criminalmente; las penas, su clasificación, duración, efectos, aplicación y ejecución; la responsabilidad civil, sus formas, transmisión y efectos, concluyendo con ciertos delitos de carácter común, cuales son el quebrantamiento de las condenas, los casos en que los sentenciados ó condenados delinquen de nuevo, los modos de extinción de la responsabilidad. — El libro 2.º consta de quince títulos, y aceptada la distinción de delitos públicos y delitos privados; conságranse siete de esos títulos á los primeros (delitos contra la seguridad exterior del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, falsedades, infracción de las leyes sobre inhumaciones, sepulturas y salud pública, juegos y rifas, delitos de empleo públicos en el ejercicio de su cargo) y seis á los últimos (delitos contra las personas, contra la honestidad, contra el honor, contra el estado civil, contra la libertad y seguridad, contra la propiedad), terminando el libro con lo tocante á la imprudencia temeraria y á la provocación por medio de la imprenta. — El libro 3.º consta de cinco títulos, y, con arreglo á una distinción de las faltas análoga á la de los delitos, se trata, en primer término, de las de imprenta, contra el orden público y contra los intereses generales y régimen de las publicaciones, y después, de las faltas contra las personas y contra la propiedad, dando fin el libro con las disposiciones comunes á las faltas. Este Código, con las variantes que se juzgaron indispensables para su adaptación á los territorios dependientes de la metrópoli, fué llevado á Cuba y Puerto Rico en 1879, y á Filipinas en 1884.

Tanto porque la Constitución de 1876 difiere en puntos importantes de la de 1869, como porque «los notables progresos alcanzados en la ciencia del Derecho en la resolución de los más arduos problemas relativos á la delincuencia y á la penalidad, merced al rápido adelanto de los estudios antropológicos y sociales y á las expresivas estadísticas que ofrece el régimen penitenciario», parecen exigir una renovación de nuestro Código, han sido varios los proyectos presentados desde 1880 hasta el día, y sigue repitiéndose en cuantas ocasiones se presentan el mismo clamor, que no acaba de trocarse en obra. El proyecto de la citada fecha 1880, el de 1882, el de 1884 y el de 1885 sólo merecieron los honores de la presentación á las Cámaras, y únicamente dieron á éstas motivo de discusión luminosa, aunque inconcluyente, las bases formuladas por el Sr. Alonso Martínez, bases que serán inoportuno recordar, toda vez que envuelven una especie de crítica de la legislación hoy vigente. Hélas aquí: 1.ª Poner el Código en armonía con la Constitución de 1876. — 2.ª Reducir las escalas de las penas al número suficiente para el castigo de los delitos, con relación

al de los establecimientos penales que existan.—3.^a Determinar la penalidad de los delitos, señalando concreta y especialmente en cada caso la extensión de las penas.—4.^a Conceder más amplitud á los Tribunales para imponer penas según las circunstancias que concurran en los delitos.—5.^a Clasificar las causas de exención, atenuación ó agravación, fijando bien su transcendencia é importancia.—6.^a Llevar los vacíos que hoy se notan en el Código, ya por no haber en él pena establecida para ciertos hechos punibles, ya en cuanto á dar más flexibilidad á alguna de ellas, ó fijar el verdadero carácter y concepto de ciertos delitos.—7.^a Llevar al libro de las faltas los hechos que revisten este carácter y hoy se castigan como delitos.—8.^a Clasificar las faltas que por su índole caen bajo el dominio de las autoridades administrativas.—9.^a Establecer sanciones penales eficaces para los delitos que se cometan por medio de la imprenta.—10.^a Hacer en el Código hoy vigente las demás modificaciones que surjan del desarrollo de estas bases.

El Derecho penal español vigente no está sólo comprendido en el Código de 1870 á que acabamos de referirnos, sino que existen otras disposiciones de que debemos dar noticia antes de poner fin á las presentes notas. Suele dividirse la ley penal positiva en común y especial, explicándose la existencia de ésta, ya por las singulares condiciones de ciertos organismos, ya como medio transitorio para regular el cambio de sistema en el aprecio y punición de determinados hechos, ya por la índole variable de algunos delitos ó faltas que no llevan intrínsecamente este carácter, ya por motivos puramente históricos ó circunstanciales de la publicación de las leyes. Así se dice, *verbi gracia*, que en ese Derecho penal excepcional acusa una mayor justificación y permanencia lo que toca á la disciplina militar, mientras que lo relativo á la legislación sobre contrabando está sujeto á criterio más variable, y leyes como la de 1878 sobre protección de la infancia, que luego mencionaremos, únicamente figuran fuera del Código, mientras no se acuerde su inclusión al rehacerlo. Sin entrar en el análisis y juicio de esas presuntas razones que de ordinario se alegan y que entrañan dificultades menos fáciles de salvar de lo que á primera vista parece, conviene tener también en cuenta que los fenómenos que dan materia á varias de las leyes que van á ser citadas, no están omitidos por completo en el articulado del Código común: todo lo cual revela un estado de imperfección legislativa, que tiempo adelante obtendrá su remedio.

El legislador declara expresamente la subsistencia de un derecho penal excepcional, pues en el art. 7.^o del Código, se dice: «que no quedan sujetos á las disposiciones de éste, los delitos que se hallen penados por leyes especiales»; y en el artículo último, 616, repite: «quedan derogadas todas las leyes penales generales, anteriores á la promulgación de este Código, salvo las relativas á los delitos no sujetos á las disposiciones del mismo, con arreglo á lo prescrito en el art. 7.^o» Igual declaración se leía en los códigos anteriores, salvo que en éstos ya se enumeraban taxativamente las leyes que ahora son objeto de una inclusión genérica y que pasamos á enumerar.

Delitos militares.—Usamos este título en gracia á la brevedad, y no porque en la legislación penal correspondiente se trate sólo de propios delitos militares, cuyo concepto, dicho sea de paso, aún no está suficientemente esclarecido. La legislación especial del caso por medio de Ordenanzas, data del tiempo de Felipe IV (1632); se reforma

por Felipe V (1701), y luego por Carlos III (1768), constituyendo un monumento importantísimo, siquiera haya sido objeto de numerosas variaciones de pormenor antes de llegar al cambio realizado en los últimos años. Nombrada la Comisión de Códigos militares en 1882, se trabaja en las bases que son aprobadas por las Cortes en 1882. Sobre ellas se redactan el *Código penal militar* y la *Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra* y la *Ley de Enjuiciamiento militar* (1886). Posteriormente, con vista de los resultados obtenidos en la práctica y de la conveniencia de nuevas reformas, aparecen en muchas las partes que suelen llamarse sustantiva y adjetiva, en el *Código de Justicia militar* de 1890, que es el vigente.—La reforma alcanzó á la penalidad especial de la Marina de guerra, que venía reglándose por la *Ordenanza naval* de 1793.

Delitos de contrabando y defraudación.—Rígense por el extinguido Real decreto de 20 de Junio de 1852 (declarado una vez más sustituido por la disposición final de la *Ley de Enjuiciamiento criminal* de 1882), y por las *Ordenanzas de Aduanas* de 15 de Julio de 1870. En el año actual de 1892 se han publicado unas Ordenanzas análogas para Ultramar.

Delitos de montes.—Tratándose de los montes públicos, y siempre que los daños no excedan de 2.500 pesetas, aplicanse las *Ordenanzas* de 22 de Diciembre de 1833 y *Reglamento* de 1865.

Delito de secuestro de personas con objeto de robo.—Para atajar la escandalosa frecuencia de este hecho en algunas regiones de España, dictóse la ley de 8 de Enero de 1877, aumentando la penalidad ordinaria y sometiendo el juicio á los Consejos de guerra. Para que esta ley se aplique, es necesaria una declaración previa del Gobierno.

Delitos contra la policía de los ferrocarriles.—Legislación de 1875 reformada en 1877, y *Reglamento* de 8 de Septiembre de 1878.

Delitos contra la protección debida á los niños.—A fin de corregir el abuso frecuente de exponer á éstos en plazas y circos á ejercicios gimnásticos peligrosos para su vida y desarrollo, se publicó la ley de 28 de Julio de 1878, que tanto por el humanitario espíritu en que se inspirada, como por las acertadas y previsoras medidas que toma para su más fiel observancia, hacía esperar una aceptación y cumplimiento menos ilusorios.

Delitos electorales.—Por más que razonablemente no quepa duda de la existencia de tales delitos, el estado de la opinión y la práctica judicial distan mucho de armonizarse con la teoría. El legislador ha cuidado siempre de imponer severas sanciones á los hechos que atentan contra la verdad del voto, libre y regularmente emitido; pero los resultados efectivos están lejos de compadecerse con sus propósitos más ó menos sinceros, y el vicio, lamentado por todos los partidos políticos, á todos ellos alcanza y contamina. Restablecido el sufragio universal por la ley de 26 de Junio de 1890, á ella habrá de referirse singularmente la parte que nos ocupa, siquiera esta ley reglamente la elección de los Diputados á Cortes, regulándose la de Concejales y Diputados provinciales por el decreto de 30 de Diciembre del mismo año, y la de Senadores por la ley de 1877.

Delitos de imprenta.—Antes de la Revolución de 1868 era común general entre los partidos liberales, y renglón de su programa, la conclusión en el Código común de los preceptos referentes á los delitos de imprenta. El Código de 1870 satisfizo, hasta cierto punto, la aspiración á que aludimos; y decimos hasta cierto punto, porque la satisfacción más en la forma que en el fondo. Así y todo, la Restauración

acaecida después, volvió á resucitar el antiguo sistema para la prensa periódica y el folleto político, dictando la ley de Enero de 1879, cuyo espíritu cambió notablemente la hoy en vigor de 30 de Julio de 1883.

Otras leyes especiales podrían aún citarse, pero las enumeradas son las que merecen preferente recuerdo.

● La legislación penal ha atravesado en todos los países por varias fases ó periodos que suelen denominarse: periodo de la *venganza privada*, periodo de la *venganza divina*, y de la *venganza pública* y periodo *humanitario*.

No se crea que estos periodos se suceden de una manera rigurosa y que terminando uno de ellos, comienza el siguiente, estando uno de otro profundamente separados. No; en cada uno de los periodos, aparecen, entremezclados, principios que corresponden á otra fase de la legislación penal. Así, v. gr., aun dentro del periodo actual, obsérvanse, sin salir de Europa, pueblos que mantienen en sus leyes penales, instituciones que nacieron y tuvieron vida en tiempos remotísimos y que por su espíritu pertenecen á periodos dejados ya atrás en la evolución de la legislación penal de los pueblos civilizados. En la legislación penal de Montenegro, obsérvanse aún huellas del talión (art. 87), y de la composición (art. 33) (1); en el Código vigente en Turquía existe aún la institución del pago del precio de la sangre en los homicidios castigados con la pena de muerte (art. 172) y hasta en nuestro Código elaborado en la época en que el humanitarismo penal había llegado á su mayor desarrollo, encontramos disposiciones francamente inspiradas en un espíritu talional, como el art. 361, que determina que «el Juez que á sabiendas dictare sentencia injusta contra el reo, en causa criminal por delito, *incurrirá en la pena impuesta por la sentencia*, si ésta se hubiera ejecutado...»; el artículo siguiente 362, y el art. 322, relativo al falso testimonio dado en causa criminal en contra del reo, también están impregnados, aun cuando no tanto como el 361, de carácter talional.

Estas disposiciones que, en tiempos y códigos modernos, están tan fuera de lugar y que no encajan, por decirlo así, dentro de la vida jurídica presente, constituyen el fenómeno que en sociología se ha denominado por Tylor «supervivencias». Estas supervivencias, dice Alimena, nos abren una ventana sobre el pasado.

Periodo de la venganza privada.—En los primeros momentos de la vida de la humanidad, sostiene Steinmetz (2), que la reacción contra el delito era una á modo de descarga pasional realizada sobre el primero que llega, aun cuando sea ajeno al delito; una reacción ciega y momentánea ejecutada sin reflexión ni deliberación alguna. Si realmente existió este momento en el desarrollo penal de la humanidad, fuerza es convenir que la venganza privada representa ya un progreso pues el mal de la venganza sólo lo dirige contra el culpable y no contra el primer inocente que se ponga al alcance de los ofendidos.

En los primeros grupos humanos donde el poder social no tenía apenas vigor, cuando los individuos se reúnen en pequeñas agrupaciones, (familia, clan, tribu), la víctima del delito ó sus parientes reaccionan contra la ofensa recibida, infiriendo un mal al delincuente ó á

(1) Alimena, *La legislazione penale del Montenegro*, Roma, 1896.

(2) *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leyde, Leipzig, 1894.

alguno de los miembros de su familia. Los miembros de la familia, la víctima, eran solidarios del ofendido; los miembros de la familia del culpable, son solidarios de éste; de aquí el origen de grandes penas privadas que causaron la desaparición de numerosas familias.

Esta reacción individual contra el delito, daba pues, lugar á más sin cuento. «La venganza, dice Ihering, no reconocía más medida que el grado, meramente accidental y arbitrario, de excitación del individuo lesionado, en lugar de extinguir la injusticia, no hace más que duplicarla, añadiendo á la injusticia que existe, otra nueva».

En vista, sin duda, de estos males, limitóse el derecho de venganza. Su primera limitación fué el *talion*. Todas las legislaciones de los antiguos pueblos de Oriente, contienen numerosas disposiciones inspiradas en el talión. El talión, propiamente, consistía en no poder volver al delincuente un mal mayor que el que éste había inferido á la víctima. «Ojo por ojo, diente por diente», era su bárbara fórmula. Como Pessina dice, en las anteriores páginas, la materialidad de este concepto revela, sin embargo, la eficacia de un principio superior, cual es el de la proporción entre la pena y el delito. Pero, como gran razón, añade este insigne penalista, esta proporción no puede significar otra cosa, sino que tanta debe ser la reacción del derecho contra la injusticia del delito, cuanta fué la acción; y que entre las diferentes clases de penas, la naturaleza de la pena debe corresponder todo lo posible con la naturaleza del mal á que va á contraponerse.

Otra limitación de la venganza privada, tuvo lugar con la aparición de la *composición*, mediante la cual, el ofensor ó su familia avenían, pagando cierta cantidad ó entregando determinados objetos con el ofendido y sus parientes, renunciando éstos al derecho de venganza. La composición tuvo gran importancia en las legislaciones de la antigüedad, sobre todo en los pueblos influídos por el derecho germánico.

Período de la venganza divina y pública.—En esta época el Poder ya más fuerte, se encuentra con suficiente energía para pedir cuentas de sus actos á los delincuentes. En otros países, sobre todo en las antiguas Monarquías asiáticas, el poder social, al juzgar al delincuente, lo hace en nombre de Dios, de quien se juzga representante. El delincuente, ante todo, una ofensa á la divinidad y esta injuria á tan altísimo Poder, exige una pronta reparación para evitar los males que puede acarrear la ira divina desatada por la injuria que le infirió el criminal. Este es ofrecido á la divinidad en sacrificio expiatorio para aplacar su enojo; el delincuente es *hostia piacularis*. En ninguna parte puede verse este sentido religioso de la pena, mejor que en la legislación penal mosaica. La ley dictada por Jehová á Moisés sobre el Sinai, hacía del derecho de castigar una delegación del poder divino. Dios mismo definía los delitos y establecía las penas. El suelo quedaba contaminado cuando se cometía un delito y los sacerdotes y los ancianos imploraban, mediante sacrificios expiatorios, el perdón divino.

En otros pueblos la pena asume más que el carácter de venganza religiosa el de venganza pública. El fin de la penalidad es el mantenimiento de la tranquilidad pública á toda costa, *salus populi suprema lex*. Este fin se consigue mediante el terror y la intimidación que causan la frecuente ejecución de penas crudelísimas é inhumanas. Entonces aparecen en toda Europa legislaciones que castigan bárbaramente, no sólo los atentados contra las personas, contra las propiedades etcétera, sino hasta hechos hoy indiferentes, como los delitos de magia, de demonomanía, ateísmo; hechos juzgados con el rigor más exor-

sivo por los tribunales religiosos, que imponían penas severísimas. Sus autores eran, por las jurisdicciones eclesiásticas, relajados al brazo secular al que competía la ejecución de las penas impuestas.

El desarrollo de la criminalidad era en aquellos tiempos alarmante. Bandos de salteadores y vagabundos, formados en gran parte por desertores de los ejércitos que durante siglos hicieron de Europa un inmenso campo de batalla, recorrían los países asolando comarcas enteras, paralizando el tráfico de los caminos y asesinando á los infelices que caían en su poder. Además, muchos señores feudales, convertidos en caudillos de bandoleros, descendían de sus torres roqueras para saltear en los caminos y veredas á los marchantes indefensos y á los vecinos de aldeas y lugares que caminaban sin fuerza ni protección á los mercados vecinos. En algunos países sus hazañas fueron conservadas por la tradición. Alemania, donde tanto abundaron estos caballeros de ventura, conserva viva aún en el «Burg» de Nuremberg la memoria del «Raubritter» Eppelein decapitado en 1381.

Para luchar contra una criminalidad que revestía formas tan alarmantes, el poder social echó mano, en todos los países, de las penalidades más inhumanas; la pena de muerte se aplicaba con terrible prodigalidad y sus formas de ejecución eran espeluznantes; esta misma pena se agravaba con otros suplicios como el ser arrastrado por las calles hasta el lugar de la ejecución, la aplicación de tenazas incandescentes, etc.; las penas corporales como las mutilaciones, la castración, se imponían con gran frecuencia; á algunos condenados se les arrancaban los ojos, á la mayor parte se les marcaba con el hierro candente la señal infame que los acreditaba como criminales, la exposición en las picotas, en el cepo, la máscara de vergüenza, los azotes constituían la diaria diversión favorita de las plebes ciudadanas, y para coronar este cuadro de horrores, añádase que la confiscación de los bienes se imponía como una de las penas en numerosos casos.

La pena trascendía á los descendientes del reo, y durante cierto número de generaciones, aquéllos formaban una clase aparte desprovista casi de derechos. Ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, eran frecuentes los procesos de los cadáveres, cuya memoria se infamaba; ante la ley reinaba la mayor desigualdad, los nobles, los ricos, los poderosos, pagaban sus delitos con penas pecuniarias, y cuando se les imponían penas corporales se atenuaba su barbarie, en cambio los plebeyos, los hombres del estado llano sufrían las penas más crueles y deshonorosas; el procedimiento penal estaba inspirado en el fin del castigo á todo trance, la instrucción del proceso era secreta, el acusado carecía de defensor; y lo más terrible aún, el tormento en sus formas horripilantes, servía para arrancar la confesión al acusado, aun cuando éste fuera inocente. Por último, reinaba la más espantosa arbitrariedad. Los Jueces y Tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley y hasta la de incriminar, por analogía, hechos no penados como delitos, y de estos poderes formidables abusaron en exceso, pues los aplicaron más que á combatir la criminalidad amenazadora, á proteger determinados regímenes políticos ó sociales.

Este es el espíritu que domina en el Derecho penal europeo hasta las vísperas de la revolución francesa.

Periodo humanitario.—Las primeras manifestaciones de reacción contra la penalidad bárbara, hay que buscarlas en opinión de muchos autores, en el Derecho de la Iglesia. «El Derecho penal canónico des-

cansa sobre las ideas de caridad, de fraternidad y de redención que introdujeron en la penalidad, la piedad, la moderación, con la preocupación de asegurar la enmienda y la rehabilitación del hombre caído. El sistema penitenciario de la Iglesia realiza desde la edad media los progresos que los legisladores contemporáneos se esfuerzan en introducir en las instituciones represivas, y se apoya sobre principios filosóficos que no han prevalecido en las leyes positivas hasta la mitad del fin del siglo XIX. Las penas canónicas no solamente son humanas y están reguladas en condiciones al mejoramiento moral del que las sufre, sino que atendiendo más al delincuente que al delito, su aplicación está calculada de modo que alcance más seguramente este fin haciendo variar su naturaleza y su intensidad según el carácter, el temperamento, la individualidad de cada culpable; la práctica canónica llegó así a realizar, desde los primeros tiempos, la *individualización de la pena*, cuya utilidad apenas comprenden, aun hoy, nuestros Jueces y nuestros legisladores, sin que se atrevan aun á hacerle pasar á la legislación y á la jurisprudencia (1).»

Las penas canónicas eran: la detención perpetua, el internamiento temporal en un monasterio, las penitencias canónicas, peregrinaciones y limosnas y la excomunión, pena de eliminación para los incorregibles.

Por obra del derecho canónico, las penas de libertad que apenas habían tenido ningún desarrollo (2), comienzan á aplicarse con gran extensión. En esta transformación influyó, por una parte, la repugnancia de la Iglesia por los suplicios y mutilaciones, y en general por el derramamiento de sangre. *Eclessia abhorret a sanguine*; y por otra, la virtud moralizadora que la Iglesia ha concedido siempre á la reclusión solitaria, la soledad aproxima á Dios. Ahora, como para el derecho de la Iglesia el delito es ante todo un pecado, por este pecado hay que hacer penitencia y cuando en el siglo VI la penitencia se convierte en una verdadera penalidad moral impuesta por la Iglesia, el medio más seguro de asegurar su ejecución fué la reclusión en un monasterio, *detrusio in monasterium* (3). Esta pena se ejecutó con gran humanidad, con arreglo á las bases establecidas el año 817 en el concilio de Aquisgrán, donde se reglamentó el encarcelamiento en los monasterios bajo la base del aislamiento, con trabajos que ejecutar, libros que leer, y visitas de miembros de cofradías religiosas á la celda del culpable, á quien prodigaban consuelos, buenos consejos y sanas reflexiones.

Parece que á consecuencias de abusos que sobrevinieron al convertirse los abades en señores feudales, decayó el carácter de la prisión canónica, entonces un benedictino francés, Mabillon, en un libro titulado «Reflexiones sobre las prisiones de las órdenes religiosas», propuso la restauración de los principios penitenciarios de la Iglesia. Su petición fijaba los diversos principios que inspiran la justicia secular y la justicia eclesiástica. En la justicia secular se tiene presente ante todo, la conservación y la reparación del orden, y el causar terror á los malos. Pero en la justicia eclesiástica se atiende, sobre to-

(1) Vidal, ob. cit., pág. 18 y siguientes

(2) En la época anterior dominaba respecto de la prisión el concepto de Placiano: *carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet*.

(3) Vid. Cuoha, *Traité de science et de législation penitentiaires*, París, 1806, págs. 296 y siguientes.

das las cosas, á la salvación de las almas. En la justicia secular, presiden comunmente la severidad y el rigor, mientras que en la justicia eclesiástica predomina el espíritu de caridad, de compasión y de misericordia (1).

Esta es la doctrina corriente sobre el influjo de las doctrinas canónicas en la dulcificación y humanización del derecho penal. Un autor francés, Kahn, ha contradicho esta opinión tan generalizada. Kahn, afirma, que el derecho de castigar es, según las palabras de San Pedro, la *vindicta malefactorum*, el castigo de los culpables. El derecho penal canónico, según este autor, prescribe la venganza privada, pero legitima la venganza pública en nombre de la justicia. Los textos canónicos oponen la *vindicta zelo justitie* ó *bono animo* á la *vindicta amore ipsius vindictæ*.

La Iglesia, no obstante castigar solamente los hechos que lesionan el orden social, no ha tomado la defensa social como fin de la penalidad, su fin es la *expiación*. La justicia divina obra también, mediante la *intimidación*; así la Iglesia, dice Kahn, á semejanza del Dios de la Biblia, en los delitos más graves castiga hasta á los muertos y á los parientes del culpable; de aquí las condenas de los animales. La delegación divina del poder,—el derecho de castigar sólo reside en Dios, el hombre sólo castiga por *delegación divina* (2)—, lleva consigo, como consecuencia, un gran rigor en la represión. El delito es una ofensa hecha á Dios: hay que proporcionar la pena á la grandeza del ofendido.

La pena en el Derecho canónico no es más que una venganza de la Iglesia contra el culpable, un mal que ésta le inflige por el mal cometido: «Pena est supplicium, quo quis ob delictum afficitur» dice Reiffenstuel. Ningún medio, dice Kahn, es injusto ni contrario á la equidad para asegurar la represión de los delitos que lesionan los intereses de la Iglesia y los principios de su organización jerárquica:

El cánón 5, VII, V, 9: «.... quod si quis praedictorum filium vel filios habeat, nepotem, vel nepotes per rectam lineam descendentes, beneficiatum seu beneficiatos quovis beneficio, etiamsi pontificalem adeptus vel adepti fuerint dignitatem, sint eis ipso jure privati: spe promotionis omnino sublata.» (Trátase de personas culpables de lesiones ó golpes contra un cardenal).

No sólo el Derecho penal canónico castigó á inocentes, como demuestra el cánón antes citado, sino que en opinión de Kahn, con el fin de intimidación llegó á castigar á los muertos y á privarles de sepultura. El cánón 5, X, V, 7, dice: «Si quis episcopus heredes instituerit extraneos a consanguinitate sua, vel hæreticos etiam consanguineos aut paganos pertulerit, saltem post mortem ei anathema dicatur, atque ejus nomen inter Dei sacerdotes nullo modo recitetur.» Y el cánón 8, X, V, 7: «.... Si autem in hoc peccato decesserit neque sub privilegiorum nostrorum quibuscumque indultorum obtentu, neque sub alia quacumque occasione oblatio pro eo fiat, aut inter Christianos accipiet sepulturam.» (En caso de delitos de heregía). Y añade el autor «es evidente que no se puede considerar la pena infligida al inocente, á la memoria de un muerto ó á su cadáver como un be-

(1) Cit. por Vidal, ob. cit., pág. 19.

(2) «La delegación divina de un poder que no pertenece más que á Dios, tal es la fórmula cristiana del derecho de castigar» (Burnichon). Graciano lo confirma: *Quoniam sacerdos judicat, Deus judicat, cujus personam in ecclesia gerit.*

neficio dispensado al condenado.» Lejos de oponerse á las ideas de venganza y de crueldad que reinaban en el derecho penal laico, la Iglesia admitió penas esencialmente seculares como la multa, el destierro, la prisión, la confiscación de bienes, etc. El principio «Ecclesia abhorret a sanguine» está, de hecho destruido por el llamamiento al brazo secular, verdadero mandato conferido por la Iglesia al príncipe con el fin de castigar á aquel á quien ella ha reconocido culpable y hacerle perecer por el hierro ó por el fuego cuando juzga las penas que puede pronunciar insuficientes para la represión del delito (1).

La mayor parte de los penalistas, creen decididamente en el humanitario y progresivo influjo del Derecho penal canónico. Saleilla en su libro *L'individualisation de la peine* (París, 1898), dedica páginas entusiastas á probar el alto sentido que inspiraba esta legislación y esta es la creencia más generalizada. Sin embargo, algunos de los autores modernos más ilustres, Alimena, manifiesta que sobre este asunto nada puede decirse con seguridad, y otro, no menos reputado, Manzini, comparte la opinión de Kahn (2).

El espíritu humanitario y progresivo contenido en las prescripciones canónicas, no fué suficiente para conseguir una honda renovación en las leyes y costumbres penales de la Edad Media. La rudeza de los tiempos, la incultura de los pueblos, era sobrada y escusaba el desarrollo alcanzado por los sentimientos de humanidad, era, pues, preciso el transcurso de muchos años para que un estado más floreciente de cultura y un refinamiento del sentimiento colectivo de piedad hiciesen posible el cambio profundo que tan necesario era.

Hugo Grotius, al sentar las bases del Derecho natural, comienza la batalla. Le siguen Hobbes y Spinoza y Locke, que señalaron, entre otros fines de la pena, el de la enmienda del delincuente. En Alemania continuaban la lucha Pufendorf y Cristian Wolff, defensores del racionalismo del Estado encargado de la justicia criminal en contra del Derecho tradicional, romano y canónico.

En Francia, Diderot, d'Alembert, d'Holbach, Helvetius y Montesquieu protestaron contra la barbarie de la penalidad en nombre de la utilidad social. Voltaire influyó más aún. En 1762 un protestante, Jean Calas, injustamente, fué condenado á muerte por el asesinato de su hijo; Voltaire entonces publicó uno de sus escritos más vibrantes é inspirados, acusando á los tribunales franceses de haber cometido un homicidio judicial; el efecto que produjo la intervención de este ilustre filósofo fué enorme y preparó hondamente los espíritus para la reforma que pocos años tarde, se verificó con la aparición del libro de Beccaria *Dei delitti e delle pene*.

Nada tengo que decir sobre la transformación que en el Derecho penal produjo la obra de este ilustre milanés; Pessina trata este asunto en sus páginas con su gran competencia.

Pessina, en cambio, nada dice sobre una de las figuras más importantes de la época humanitaria del Derecho penal sobre Howard (3).

(1) Louis Kahn, *Étude sur le délit et la peine en droit canon*, París, 1898. Véase especialmente 31, 32, 33, 34.

(2) Alimena, *Principii di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1910, pág. 37; Manzini, ob. cit. vol. I, pág. 33.

(3) Nació en Hackney, hoy un arrabal de Londres, en 1726; fué nombrado Sheriff del condado de Bedford en 1773; recorrió movido por su piedad toda la

Arrastrado por su amor al prójimo, visitó las cárceles y los hospitales de muchos países de Europa. En España, en el año de 1783, visitó las cárceles de Badajoz, de Toledo, en Madrid la «cárcel de Cortes», la «cárcel de la villa», la «cárcel de la Corona» y la casa de corrección de San Fernando, las cuatro cárceles de Valladolid, la de Burgos y la de Pamplona.

En casi todas partes tuvo ocasión de observar las deplorables condiciones en que se encontraban los presos. Yacían amontonados en calabozos infectos, sin luz ni aire, sometidos á una alimentación miserable, abandonados de todos, sin socorro alguno, ni moral ni material, y como colmo á tanta desventura, dominaba la promiscuidad más espantosa; niños y viejos, reincidentes y delinquentes primarios, delinquentes políticos, con condenados de derecho común.

Nuestro país, al contrario de lo que sucede hoy día, era casi un modelo en sus instituciones penales, fuera de algunas justamente censuradas por Howard; la mayor parte merecen sin reserva sus alabanzas.

La vista de tantos horrores é inhumanidades presenciados en sus viajes, dieron como resultado la publicación de su famoso libro *El estado de las prisiones*. En sus páginas propone un sistema completo para el tratamiento de los presos; así, pues, la obra de Howard es más limitada que la de Beccaria, pues es meramente penitenciaria. Ante todo, como hombre profundamente religioso, sostiene que la religión es el medio más formidable de reforma moral, por tanto, concede una gran importancia á la reforma moral de los detenidos; el trabajo es también para él otro gran medio de moralización, y así sucesivamente reclama mayor higiene en las prisiones, mejor régimen alimenticio y la separación individual de los detenidos (1). El libro de Howard tuvo gran resonancia, no sólo en Inglaterra sino en Europa, sus escritos que se divulgaron por todos los países é interesaron y conmovieron á todos los hombres de buena voluntad; con esto preparó la opinión para la gran reforma penitenciaria, que no se hizo esperar mucho tiempo.

Las concepciones de Beccaria y de Howard, sobre todo del primero, produjeron un efecto considerable en la transformación de las instituciones penales. No sólo influyeron en las ideas científicas de su tiempo, sino también en la legislación penal que en muchos países sufrió hondas reformas. Mas no insistiré sobre este punto, pues en las páginas anteriores expone Pessina la labor de los monarcas reformistas.

ropa, visitando prisiones y hospitales. Murió de una fiebre carcelaria en Khermon (Rusia) en 1790.

(1) Su libro *State of Prisons*, fué publicado pocos años más tarde en francés. *Etat des prisons, des hopitaux et des maisons de forces*, Paris, 1783. Poco después de la aparición del libro de Howard (ya antes había publicado *The state of the prisons in England*, Washington, 1770; *An Account of the present state of the prisons and houses of correction in Midland Circuit*, London, 1789, aparece algunos años después), se publican otros muchos encaminados al mismo fin de renovar el tratamiento de los presos. Pueden citarse entre otros Jeremiah Fitzpatrick.—*An essay on gaol abuses and on the means of redressing them, together with prisoners are most incident*, Dublin, 1784; Joseph John Gurney.—*Notes on a visit made to some of the prisons in Scotland and the North of England*. London, 1819; James Neild, *State of the prisons in England, Scotland and Wales*. London, 1812.

El verdadero afianzamiento de las nuevas ideas se produjo merced al influjo de la revolución francesa, cuyos códigos, como reacción contra la legislación penal del antiguo régimen, las acogieron en su seno y las difundieron por toda Europa; casi todos los códigos penales europeos, más ó menos provenientes del Derecho penal de la revolución, les dieron franca entrada en su articulado. Pessina estudia la aplicación de estas nuevas legislaciones; por tanto nos remitimos á cuando allí expone este ilustre penalista.

Todo este Derecho penal revolucionario, descendiente en línea recta de la transformación iniciada por Beccaria, con más ó menos variación, constituye aún el fondo de la mayoría de los códigos y leyes penales vigentes en la actualidad.

Este Derecho penal ha originado muchos beneficios, ha dulcificado y humanizado las penas, haciendo desaparecer la pena de muerte en unos países y reduciendo en otros el número de casos de aplicación; ha abolido, casi en todas partes, las penas corporales y las infamantes; ha construído nuevas prisiones dotadas de toda clase de requisitos exigidos por la higiene y por el fin de la reeducación del condenado; y no ha descuidado á éste después de su reingreso en la vida libre, vigilándole y asistiéndole con juntas y sociedades de patronato. Pero, no obstante, el bien que ha causado, sobre todo desde el punto de vista filantrópico y humanitario, es un sistema en completa bancarrota y científicamente está ya, como en la práctica, en completo descrédito.

La criminalidad, bajo el régimen humanitario, no sólo no ha disminuído, sino que ha aumentado en todas partes, y aumenta, en proporciones alarmantes; el número de los delincuentes reincidentes sobre todo, crece con espantosa rapidez, y el progreso de la criminalidad juvenil es tal, que ésta parece ser un triste privilegio de la época presente.

La causa de este fracaso hay que buscarla en el defecto capital de este sistema. Este ha vivido en la abstracción más completa. Al concebir el delincuente, no como un sér vivo y operante, sino como un tipo abstracto imaginado por la razón, fuera de la realidad de las cosas; ha concebido el delito, no como una porción de esta realidad, sino como una fórmula jurídica abstracta inscrita en un código; ha concebido la pena, no como una defensa apropiada al ataque, sino como un sistema abstracto debido á la ciencia de los criminalistas. La justicia penal, aislándose así de la vida universal, está contenida en los libros; todo el Derecho penal se convierte en una escolástica estéril que llega á la superficie, pero que no penetra el fondo de las cosas.»

«También ha procedido por vía de generalización, tomando como punto de partida el tipo ficticio y convencional del hombre razonable, ha creído fundidos en el mismo molde á todos los delincuentes y susceptibles de ser enmendados por la misma pena; la prisión, y particularmente la prisión celular, se ha convertido en eje del sistema repressivo, en la única penalidad; así no ha podido tener en cuenta la infinita variedad de la naturaleza humana y de las múltiples categorías de delincuentes que en la vida se encuentran (1).»

(1) Prins *Science pénale et droit positif*, p. 13; en sentido análogo Ferri, *La justicia penal* (trad. española).

Un nuevo período se ha iniciado; podríamos denominarlo *período científico*, y es el llamado á inspirar las legislaciones del porvenir.

El progreso que en los últimos años ha tenido lugar en las ciencias auxiliares del Derecho penal, sobre todo en la antropología y la sociología criminal y en la psiquiatría, no ha podido menos de tener eco profundo en el campo jurídico donde los penalistas más progresivos han acogido con entusiasmo los nuevos datos aportados por estas ciencias. Sólo los estudiosos aferrados por sistema á las ideas tradicionales rechazan la vivificación de las doctrinas jurídicas con datos provenientes del campo experimental. Pero afortunadamente, éstos son una minoría cada vez más reducida; en cambio, el número de los espíritus progresivos aumenta sin cesar. Por obra suya ha aparecido una formidable asociación de criminalistas «La Unión internacional de Derecho penal», donde se agrupan penalistas de distintos países y de diversas tendencias. Esta asociación, cuya labor científica es colosal y cuyo influjo en la formación del Derecho penal positivo crece cada día, considera que es preciso hermanar el estudio jurídico del delito como fenómeno social. «La Unión internacional de Derecho penal», dice el art. 1.º de sus estatutos, estima que la criminalidad, por una parte, y los medios de luchar contra ella, por otra, deben considerarse, tanto desde el punto de vista antropológico y sociológico, como desde el punto de vista jurídico.

Su fin es el estudio científico de la criminalidad, de sus causas y de los medios adecuados para combatirla.»

Los trabajos legislativos más progresivos del momento actual, los que nos indican lo que será el futuro Derecho penal, son sin duda alguno el proyecto de Código penal federal suizo, el proyecto de Código penal alemán y el de Código austriaco, los tres son producto, ó por lo menos se hallan influidísimos por las doctrinas de la Unión internacional de Derecho penal. Pues bien; estos proyectos, como en las doctrinas de la Unión, y en las de todos los penalistas que no representan la vieja rutina, han cambiado las concepciones fundamentales. El delito pierde importancia como base de la penalidad; en cambio el delincuente, como eje de la represión, adquiere mayor valor y ya no se le estima, como antes se hacía, de un modo unilateral, á modo de un tipo abstracto, dotado de las mismas ideas y sentimientos que los demás hombres, sino que, como en la realidad sucede, se forman varios grupos de delinquentes, distintos entre sí, no sólo por las causas de su criminalidad, sino también por ser diversidad psíquica y social. Estos grupos son el de los delinquentes de ocasión, el de los delinquentes de profesión y el de los delinquentes patológicos.

Los primeros carecen propiamente de tendencia al delito, pero carecen de fuerza de resistencia ante las influencias exteriores ó ceden al ímpetu de una pasión violenta. Los profesionales son verdaderas naturalezas delinquentes, nacidos á veces con ciertas inclinaciones al delito; la influencia de factores sociales, y en ciertos casos individuales, modelan la personalidad de estos delinquentes que constituyen una clase social determinada. Los delinquentes patológicos no son solamente los francamente alienados, sino que con este nombre se distingue toda una gran cantidad de anormales, imbéciles, epilépticos, maniacos, alcohólicos, etc., que se encuentran en la zona existente entre la sana razón y la completa anormalidad mental.

A cada grupo de delinquentes corresponde un tratamiento especial, pero la especialización no se detiene en el grupo, llega al individuo; la pena ó el tratamiento se individualiza por completo, y de

acuerdo con tal objeto se impone la pena, unas veces como del social, otras como corrección, como intimidación otras, etc.

● Resumiré aquí los puntos capitales expuestos en las páginas anteriores.

La legislación penal ha atravesado en casi todos los países por períodos sucesivos: *a)* período de la venganza privada; *b)* período de la venganza divina y de la venganza pública; *c)* período humanitario.

La *venganza privada* aparece en aquellos momentos de la vida de los pueblos en que el poder social carece de vigor para ejercer la acción represiva. Entonces la víctima del delito ó sus parientes rean contra el hecho criminal, infiriendo al delincuente ó á los miembros de su familia otro mal generalmente mayor que el recibido. Como esto daba lugar á nuevas venganzas que producían grandes males hasta hacer desaparecer familias enteras, se limitó el derecho de venganza mediante el *talión* y la *composición*.

El talión consistía en devolver al delincuente un mal igual al del delito, «ojo por ojo, diente por diente»; era su fórmula. Mediante la composición, el ofendido ó sus allegados renunciaban el derecho de venganza mediante una indemnización.

La *venganza divina* y la *venganza pública* marcan una época en la que la autoridad ya se halla fuertemente constituida y tiene suficiente para reprimir por sí misma los hechos delictuosos.

En algunos países se considera que el delito es una ofensa á la divinidad y el delincuente se sacrifica á ésta para detener su cólera. En otros países la pena se aplica para mantener el orden social y afianzar la seguridad pública. Para conseguir este fin no se repusieron los medios y se aplicó una penalidad bárbara é inhumana.

El derecho penal en esta época se caracteriza: por la crueldad excesiva de las penas, por la falta de personalidad de éstas que con frecuencia recaen también sobre los descendientes del delincuente, por la monstruosa desigualdad ante la ley, pues mientras á los poderosos les imponían penas más suaves, generalmente pecuniarias, á los pobres se les castigaba más duramente; la instrucción del proceso secreta y los derechos del procesado eran desconocidos; se hacía extensa aplicación de la tortura como medio de obtener la confesión del delincuente, y reinaba la arbitrariedad más espantosa, pues los jueces tenían facultades no sólo para agravar las penas, sino también para crear otras nuevas y para castigar como delitos aquellos hechos que en su opinión merecieran una pena.

Como reacción contra la barbarie de este período, aparece el denominado *período humanitario*, cuyos primeros precedentes se encuentran en el espíritu del derecho penal de la Iglesia. Este derecho, inspirado en el Evangelio, descansa sobre ideas de caridad y de amor al prójimo y tiende sobre todo á la corrección y mejora del delincuente. El derecho penal de la Iglesia humanizó las penas y dentro de su sistema concedió una gran amplitud á las penas de prisión como las adecuadas al fin del mejoramiento moral del reo.

El movimiento humanitario que tuvo mayor eficacia en el derecho penal arranca de tiempos no muy lejanos. Las doctrinas de Grotius, Hobbes, Spinoza y Locke y más tarde las doctrinas de los enciclopedistas y sobre todo de Voltaire, censurando el bárbaro sistema reinante, prepararon hondamente el terreno para la revolución que era necesaria, y Beccaria, con su libro famoso, la llevó á cabo no sólo

el terreno de las ideas científicas, sino también en el campo del derecho positivo.

Paralela á la acción de Beccaria fué la de Howard, que después de visitar numerosas prisiones de varios Estados europeos, censuró con ardiente celo el estado inhumano de las cárceles y sentó las bases sobre las que debía descansar el tratamiento penal en las penas de prisión: educación religiosa, trabajos que realizar, un buen régimen higiénico y alimenticio y la separación celular.

Los Códigos penales de la Revolución francesa afianzaron la reforma penal, sobre todo la proveniente de Beccaria, é influyeron en otras muchas legislaciones europeas.

El Derecho penal de la época humanitaria es el que hoy inspira la mayor parte de los códigos vigentes, y ha producido grandes beneficios desde el punto de vista de la humanidad y la dulzura (atenuación de la penalidad, supresión de las penas corporales é infamantes, supresión de la pena de muerte ó disminución de los casos de aplicación, etcétera), pero no ha tenido éxito alguno en su lucha con la criminalidad, pues ésta aumenta cada vez con más fuerza y aumentan á su vez la reincidencia y la criminalidad de los menores. Las causas de este fracaso son, en primer lugar, el haber considerado el delito, la pena y el delincuente como entidades abstractas, sin observar la realidad y la vida, y en segundo, que ha tomado como punto de partida un tipo humano ideal y ha creído iguales á todos los delincuentes y susceptibles de ser tratados por las mismas penas.

Hoy aparecen señales indudables de que la justicia penal se encamina á un nuevo período, que podría denominarse *científico*. Los progresos verificados en la antropología y sociología criminal, psiquiatría, etc., han suministrado datos importantísimos al Derecho penal, que abandonando las abstracciones en que yacía en el período anterior, hace hoy de la pena, del delito y del delincuente un estudio natural y jurídico. Como consecuencia de esto, han llegado á establecerse tres grandes grupos de delincuentes: a) de ocasión; b) profesionales, y c) patológicos, aplicándose á cada uno distinto tratamiento penal. Pero la pena no sólo varía con la clase de delincuentes, sino también según el delincuente; se individualiza en su aplicación á cada caso concreto, y mientras unas veces tiende á la defensa social, otras se propone el fin de la corrección y otras el de la intimidación y otras otros fines diversos.

Este nuevo espíritu se manifiesta especialmente en los proyectos de Código penal alemán, de Código penal federal suizo y de Código penal austriaco. Estos proyectos legislativos, todos ellos de un extraordinario valor científico, nos dan una idea aproximada de lo que será el Derecho penal en los tiempos venideros.

● Ni el texto de Pessina, ni las notas del Sr. Aramburo pueden contener noticia alguna sobre la más antigua ley penal hoy conocida, sobre el Código de Ammurabi, pues su descubrimiento es muy posterior á las épocas respectivas, en que estos dos ilustres maestros, escribieron las páginas que preceden á estas líneas.

En las excavaciones llevadas á cabo en 1897 á 1899, en Susa, por la misión Morgán, se descubrieron entre una gran cantidad de monumentos de la época pre-persiana, una inscripción labrada en caracteres cuneiformes sobre un escudo de Ammurabi, Rey de la primera dinastía de Babilonia (próximamente dos mil doscientos cincuenta años

antes de la Era cristiana). El asiriólogo alemán Hugo Winkler descifró y tradujo al alemán toda la inscripción de Ammurabi, menos algunas disposiciones ya borradas, pero que pudieron suplirse con copias de la Biblioteca de Asurbanipal y con otras memorias babilónicas del Museo de Berlín.

Lo que primero sorprende al examinar este Código, es cómo ha podido liberarse de los conceptos religiosos que informan todos los Códigos de los otros pueblos de Oriente. Otra sorpresa que reserva al estudioso, es la distinción que hace entre los hechos ejecutados voluntariamente y los realizados por mera imprudencia ó negligencia. La venganza es casi desconocida en este Código; no se permite ni aun el caso de flagrante delito, exceptuando el adulterio (la ley 129, dice: «Si alguno sorprende a su mujer yaciendo con otro, puede atar á ambos y arrojarlos al agua...»). El talión tiene gran desarrollo en esta ley penal, algunas veces llega á extremos inconcebibles. La ley 229 dispone: «Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, dése muerte á aquel maestro.» Y la ley 230: «Si mata al hijo del dueño, dése muerte al hijo del maestro de obras.» En otros muchos casos consagra el talión, así será muerta la hija de aquél que cuando pes provocó un aborto (ley 210); será muerto el hijo del que mató aunque fuese involuntariamente, al hijo de otro (ley 230). «Si uno mata á otro un ojo, pierda el ojo suyo» (ley 196); «si alguno rompe á otro el hueso, rómpasele el hueso suyo», etc. Admítese, además de la pena de muerte, cuya aplicación es muy frecuente, la pena de azotes que se aplicaba con disciplinas formadas por tiras de buey; la marca que se hacía en la frente, y las penas pecuniarias que tienen el carácter de compensaciones.

Manzini (2), que ha comparado minuciosamente las disposiciones de la ley de Ammurabi con la legislación mosaica, sostiene que el Código babilónico es muy superior y denota mayor progreso jurídico. Por estas consideraciones, no duda en afirmar que puede colocarse la cabeza de todas las legislaciones penales de Oriente.

● He aquí algunas noticias sobre el Derecho penal germano ampliando la exposición que hace Pessina del contenido de esta legislación.

La venganza de la sangre (*Blutrache*) no se encuentra en ninguna de las fuentes del Derecho penal germano, implantada con tan poca extensión como en el *Gragas*, de Islandia. Según esta ley, el hombre herido tenía el derecho de vengarse durante todo el tiempo que transcurría hasta la próxima asamblea popular y si moría, sus parientes gozaban igual derecho. Este derecho se extendía también, durante igual tiempo, á todos los que se encontraban en el lugar en que el delito se había realizado. En caso de homicidio, también eran válidos estos plazos para las mismas personas. Según el Derecho de Islandia se permitía, además, vengar con la muerte la seducción de mujeres. El empleo de tres expresiones insultantes que las leyes determinan para que profería tales injurias se ponía fuera del derecho, perdía la persona respecto de todos los que se encontraban en compañía del injuriado.

(1) *Die Gesetze Hammurabis König von Babylon*, Leipzig, 1908.

(2) *Il diritto penale nella più antica legge conosciuta*. Rivista penale, LVII. Traducción española en *Paleontología criminal*. Madrid.

en el momento de la ofensa. El individuo que recibía un golpe tenía el derecho de vengarlo, así como los que lo acompañaban, durante el tiempo que quedase de él alguna huella, y en este caso se permitía la venganza á otras personas sólo hasta al día siguiente al en que se cometió el delito. Los golpes que no dejaban señal alguna no daban derecho á venganza alguna, á no ser que ésta se tomara en el mismo momento en que la ofensa se infringió (1).

La pérdida de la paz y del derecho, denominada *Friedlosigkeit*, constituía la exclusión de la comunión jurídica, de tal modo, que la persona á quien se había declarado excluida de la paz (*friedlos*), perdía toda protección y era considerada como un enemigo de su pueblo y de su Rey. El que quedaba excluido de la paz ó proscrito no estaba solamente excluido de la sociedad humana, es decir, de la comunidad jurídica de su pueblo y asimilado á las bestias de los campos y de los bosques, sino que todos tenían el derecho, y á veces hasta la obligación de matarle. En Islandia, sobre todo, hicieron esfuerzos extraordinarios para exterminar á los proscritos. Como el *Gragas* disponía la pérdida de la paz hasta para los delitos más leves y como los proscritos se encontraban en la imposibilidad á salir de Islandia, tanto por la prohibición de las leyes como por la situación geográfica de la isla, los ciudadanos pacíficos estaban expuestos á los daños y vejaciones de estos desdichados que no tenían que perder más que la vida. El estado fijaba un precio sobre la cabeza de cada proscrito, suma que pagaban todos los miembros del común; el que mataba á un proscrito ó lo entregaba á sus enemigos tenía derecho á reclamar este precio. Según una costumbre, que más tarde desapareció, se quemaba la habitación del proscrito para extinguir por completo su recuerdo.

El sistema de las composiciones funciona al lado de la exclusión de la paz, generalmente para las infracciones de menor gravedad. Las fuentes mencionan dos clases de composiciones extrajudiciales, determinadas por árbitros especiales y judiciales.

En las composiciones judiciales hay que distinguir tres elementos: el *Wergeld*, la *Busse* y el *Friedegeld*. Los autores no están de acuerdo sobre la significación del *Wergeld*. Según Wilda, significa el *Veri-geld* ó la *compositio homicidii*. Es el precio del hombre muerto. La palabra se deriva de *wer* ó *vir* y significa, pues, *capitis aestimatio*, *mangeld*, *mansom*. La *capitis aestimatio* era la multa capital entre todas las multas prescritas por las leyes. Cada uno estaba tasado, por decirlo así, según su posición, su edad y su sexo. Aceptando la palabra *Wergeld* en dicha acepción, es lógico que las fuentes mencionen un *Wergeld* de mujeres, un *Wergeld* de pájaros y de cuadrúpedos. En general, la palabra *Wergeld* tiene la misma significación que precio, valor de la vida, ó, mejor dicho, la reparación pecuniaria del daño causado al individuo por el delito. Por *Busse*, se entiende el dinero pagado como pena á la persona lesionada ó á su familia, además del *Wergeld* que debe considerarse como una indemnización de carácter privado. Y por *Friedegeld* (*fredus*, *fredum*) debe entenderse el dinero que se paga en adición al *Wergeld*, pero no al ofendido ó á su familia, sino al común. De este modo el individuo que había sido excluido de la paz volvía á ser miembro de la comunión jurídica de su pueblo (2).

(1) Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, pág. 160 y sigs.

(2) Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, p. 224 y sigs; G. Geib, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* Leipzig, 1881, vol. I, p. 166.

En la época de los derechos populares la *Friedlosigkeit*, se le considerablemente y la composición formó la regla general. El *degeld*, dejó de pagarse al común, se pagó al rey ó á sus oficiales. Al lado de las penas pecuniarias aparecieron las penas corporales las que comenzó á manifestarse el carácter público de la pena, tras que su carácter privado se acentuó sobre todo en las penas pecuniarias. Al principio las penas corporales no se aplicaron más que á los esclavos, ó á las infracciones que se consideraban dignas de un esclavo, como el asesinato y el robo. Cuando los derechos populares cedieron su lugar al derecho consuetudinario y este fué codificado en varios libros, el carácter privado de la pena continúa siendo el principal, como lo demuestra el hecho de ser la multa la pena más corriente y la más general. La composición se mantiene aún, pero el *Triedel* deja su puesto á la *Wette*, mientras que la multa y el *Wergeld* aplican cada vez menos. Por *Wette* debe entenderse la pena pecuniaria que se paga al Juez (2).

● He aquí, á continuación, una exposición del derecho penal en vigor en la actualidad en los pueblos civilizados. Como fuentes de esta materia pueden consultarse, el *Annuaire de legislation comparée* publicado por la «Société de législation étrangère» de París; la *Legislation pénale comparée*, Berlín, 1894, publicada por la Unión internacional de Derecho penal, bajo la dirección de von Liszt, y obra de Swinderen, *Esquisse du droit penal actuel dans les Pays-Bas et l'Etranger*, Groningue 1891.

También es una fuente de primer orden la obra colosal que ha servido de base para la reforma del Código penal alemán, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, 15 vols., Berlín, 1905 1909.

Francia se rige por el Código penal de 1810, en el que se han introducido á partir de 1832 numerosas reformas. Los Códigos del Principado de Mónaco, del gran ducado de Luxemburgo y el Código penal de Ginebra (1867) están enteramente, sobre todo el primero, calcados sobre la ley francesa.

En Portugal, el vigente Código lleva la fecha del 16 de Septiembre de 1836; este Código tiene también vigor en las colonias.

Italia se rige por el Código de 30 de Junio de 1889, entrado en vigor el 1.º de Enero de 1890, se aplica también á Eritrea; pero en los países contra los indígenas, el Juez debe armonizar las disposiciones del derecho de la metrópoli con antiguas tradiciones indígenas.

Alemania en 1870 confeccionó un Código penal para la Confederación del Norte, verificada la unidad alemana y proclamado el imperio en 1871 aquel Código se transformó en 1872 en Código penal imperial. Este Código se aplica también á sus colonias africanas.

En el momento actual trátase en Alemania de renovar su legislación penal. Esto ha originado una fecunda lucha entre las varias escuelas penales que tratan de imponer sus doctrinas en el nuevo Código. Existe un anteproyecto redactado por una comisión para el anteproyecto (Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission. Veröffentlicht).

(1) Geib, *Lehrbuch*, vol. I, p. 174 y sigts.

(2) Swinderen, *Esquisse du droit penal actuel*, t. 1.º Groningue, 1891, págs. siguientes.

auf Anordnung des Reichs Justizamts. Berlín, 1909) y un proyecto, hecho sobre el anteproyecto, no publicado aun. Los profesores von Liszt, Kahl y Goldschmit de Berlín, y el profesor von Lilienthal de Heidelberg, han publicado un contraproyecto al citado anteproyecto (*Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs*, Berlín, 1911).

Austria posee un código de 1852. También en este país agítase la opinión en torno á la reforma del código penal. Ya existe un anteproyecto.

Suiza carece de unidad en la legislación penal. Sólo la ley federal de 1853 es aplicable en toda la confederación á los delitos cometidos contra la misma. Los cantones tienen cada uno su legislación propia. Las diferencias existentes entre el derecho de los diversos cantones son de consideración, pero puede decirse que en general los cantones alemanes se inspiran en el Derecho alemán, mientras que los franceses se inspiran en el Derecho francés.

El cantón de Lucerna se rige por el Código de 1860; Basilea, ciudad, tiene el Código de 1872, y Basilea, campiña, el Código de 1873; Zurich, el Código de 1871, modificado en 1897; Schaffhausen, el Código de 1859; San Galo, el Código de 1886; Argovia, el Código de 1868; Glaris, 1867; Obwalden, el Código de 1864; Glavis, el Código de 1867, modificado en 1899; Appenzell (Rhodas interiores), el de 80 de Abril de 1899; Appenzell (Rhodas exteriores), el de 1878; Zug, el de 1876, modificado en 1876; Tesino, el de 1873; Friburgo, el de 1873; Schwyz, el de 1881; Soleure, el de 1885; Neuchâtel, el de 1891; Ginebra, el de 1874. Los cantones de Uri y Niederwalden carecen de Códigos.

En este momento se trabaja en la reforma penal en Suiza, tendiéndose á la publicación de un Código penal federal. Los trabajos preparatorios confiados al profesor Stooß, de Viena, han dado lugar á la formación de tres proyectos: uno en 1893, otro en 1901 y otro en 1903.

Holanda se rige por el Código de 1831, que es uno de los más perfectos que existen en la actualidad.

Hungría para los delitos tiene un Código de 1878, en vigor desde 1880; para las contravenciones un Código de 1889.

Rusia posee el Código de 1903, y Finlandia tiene vigente un Código propio de 1889.

Noruega cuenta con uno de los Códigos de orientación más moderna entre los existentes, el Código de 1900. Suecia tiene vigente un Código de 1864, y Dinamarca un Código de 1886.

En Inglaterra é Irlanda se halla en vigor el mismo derecho. Aquí no existe Código penal, sino que toda la legislación en esta materia tiene por base el *common law*, la jurisprudencia, y el *statute law*, el derecho estatutario. De todos los estatutos en vigor, los más importantes son los comprendidos bajo el nombre de *Criminal law consolidation statutes* de 1861, que comprenden los delitos contra las personas y la propiedad. Los proyectos de Código penal presentados al Parlamento en 1878, 1879 y 1880 fueron rechazados.

Escocia tiene una legislación propia, y, como la inglesa, se compone de leyes escritas y doctrina emanada de la jurisprudencia.

Inglaterra ha dado Códigos penales á algunas de sus colonias. La India tiene un Código penal desde 1860; el Canadá, desde 1892; el Cabo, desde 1886; Costa de Oro, desde 1892.

En Turquía impera el Código de 1858, inspirado en el Derecho francés.

Bulgaria, que hasta 1895 se había regido por el Derecho turco, tiene

un Código propio desde 1896. Servia está regida por el Código de Rumanía por el de 1864, muy inspirado en el Código francés. Grecia, en fin, se rige aun por el Código de 1834, modelado sobre el Código bávaro de 1813.

Los Estados Unidos poseen una legislación penal que tiene fundamentos muy análogos á los del Derecho inglés. Cada uno de los Estados que componen la confederación posee su derecho propio; el número de Códigos y leyes penales en vigor, es muy numeroso. Los delitos en materia federal están previstos por algunas leyes federales que tienen carácter general. En los últimos años se han hecho con éxito alguno, tentativas de codificación general. En 1901 se publicó un proyecto de Código penal federal.

Méjico tiene también un Código vigente en toda la confederación para los delitos federales, el Código de 1871. Pero además, cada Estado posee su legislación penal propia.

En Costa Rica, está vigente el Código de 1880; en San Salvador, el de 1881; en Honduras, el de 1880; en Guatemala, el de 1889; en Nicaragua, el de 1891; en Bolivia, el de 1834; en el Perú, el de 1862; en Colombia, el de 1890; en el Uruguay, el de 1889; en el Paraguay, el de 1880; en Venezuela, el de 1897; en el Ecuador, el de 1873; en Chile, el de 1874, y en la República Argentina, el de 1886, en vigor desde el 1.º de Marzo de 1887, en 1891, en 1895 y 1900, se presentaron proyectos para reformar el Código vigente. Casi todos estos Códigos que acabamos de enumerar están inspirados en nuestro Código, á excepción de los Códigos uruguayo y venezolano sumamente influidos por el Código italiano.

El Brasil, se rige por el Código penal de 1890.

El Japón, por el reciente de Abril de 1907.

En Siam, está en vigor el Código de 1.º de Junio de 1908.

En Egipto, el Código de 1883.

● Nada dice el Sr. Aramburo sobre el Derecho penal de la España primitiva. Es lógico este silencio del ilustre penalista, pues en la época en que escribió las notas anteriores, apenas nada se conocía sobre el asunto. Tan sólo los Sres. Hinojosa y Pérez Pujol le dedican unas pocas líneas (1). Posteriormente ha aparecido un interesante trabajo del Sr. Dorado Montero, hecho sobre notas que Costa escribió expresamente para él. Aquí ya se encuentra alguna noticia más detallada sobre las instituciones penales que probablemente fueron las instituciones penales de aquellos pueblos tan remotos (2).

Hay que decir, ante todo, al estudiar el Derecho penal de nuestros antepasados más remotos, «que la Península ibérica en los tiempos anteriores á la dominación romana, contenía un conjunto sumamente abigarrado de tribus y pueblos que se hallaban en diferente grado de civilización; y que, así por esta causa como por efecto de los distintos orígenes de que probablemente procedían tales tribus, y por otros influjos culturales, las instituciones habrían de ser bastante diversas, y, por consiguiente, muy distintas de las que hoy tenemos en vigor».

(1) Hinojosa, *Historia general del Derecho español*, tomo I, Madrid, 1887, pag. 7. Pérez Pujol, *Historia de las instituciones sociales de la España goda*, Madrid, 1896, paginas 56-58.

(2) P. Dorado, *Contribución al estudio de la Historia primitiva de España*, Madrid, 1901.

iguiente, lo que respecto de unas tribus y pueblos puede considerarse como seguro ó probable, no cabe atribuirse sin más á otros ó á todos (1).

Parece, sin embargo, que la organización gentilicia hubo de ser muy general entre los iberos. La *gens* desempeñaba la función de ser una institución de mutua defensa, de venganza y de guerra». Las penas que se inferían á cualquier miembro de la *gens* se vengaban por medio de la guerra privada que hacían los miembros de esta *gens* contra los miembros de la *gens* á la que pertenecía el agresor, ó mediante la composición, transacción, etc. Pero dentro de la *gens* ¿qué sucedía? Cuando alguno de sus individuos cometía, dentro de su propio seno, algún delito, ¿cómo tenía lugar su represión? El Sr. Hinojosa dice que la potestad penal de la *gens* sobre sus miembros se ejercía especialmente expulsando de la *gens* al que era juzgado indigno de seguir perteneciendo á ella», mas no aduce prueba de su afirmación; el señor Dorado, ante la oscuridad que envuelve esta cuestión, parece inclinarse á creer que habiendo permanecido impenetrable la vida de la *gens*, por ser enteramente privada, también ha permanecido desconocida para nosotros la manera como se verificaría en ella la función penal.

Respecto de las penas aplicadas en la España primitiva, las noticias que se poseen emanan generalmente de escritores griegos y romanos. Según nos ha transmitido Estrabón, los parricidas eran sacados de la ciudad y lapidados; los demás condenados á muerte eran despedidos. Los lusitanos, según el testimonio del mismo, sacrificaban prisioneros de guerra ante los altares de su Marte nacional: los sacerdotes eran augures que buscaban en las entrañas palpitantes de los sacrificados signos para sus agüeros ó adivinaciones. También, dice, consagraban á Marte manos cortadas á los prisioneros de guerra.

La crucifixión, practicada por los cartagineses, que crucificaron á los suffetes de Gadir, y por los romanos que impusieron este suplicio á prisioneros cántabros, fué desconocida en la España primitiva. Según un texto de Silio Itálico, relativo á Tagus, noble español crucificado por Asdrúbal, parece existió como pena infamante el exhibir á algunos reos por sus posesiones ó aldeas.

Es posible que existiera entre estos pueblos, introducida por los celtas, la prisión por deudas, y parece existieron también penas pecuniarias por faltas á servicios públicos.

Respecto de los hechos considerados y castigados como delitos, tenemos en primer lugar el parricidio, penado, como sabemos, con la muerte por lapidación. Se castigaban con pena de muerte los hurtos cometidos contra la comunidad. Según Diodoro Sículo, los vacceos se distribuían cada año el territorio, y poniendo la cosecha en común, adjudicaban á cada uno su parte; á los cultivadores que ocultaban algo en beneficio propio se les imponía la última pena. El hurto, el robo y el abigeato ó cuatrería era muy frecuente en estos pueblos. En la región de Extremadura invocaban á la diosa indígena Ataecina para descubrir los objetos hurtados y le confiaban la misión de perseguir y castigar al ladrón. De una inscripción hispana hallada en Villavizosa parece desprenderse: 1.º, que el hurto se estimaba como delito; 2.º, que el poder social no lo castigaba, sino que se consideraba como negocio

(1) Dorado, ob. cit., pág. 15.

privado entre el hurtador y el despojado, y que, precisamente por no haber recibido protección por parte del poder social, es por lo que la víctima del hurto acudía al auxilio de la diosa á fin de descubrir y castigar con esa ayuda al delincuente; 3.º, que el castigo consistía en una multa ganza.

El robo y la cuatrería debieron ser muy frecuentes entre los iberos pero carecían de valor moral, pues ni siquiera lo tenían por afrentoso; al contrario, se miraban como hechos de guerra ó cacería. Sin embargo, el activo comercio que se hacía en toda la cuenca del Ebro y por el del Duero, como lo revelan las numerosas zecas que acuñaba la moneda autónoma desde el siglo III antes de Jesucristo, hasta Tiberio, el progreso de la agricultura, manifiesto en el hecho de arar con bueyes y de cultivar el trigo en toda España, y otras manifestaciones de la actividad humana que se ejercían en condiciones de completa libertad, todo esto hace suponer que ya existía una fuerte garantía social contra los ladrones y malhechores. Es digno de mención, á este propósito, el hecho que el pseudo Aristóteles refiere de la carretera heráclea ó de Hércules que iba desde el Pirineo á Cádiz por el litoral, á saber: que las tribus por donde iba cruzando esa carretera eran colectivamente responsables de los agravios que sufrieran en ella los caminantes.

● El Sr. Aramburo, como la mayor parte de los autores, atribuye la aparición de los fueros municipales al cambio que en la vida social y política produjera la invasión de los árabes. Entonces, á juzgar por la barbarie de la penalidad de los fueros, «pudiera creerse, dice el autor, ó bien que resurgía el bárbaro elemento germánico, ó bien que el imperio de aquellas circunstancias, en cuanto resultaban análogas á las del siglo V, reproducía un estado similar de derecho, propio siempre de un estado de fraccionamiento y de guerra». Sin embargo, en opinión de otros autores, como el Sr. Pérez Pujol, lo que aquí realmente tiene lugar es la reaparición del derecho indígena, del primitivo nacional, que habiendo estado como adormecido durante una larga serie de dominaciones extranjeras que pesaron sobre España, vuelve á aparecer, renace, en cuanto la presión cesa.

Por muchos autores se considera como el más antiguo de nuestros fueros, el de Sobrarbe, y también se sostiene que las 16 leyes, que han sido como su embrión, fueron reconocidas por los cristianos en las montañas de Asturias cuando eligieron á Pelayo Rey de España. La soberanía se habría aceptado por los habitantes de Asturias, León, Galicia, Navarra, Aragón y Cataluña. Supónese que estas 16 leyes se escribieron primitivamente en latín, y que en tiempo del Rey Don Sancho Ramírez fueron traducidas en lengua vulgar.

Pero otros opinan que Asturias no pudo tener parte en la compilación de las leyes constitutivas de Aragón, y las refieren á la época de García Giménez, primer Rey de Sobrarbe.

Según esta opinión, hoy la más corriente, las leyes de este fuero tuvieron vigor sólo en el pequeño Reino de Sobrarbe. Mas no debieron tardar su implantación en tierra de Aragón, donde se promulgaron los fueros de Jaca y de Daroca, que parece fueron importados á Navarra en 1076 cuando tuvo lugar la unión de ambas coronas.

Paralelamente á lo que se hizo en Aragón y en Navarra, se establecieron fueros en León y en Castilla, y los Condes de Castilla, los Reyes de León y los señores, concedieron fueros á las ciudades y villas reconquistadas, que era preciso reconstruir y repoblar. Así apa-

recen los fueros de León, Sepúlveda, San Martín de Escalada, Salamanca, Palenzuela y Nájera.

Examinando el contenido de los fueros municipales, lo primero que causa extrañeza es la concesión de un amplísimo asilo de los delinquentes. Generalmente, el asilo se concede á los que van á vivir en el lugar del fuero en compañía de mujer ajena ó hija ajena raptada y perseguidos á consecuencia de este delito. Tal disposición se encuentra en el fuero de Sepúlveda, en el de Calatayud, en el de Encisa, en el de Guadalajara. En el fuero dado por el Conde Wifredo á Cardona, también se concede asilo al que huye con esposa ajena; pero en el dado posteriormente por Borrell, Conde de Barcelona, en el año 986, se dispone que estos, como los otros delinquentes, antes acogidos (el *latro ingenuus* y cualquier otro falsario ó criminal), sean juzgados con arreglo á las leyes, porque no es buena, *malignus habitare cum bonis*, y dispone no estén junto á los demás habitantes en la iglesia, ni en el concilio, si llegan antes á una recta confesión y hacen verdadera penitencia.

Però el asilo no se limita á los raptos de mujeres. En su deseo de atraer pobladores, los fueros no vacilan en abrir las puertas de sus villas ó ciudades á todo género de delinquentes, homicidas, ladrones. Así disponen los fueros de León, Béjar, Peralta, Castrojeriz, Santa Cristina, Nájera, Belchite, Carcastillo. Algunas veces el asilo se considera con tal amplitud que, como en los fueros de Alquezar y San Juan de la Peña, basta que el homicida fugitivo toque el borde de los vestidos de un sacerdote de estos lugares para que no puedan prenderle sus enemigos. Algunos fueros, sin embargo, rechazan el asilo para algunos delitos, como el fuero de Salamanca, que expresamente dispone que el ladrón ó el traidor no podía ampararse con este privilegio; igual excepción hace el fuero de Navarra.

La penalidad de los fueros se caracteriza por su desigualdad. En general es crudelísima; pero mientras en unos fueros determinados delitos son castigados con pena de muerte ó penas corporales de gran crueldad, en otros los mismos hechos se castigan con penas pecuniarias á veces de poca importancia.

El homicidio y el asesinato en la mayor parte de los casos se castigan con la pena de muerte. En el fuero de Béjar al homicida de otra villa se le despena y se le ahorca; si el muerto va á las ferias, el homicida es enterrado vivo bajo el muerto; y si la víctima fuere el señor de la villa, al matador; sólo como dispone el fuero «fáganlo todo piezas miembro á miembro». En Usagre se ahorca á los homicidas, y en el caso de que el muerto fuese hombre, sobre cuya inocencia se hubiese jurado, se les quema. En Toledo se les lapida. En cambio, en otros fueros, como en el de Barbastro, la pena del homicidio son 100 sueldos, en el de Sahagún, el homicida debía pagar igual cantidad, y en caso de muerte alemana, 500 sueldos. Algunas veces en la pena del homicidio ni siquiera se exige en moneda, sino en especie; el Fuero de Caparroso dispone que por el homicidio se paguen 50 cahices de trigo y 50 de cebada.

Los delitos contra la propiedad se castigan muy severamente. En Cáceres y en Usagre se castiga con la horca al que hurte uvas de noche, y en el último fuero se impone igual pena al incendiario. El fuero de Salamanca condena á muerte á los ladrones y á los jugadores. Á los que cometen hurtos se les señala igual pena en el fuero de Villaviciencio. En Palenzuela se arrancaban los ojos al ladrón. En otros fueros se castigan estos delitos con penas corporales; en el fuero de Navarra al que hurtare carnero que lleva cencerro ú oveja que lleva

campanilla, se le castiga disponiendo meta dos dedos de la mano derecha en la campana ó cencerro, tanto cuanto puedan entrar, y metiéndolos hasta donde entraron ó llenando de excremento humano aquella campana y llenando con él la boca del ladrón. Este fuero contiene una pena extraña que se impone al que hurte un gato. El autor del hurto debía pagar al dueño tanto mijo como se necesitaba para cubrir al animal atado á una estaca por el pescuezo y separado de ella un palmo; si no podía pagar en esta forma, se desnudaba el delincuente de medio cuerpo arriba, se le ataba el gato al cuello de modo que le quedara colgando por la espalda, y dos sayones azotaban al ladrón y al gato para que éste, sintiéndose herido, clavara las carnes del criminal uñas y dientes. En el fuero de Béjar á los ladrones se les manda despeñar, y á los autores de ciertos hurtos ó lesiones se les mutilan las orejas, se les arrancaba uno ó ambos ojos. En el fuero de Madrid á los ladrones moros se les condena á muerte por la pérdida de una mano. Otros fueros penan los atentados contra la propiedad exigiendo el pago de una cantidad como el de Calatayud, el de Daroca, en el de Peralta en el de Medinaceli.

Las tarifas del precio de la sangre en las heridas y mutilaciones á modo de los *Wergeld* germánicos, abundan en los fueros; los de Medinaceli, Calatayud, en el de Béjar, en el de Sepúlveda.

Los delitos contra la honestidad dan lugar á la imposición de penas muy duras, generalmente la muerte ó el pago de fuertes sumas.

En algún fuero, como en el de León, se encuentran disposiciones que consagran del modo más completo la impunidad del delincuente. Si éste, dispone el fuero citado, ha podido escapar durante nueve días á la acción de la justicia, podía volver á León sin ser molestado; si sólo tendría que componerse con sus enemigos. También son muy frecuentes en los fueros disposiciones que marcan una inhumana desigualdad, no sólo entre cristianos y moros y judíos, sino entre los habitantes de las villas y los extraños á ellas. El homicidio de los moros y judíos se castigaba con penas mucho más ligeras que en el caso de muerte de un cristiano. El fuero de Sepúlveda exige sólo 12 maravedís y medio por la muerte de un moro, la misma cantidad que exige por la muerte de un asno. En este mismo fuero, el hombre que mata á un vecino de esta villa, debe pagar una pena pecuniaria doble; pero si el vecino de Sepúlveda, en iguales circunstancias, mataba al forastero, no pagaba nada.

Respecto del procedimiento puede decirse que su característica es la difusión de las ordalias, especialmente de la prueba del juramento del agua caliente ó prueba caldaria, del hierro candente, y sobre todo el juicio de batalla. En algún fuero hasta se describe el ritual observado. El fuero de Béjar, en sus leyes (345 á 347), refiere de qué forma ha de ser hierro, cómo ha de calentarse y sostenerse, expresando que «nadie se llegue al fuego porque non fagan hi ningún maleficio y juez y el sacerdote ambos lo calienten y á ella (á la mujer sometida) la prueba que se aplicaba especialmente á los acusados de este sexo antes la escudriñen e lave sus manos ante todos...» En el fuero de Ullent, el sometido al juicio de Dios debía tomarlo tres veces en la mano «e los fieles goarden bien esse ome e seyelen le la mano e si be ta tres días le fayllaren vexigas ó plagas en la mano sea culpable de furto».

El juicio de batalla tiene aceptación en no pocos fueros. El fuero de Béjar dedica muchas de sus leyes á su reglamentación, ya fueren

pie ya á caballo y determina las armas que debían usar los campeones (1). El fuero de Usagre, el de Salamanca y otros varios, lo reglamentan con gran minuciosidad. Algunos fueros, sin embargo, consig-nan expresamente que no son válidos tales medios de prueba como el de Palenzuela, que suprime la lidia con bastón y escudo, el hierro y el agua caliente; el de Logroño, prohíbe el uso de estas últimas pruebas; el de Caparros, el de batalla con bastón y agua caliente y algún otro.

● Del *Fuero Viejo* nada se dice en las dichas notas del Sr. Aramburo. He aquí, para suplir este silencio, algunas noticias relativas á dicho Código.

Según el P. Burriel y los Sres. Asso y de Manuel y Masden, el origen de este Código se remontaría á un cuerpo de leyes ó fuero general para toda Castilla, dado en el año 1000 por el conde D. Sancho García. Pero parece que el verdadero origen de este Código hay que atribuirlo al reinado de Alfonso VIII. Entonces los concejos, de una parte, y la Nobleza, de otra, pidieron al Monarca la confirmación de sus prerrogativas y cartas, aquellos la obtuvieron; pero los nobles, después de reunir las suyas en la Recopilación que de Don Alfonso les mandó hacer, con objeto de revisarla, se vieron defraudados en sus aspiraciones, pues no obtuvieron la confirmación real, bien «por las muchas priesas que ovo... .. fincando el pleito en tal estado», bien porque le detuvieron las exageradas pretensiones de la Nobleza. Pero no obstante la actitud del Rey, la clase nobiliaria siguió haciendo observar los privilegios y costumbres contenidos en la compilación que se denominó *Fuero castellano* ó *Fuero de los Hijosdalgo*.

Este fuero fué escrito originariamente en latín, y sus fuentes hay que buscarlas en los Ordenamientos de Nájera, Logroño y Sepúlveda y en las costumbres fazafies y albedrios que desde mucho tiempo venían autorizándose. Hasta San Fernando se conservó su redacción latina; pero en esta época fué traducido al romance con algunas ligeras variantes. En 1255 publicó Alfonso X, como ya dijimos, el *Fuero real* para evitar los graves daños que se seguían al Reino con ocasión de tantos fueros municipales y tantas y tan variadas fazañas y albedrios, queriendo fuese observado en todas las ciudades, villas y aldeas sin que nadie «fuere osado de ir contra él». Pero la Nobleza de Castilla, comprendiendo que en el *Fuero real* se menguaban sus privilegios, se resistió á aceptarlo, pretendiendo la restitución de su antiguo fuero conforme lo gozaban en los reinados de Don Alfonso VIII y de San Fernando. A tal punto llegó su actitud, que en 1270, como ya sabemos, se rebelaron contra el Rey en la villa de Lerma, viéndose Alfonso X precisado á suspender la ejecución del *Fuero real* en lo que afectaba á los Nobles é hijosdalgo de Castilla, y ordenando que juzgasen por el *Fuero Viejo*.

En 1356, el Rey Don Pedro el Cruel, dió la última mano á este Código. Hizo importantes innovaciones, suprimió algunas leyes, añadió otras, concertó todas y estableció su división en cinco libros, los libros en títulos con sus correspondientes epígrafes y los títulos en le-

(1) Estas eran: loriga, «capiello de fierro», «brafuneras de fierro», escudo, lanza con la punta embotada, dos espadas el ginete y una el peón. Había lidia-dores á sueldo ó alquilados á quienes se les pagaban, como jornal, veinte mectas-las y sólo diez si eran vencidos.

yes sin epígrafes, y así ha llegado hasta nosotros sin sufrir alteración alguna posterior.

Sus disposiciones penales son muy rudas en su mayoría, y mucho parecen contradictorias. Esto podría atribuirse á que unas pertenecen á su parte primitiva, la más bárbara y la más favorable á la independencia de la Nobleza, mientras que las otras corresponden á la parte renovada por el Rey Don Pedro, y son más humanas y tienden á justificar la autoridad real.

Una de sus primeras disposiciones de carácter penal, ordena que nadie se tome la justicia por su mano por enemiga que se tenga contra otro hombre, pues el hacer justicia está reservado al Rey. Pero después, casi á continuación, hace un reconocimiento en favor del derecho de venganza declarando que el que matare á otro que sea su enemigo sólo pagará el *omecillo*, la multa al Rey; pero que no recibirá ninguna otra pena.

Entre sus disposiciones más bárbaras, debe citarse la relativa al delincuente contumaz, que puede ser detenido y muerto impunemente por cualquiera. El talión parece autorizarse en formas de crueles extremadas, como se desprende de una famosa fazaña contenida en el *Fuero*, éste dice así: «Ruy Dias de Rojas ovo ferido al sobrino de Garci Fernandes, hijo de Ferrán Tuerto, é ovól a dar enmienda, como juzgaron en casa del rey Don Alfonso, é ovól á facer enmienda por Rui Diaz de Rojas Lope Velasques, hermano de Pero Velasques; e firmó Garci Fernandes, hijo de Ferrán Tuerto a Lopes Velasques tres palos que facia la enmienda por Rui Dias de Rojas, é cegó Lope Velasques de los ojos de los tres palos quel dió Garci Fernandes, é non vio Lope Velasques, mas siempre anduvo ciego.»

Las restantes disposiciones penales, entre las que se encuentran tarifas del precio de la sangre y duras penalidades contra los autores de raptos y violaciones, tienen escaso interés.

● Aunque el Sr. Aramburo dedica algunas líneas al *Fuero real*, creo, dada la importancia de este Código, que merezca un examen más detallado.

Al advenimiento de Alfonso X encontró este sabio monarca un país, ya muy extenso después de las conquistas de Fernando III, y presa de la más espantosa anarquía legislativa. Los fueros regían en la mayor parte de las villas y lugares, y con ellos las *fazañas* y *ordros* que eran muy numerosos. Para poner un fin á los numerosos males que procedían de tamaño desorden, según el mismo aclara en el prólogo de este Código, trató de unificar la legislación dando á sus Reinos un Código único para su regimiento. Así nació el *Fuero real*, que promulgado en el año de 1254 á 1255, se concedió como fuero municipal á Aguilar de Campoó, á Sahagún, Soria, Burgos, Valladolid y Escalona.

Este Código ya es un verdadero Código real, emanado de la monarquía. De él dice Pacheco: «El *Fuero real* es ya una obra de arte, callamos á decir de filosofía, cuando aquéllos (los demás fueros) no son más que informes aspiraciones; es un libro de razón, cuando aquéllos no son más que confusas páginas de desordenados instintos.» Pero no obstante, esta superioridad, respecto de la legislación entonces vigente, como el mismo Pacheco afirma, ha sido un Código poco respetado, no ha sido apreciado en su justo valor «porque fué seguido muy cerca por las *Siete Partidas*... La luna, aunque esté llena, no brilla cuando sale el sol».

En el *Fuero real*, á diferencia de lo que pasa en los fueros municipales donde unas disposiciones se hallan entremezcladas con otras sin orden alguno, las materias repartidas en cuatro libros están metódicamente colocadas. Sin embargo, al llevarse á la práctica, comenzaron á notarse sus defectos, que se subsanaron con las llamadas *Leyes del Estilo*, que en número de 252 acompañan á las ediciones de este Código. Aunque se denominan leyes, no son tales, pues provienen de la práctica judicial, son decisiones emanadas de los Tribunales, y después autorizadas por el Rey.

El *Fuero real* debió tener autoridad en todo el Reino, por lo menos en León, Galicia, Sevilla, Córdoba, Jaén, Murcia, y en Castilla hasta el 1270, época en la que los nobles se sublevaron en la villa de Lerma, reclamando á Alfonso X la aplicación del *Fuero viejo*, donde encontraban reconocidos sus privilegios.

La parte penal de este Código la encontramos en el libro IV.

El homicidio se castiga si es «á sabiendas» con la pena de muerte; pero se admiten causas de justificación para este delito como la defensa propia, ser el muerto enemigo conocido del homicida, la muerte del adúltero ó del corruptor de la hija, la muerte del ladrón nocturno, la del que rapta violentamente una mujer. Si el homicidio se verifica á traición, la ley es terminante con el matador, «arrastrenle por ello e después enforquenles», dice, y que sus bienes pasen al rey.

Ya aparece aquí el reconocimiento de la imprudencia, pero de un modo enteramente casuístico, en algunos homicidios, en los que sólo se impone el pago del «comecillo» sin pena alguna, como en el caso de muerte por derribo de árbol ó pared, ó del que mata á otro jugando á la pelota ó tejuela, del que metiere su caballo en calle poblada, etc. Respecto de las heridas y lesiones, reaparecen aquí las tarifas germánicas del precio de la sangre, y así se exige por herida en la cabeza ó en la cara; si no sale sangre, cinco maravedís; por igual herida en el cuerpo, un maravedí; por cuchillada que llegue al hueso, 12 maravedises; si no llega, cinco, etc.

Los delitos contra la propiedad se castigan con penas pecunarias; pero en caso de insolvencia, se impone la mutilación de las orejas, y si el reo delinque por tercera vez, la pena de muerte. También se castiga con la última pena al ladrón conocido que robe en los caminos, y al que horadase casa ó quebrantase iglesia.

Otros delitos se castigaban también muy severamente; así los delitos sexuales, los adúlteros eran entregados al esposo ofendido, que podía hacer de ellos y de sus bienes lo que quisiera, pero no podía perdonar á uno y matar á otro; los sodomitas eran castrados ante el pueblo y colgados por las piernas hasta que muriesen.

Las penas corporales se imponen con frecuencia; el escribano que falsificase documento, perdía la mano; al testigo falso se le arrancaban los dientes, etc. Y para terminar, añadiremos que los delitos religiosos se penaban con excesiva severidad: los cristianos que se tornaban moros ó judíos eran arrojados á las llamas, é igual pena sufrían los herejes que no querían volver á la fe cristiana. También se encuentran contra los judíos penas para los delitos de usura y blasfemia; se les castiga también por el hecho de criar hijos de cristianos.

Al lado de esta penalidad bárbara encontramos disposiciones que revelan un progreso innegable y una humanidad creciente. Se consigna de modo muy preciso el principio de la personalidad de la pena.

«Todo el mal, dice el *Fuero*, se debe seguir á aquel que lo hace, así que

el padre no pene por el hijo, ni el hijo por el padre, ni la mujer por marido...» También es muy de alabar la disposición en que se ordena que, á la mujer encinta condenada á muerte ó á pena corporal, se ha de imponer ninguna de estas penas hasta que no dé á luz. Este es sin duda, el primer precedente legal en el Derecho español, al art. 1.º del vigente Código (1). Por último, como ya consigna el Sr. Aramburo, encuéntrase aquí ya esbozada la institución del Ministerio Público de nuestros días al ordenar el procedimiento *ex officio*.

● En tiempo de Don Alfonso el Sabio apareció una colección de leyes, que recibió el nombre de *Ordenanzas de las Tafurerías*, que tenían por misión evitar los escándalos, al parecer numerosos, y mantener el orden en las «tafurerías», casas donde concurrían los «tafures» ó tahures, es decir, casas de juego.

Este ordenamiento fué formado en 1276, por encargo del monarca por el Maestro Roldán, á quien desde entonces se designó con el nombre de Maestro Roldán «el de las leyes».

Si como obra jurídica apenas tiene importancia este ordenamiento, la tiene extraordinaria como documento histórico, que prueba cuán arraigado se hallaba en aquellos tiempos el vicio del juego. Tuvo el cuerpo legal escasa vida; fué derogado ó cayó en el más completo desuso, sin que sus leyes hayan podido tomar carta de naturaleza en ordenamientos posteriores, en los que se encuentran severas disposiciones contra el juego.

En el Ordenamiento se castiga, en primer lugar, á los que «creen», á los blasfemadores; si son «ricosomes» ó «fijosdalgo» se castigan con penas pecuniarias y á la tercera vez se les acusa ante el rey; los plebeyos son de peor condición, pues aun cuando paguen multa de menor entidad, á la tercera vez manda la ley «les corten dos dedos de la lengua en travieso.» Los que jugaren con dados falsos debían pagar doble de lo ilícitamente ganado á aquel á quien despojaron, mas si eran insolventes recibían públicamente 50 azotes, con los dados falsos colgados del cuello, y si reincidían, se les mutilaba el dedo por pagar de una de las manos. Al que «diere palmada ó puñada, ó tirase los cabellos, ó diese cozes á otro ome en las tafurerías», se le exigía pago de 2 maravedís, y si alguno hurtase algo en estos locales debía permanecer en la prisión «fasta que cumpla derecho».

Se excluía por estas leyes del fuero eclesiástico á los clérigos que jugasen dados en las tafurerías ó hiciesen otras cosas prohibidas en la Iglesia; en este caso serían juzgados como los demás tahures.

● La legislación penal de las Partidas señala un nuevo período en el Derecho penal; representa la ruptura con el derecho germánico, en tanto se manifiesta en la legislación anterior y la admisión más franca y completa del derecho romano, y en cierta manera más restringida del derecho canónico.

La séptima Partida está consagrada al Derecho penal; esta es la de todas las acusaciones e maleficios que los omes fazen e que merecen aver por ende, pero no todas las prescripciones penales.

(1) Art. 105 del Código penal: «No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le impone hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento».

en aquí reunidas, sino que algunas otras andan sueltas y diseminadas por las páginas de otras Partidas.

Aquí se encuentra, sin duda alguna, una tentativa manifiesta de formación de la parte general del Derecho penal. Se define el delito, se enumeran causas de exención y de atenuación de la penalidad, causas de justificación; se intenta tratar las cuestiones de la complicidad y la tentativa y hasta no se desconoce el problema de la prescripción. Claro es que todo se estudia de un modo rudimentario é incompleto, no hay método científico alguno, pero por lo menos estas cuestiones se plantean, lo cual ya indica un progreso jurídico enorme.

Se define el delito diciendo que estos son «malos fechos que se hacen á placer de una parte y á daño y á deshonra de la otra». Se hace una división de los delitos teniendo en cuenta su modo de ejecución: delitos de «fecho», como el matar, hurtar, robar y hechos semejantes; delitos cometidos «por palabra», como el insultar, infamar, dar falso testimonio; delitos cometidos «por escritura», como «falsas cartas ó malas cantigas ó malos dictados»; y, por último, delitos cometidos «por consejo», como cuando se reunen varios individuos concertándose para delinquir.

Como se ve en seguida, esta clasificación está en absoluto desprovida de valor científico. Las causas de exención de responsabilidad admitidas en este Código son la alienación mental (los locos, furiosos ó desmemoriados); la edad menor de catorce años para los delitos de furto, y la menor de diez años y medio para los demás. A los menores de diez y siete años se les aplicaba una penalidad menor; la embriaguez es causa de exención en el delito de hablar mal del Rey; para los demás es solamente causa de atenuación.

Se admiten como causas de justificación: la legítima defensa, la muerte del ladrón ó del incendiario nocturnos, la de la mujer sorprendida en adulterio y algún otro caso análogo.

Sobre la tentativa carece de nociones precisas; procura distinguir el pensamiento criminal y la tentativa del delito; pero el lenguaje empleado carece de claridad y precisión. En general, puede decirse que se castiga como el delito consumado, pero en los hechos de poca importancia el desistimiento voluntario libra de penalidad. Tampoco la complicidad está tratada de modo satisfactorio; puede, sin embargo, como regla general, afirmarse que todos los partícipes en la comisión del delito son igualmente castigados.

La pena se define como «enmienda de pecho ó escarmiento que es dada según la ley á algunos por los yerros que fizieron. E dan esta pena los judgadores á los omes por dos razones. La una, es porque rescaten escarmiento de los yerros que fizieron. La otra, es porque todos los que lo oyeren e vieren, tomen ejemplo e apercibimiento para guardarse que non yerren por medio de las penas». Por consiguiente, se admiten en la pena dos elementos: uno, la reparación pecuniaria del daño causado (enmienda de pecho); otro, el escarmiento, que es la pena propiamente dicha. El escarmiento tiene dos fines: uno, el escarmiento, propiamente dicho, es éste un fin de expiación, de retribución; otro, para que los demás se guarden de delinquir por miedo á las penas, fin de intimidación.

El sistema penal comprende las penas de muerte (se aplica en numerosos casos), de mutilación; los trabajos forzados en las minas del Rey; la deportación á una isla, confiscando los bienes del delincuente ó sin confiscarlos; las penas infamantes, consistentes en la pérdida de ciertos derechos, y la exposición en la picota, pena que participa de

este carácter y del de pena corporal por los sufrimientos con que se agravaba. Las penas de prisión, si bien figuran en el cuadro de penalidad, tienen escasa aplicación, sólo se imponen á los siervos, y á los hombres libres: «la cárcel non es dada para escarmentar á los yeros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados».

Es digno de examen la manera como regula el castigo del homicidio. La ley los divide en tres grupos: homicidios voluntarios, homicidios justificados y homicidios cometidos por imprudencia. Los voluntarios se castigan con la pena de muerte, y se asimilan á este grupo el hecho de entregar armas al suicida ó al homicida, el caso de pasar que condena injustamente á la pena de muerte, el del testigo falso, el juicio por el que se imponga esta pena. Como homicidios agravados enumera: el cometido con «traycion» ó «aleve», castigado también con pena capital; el cometido contra el padre, hijo, abuelo, marido, hermano, tío ó sobrino, etc., penado con el *culleum* romano, y el cometido contra un animal, penado con el abandono del criminal á animales fieros.

Los homicidios justificados son el cometido en defensa propia, la muerte de la adúltera, ó de la hija ó hermana sorprendidas en coito sexual ilícita, el del ladrón ó incendiario nocturnos, el del ladro homicida. Y como homicidios cometidos por imprudencia, se citan los casos tomados del Derecho romano del podador que deja caer la hacha sin avisar, del ginete que se sale del camino, del sonámbulo que advierte su enfermedad, del médico inexperto y del padre ó maestro que se exceden en el derecho de corrección. En estos casos no se pone pena, pero el acusado debe prestar juramento de purificación, además, probar con doce hombres buenos que no tenía ningún sentimiento con la víctima.

Los delitos contra la propiedad en algunos casos, se castigaban con una pena pecuniaria; así, los hurtos sólo se penaban con multa del doble ó del cuádruplo; contra los autores de robo, además de estas penas, pueden imponerse penas corporales; á los piratas, los ladrones de caminos, y á los que roban con violencia en parajes de la Iglesia ó del fisco real, se les condena á muerte.

Donde aparece crudelísima la penalidad de las Partidas, es en las prescripciones relativas á los delitos religiosos.

Los herejes, después de acusados ante los Obispos, quienes procuran convertirlos «con buenas razones y mansas palabras», si quieren volver á la fe son condenados á la muerte en la hoguera; los cristianos que se tornasen judíos ó moros, también eran castigados con igual pena.

Las Partidas representan en algunas de sus disposiciones, en la parte penal, un gran progreso; la reglamentación, hasta cierto punto detallada, de las causas de inimputabilidad, de las de justificación, de las de atenuación de la responsabilidad, la admisión, si bien en modo aun rudimentario, de la prescripción, denotan un indudable perfeccionamiento del derecho penal, pero la parte censurable del Código, se encuentra en la dureza extraordinaria de las penas y en el excesivo rigor con que se castigan delitos de escasa importancia. El mismo reparo pone también Pacheco á las Partidas. Siempre en su principal defecto en la amplia acogida dispensada al derecho de las Decretales; de esto quieren algunos justificar al Rey Sancho IV, al plicándolo como un medio de atraerse el papado en la lucha que tenía por la corona de Alemania. Marina en cambio, alaba sin reservas este código, diciendo que en él se encuentran la fuerza y la

que faltan en las demás legislaciones contemporáneas y en otras que aparecieron después.

En Cataluña, como en el resto de España, con la invasión de los árabes, se rompió la unidad legislativa; el Fuero Juzgo que había regido hasta entonces, dejó de observarse, aunque no en absoluto, pero aquellas de sus leyes que subsistieron, no podían acomodarse á las circunstancias de la época. Además surgían sin cesar cuestiones que no encontraban su solución en las leyes del Código visigótico, y por otra parte, iban apareciendo nuevas costumbres que arraigaban vigorosamente y que pronto formaron la norma más importante en la vida jurídica de aquel tiempo.

Estos usos y costumbres fueron reunidos y redactados en catalán, por Ramón Berenguer el Viejo, en 1068 ó en 1070. Dicha colección se denominó los *Usatges*, y poco después fué traducido al latín bajo el nombre de *Usatici barcinonenses*.

La penalidad de este cuerpo legal no podía menos de resentirse de la crueldad de los tiempos en que aparecía y así, nada tiene de extraño encontrar entre sus disposiciones muchas saturadas del más adusto espíritu germánico. Las escalas penales, las tarifas del precio de una sangre, abundan. El que lesionare á un hombre de armas, ya fuese con el puño ó con el pie, con piedra ó con palo, si el golpe no produjera mancha de sangre, debía pagar tres onzas; si había efusión de sangre, variaba la cantidad, según que la herida estuviera en la cabeza, en el rostro, en el cuerpo, etc. En varios *Usatges* se repiten estas descripciones.

El talión tiene también cabida en este Código: el que escupiera á otro en la cara, podía, si no enmendaba el delito, ser sometido al talión. Pero el caso más extraordinario, el verdaderamente típico de esta ley, es lo que podría llamarse el talión del peligro. El *Usatge* 58, dispone que, si alguno lanza contra otro un venablo ó una flecha y le hiere, debe pagar una multa proporcionada á la lesión causada; pero si no le tocó, por el mero hecho de haber dado á su arma una dirección mortífera, deberá someterse al talión del mismo peligro.

El asesinato de un caballero, ejecutado con un palo, se castigaba con la pena de muerte; por la muerte de un subdiácono se exigían 300 sueldos, por la de un diácono 400, por la de un presbítero 600, por un sacerdote 900 sueldos, esto aparte de la pena propiamente dicha. En algunos otros *Usatges*, como en el *Similiter rebus*, en el que se ordena que los bienes de la mujer adúltera se repartan entre el marido ofendido y el señor; también se ve figurar al lado de la pena ó indemnización pecuniaria una pena indeterminada, que parece se impone según el arbitrio del juez, á juzgar del contenido del *Usatge Quia justitiam*, que declara que el hacer justicia á los malhechores está concedido á las potestades; que en los casos de homicidio, adulterio, envenenamiento, etc., podían hacer de sus autores lo que les pareciere, cortando manos y pies, sacando ojos, encarcelando y hasta ahorcando si fuere preciso; y respecto de las mujeres, mutilándoles las narices, labios, orejas y pechos, y si fuera necesario arrojándolas al fuego.

Las penas infamantes no son desconocidas de este Código. La denominada *aliscara*, que se imponía al que privaba de la libertad á un caballero, sin causarle daño ni afrenta, es típica de este cuerpo legal, y manifiesta una profunda influencia del Fuero Juzgo. Consistía en obligar al reo á dar vueltas con los pies descalzos alrededor del castigo donde hubiere ejecutado los actos criminales que se le imputaban,

ó á ser paseado de este modo por diez posesiones inmediatas al llo. Muy análoga es una ley del Fuero Juzgo (ley IV, tít. 2.º, lib. 1.º) este Código debió de recibirla del Derecho español indígena, pues esta pena parece se aplicaba ya en España en tiempo de Asdrúbal (1).

Las penas de mutilación abundan, como en el caso de falso monio, á cuyo autor, además de privarle de sus bienes, se le muerde la mano y la lengua, y en otros casos también se prescriben penas de este género contra ciertos malhechores (*Usatge* 94).

Otras disposiciones tienden á reprimir los delitos de carácter feudal; el vasallo ó feudatario que incurre en rebelión ó lesiona en cualquier otra forma los derechos del señor, es duramente castigado. Las prescripciones de este carácter forman un derecho privilegiado atribuido á favor de los señores feudales en contra de sus vasallos. En algunos casos, cuando éstos han delinquido y no pueden enmendarse, quedan en poder del señor hasta que hayan dado reparación completa, y en otros delitos, cuando son de extremada gravedad, constituyen lo que los *Usatges* denominan *maxima Bauzia*—es decir, un vasallo maltrata á su señor ó le injuria ó le quita su castillo, etc.—entonces quedan en persona y bienes al arbitrio del señor, que puede disponer en absoluto de su vida y fortuna.

Se establecen paces y treguas que, por regla general, se proponen para asegurar la normalidad del tráfico marítimo y la seguridad de mercaderes y viandantes en las carreteras y caminos. Que todas las treguas que vienen de Barcelona, dice el *Usatge* (56), ó se alejen de ella, se celebran de noche y día en paz y tregua; todo mal que se les haga será reparado en el duplo, y el autor deberá rescatar su deshonor con una multa. Los caminos y vías de comunicación, se dice en otro *Usatge* (62), deben celebrarse en paz y tregua perpetuas, tanto de noche como de día, de modo que todos los hombres, tanto de á pie como de á caballo, mercaderes como negociantes, puedan ir y volver con toda seguridad y sin temor alguno; en caso de quebrantamiento de estas treguas, se imponen fuertes multas, que llegan hasta el pago del décuplo del daño causado.

Para terminar esta exposición del Derecho penal de los *Usatges* diremos dos palabras sobre una de sus instituciones más características: sobre el duelo judicial.

Este juicio de Dios, desconocido de los visigodos, debió aparecer por primera vez en Cataluña y Aragón y pasar de aquí á Castilla y León, que en muchos de sus fueros municipales lo admiten y lo admiten.

En Cataluña, con este juicio de Dios, se encuentran otros: la prueba del agua fría ó caliente y el sacramento, y debieron tener mucha importancia, á juzgar por lo que se dice en el *Usatge Homicidium*, que prohibe el uso de dichos medios de prueba para estos delitos. En el *glo xi*, las demás ordalias debieron restringirse algo, quedando en uso, según la opinión de Du Boys, el juicio de batalla (2).

Este no se permitía para toda clase de delitos, pero se començaba siempre en casos de lesa majestad y de alta traición, en caso de traición violada y en el de adulterio. Todo catalán, noble ó plebeyo, sea hombre libre, podía retar y ser admitido al combate; sólo los clérigos, bajo pena de excomunión, quedaban excluidos.

(1) Vid. P. Dorado, *El derecho penal en Iberia*, Madrid, 1901, p. 23.

(2) *Historia del derecho penal de España*, Madrid, 1872; pág. 413.

El retador no estaba obligado á combatir por sí mismo, podía hacerse representar por un campeón de igual clase que el retado; sin embargo, los caballeros de veinte á sesenta años si se habían injuriado motejándose de perjuros, debían batirse personalmente.

En unos casos se exigía la *paritas* del campeón sustituido, en otros bastaba la *consimilitudo*. La *paritas* era la igualdad absoluta de nacimiento, de riqueza y de fuerza física; la *consimilitudo* era la igualdad aproximada de nacimiento y de fuerza corporal.

Las formalidades de la batalla, la manera de celebrarla, en una palabra, todo cuanto se refiere á su reglamentación y ceremonial, se halla minuciosamente detallado en este Código; puede decirse que, en general, todo se llevaba á cabo como en Castilla.

Ambas partes prestaban juramento de que no se servirían de armas encantadas, ni armadura ni espada que tuvieran poder mágico. Si se violaba este juramento, el vencido con el auxilio de tales medios mágicos y desleales recurría al rey para hacer anular la sentencia que ya no era *juicio de Dios*. Don Jaime I en una sentencia de 1274 admitió un recurso de este género contra un caballero que en un combate judicial se valió de estos recursos prohibidos obteniendo así la victoria.

La pena más frecuente para el vencido era el destierro; pero en los casos de alta traición se imponía la pena de muerte. Los nobles eran decapitados y los plebeyos ahorcados (1).

Después de las Partidas, los trabajos legislativos que aparecen son de escaso valor. El Ordenamiento de Alcalá, que cronológicamente sigue á las Partidas, fué redactado en el año de 1348 en las Cortes celebradas en esta ciudad. Su base jurídica son las Cortes de Villalón (hoy Ciudad Real), el ordenamiento que para los fijosdalgos hizo el Rey Alfonso VII, en cierta parte las Partidas, y los ordenamientos de Valladolid de 1325 y de Segovia de 1347.

Varios juicios se han emitido sobre este Código.

Dícese que esta obra es incompleta, que luchando entonces dos escuelas, una que combatía por los recuerdos patrios y por las tradiciones nacionales, otra en favor de la legislación romana y canónica, Alfonso XII transigió con ambas, y que por esto la legislación quedó así tan confusa como había estado hasta entonces, puesto que continuaron vigentes los fueros y las Partidas, la legislación foral y la legislación monárquica ó unitaria.

En la ley 1.^a del título 28 se encuentra la llamada ley de prelación de Códigos que da su mayor importancia á este ordenamiento. Dispone que todos los asuntos sean juzgados con arreglo al Ordenamiento; en lo que éste sea insuficiente, manda tengan vigor los fueros municipales y el Fuero Real, menos aquellos fueros que el rey entiende que deben mejorar y los «que son contra Dios, e contra razón», y, en último lugar, que se apliquen las Partidas.

El Ordenamiento consta de 23 títulos divididos en leyes.

Las disposiciones de carácter penal no forman un grupo orgánico, sino que se encuentran diseminadas en los varios títulos de la obra. Las más importantes son las relativas á los *jueces prevaricadores* (guarden el oficio y deben pagar doblado lo que tomen), á los *alguaciles y merinos* que no cumplan con sus obligaciones, á los *guardadores de los presos*, á quienes se imponía la pena impuesta al preso si faci-

(1) Dubois, ob. cit., loc. cit.

litasen su fuga ó descuidasen su vigilancia. En las disposiciones bre los adulterios vuelve de modo casi idéntico á la legislación Fuero Real; el ofendido puede, si quiere, matar á los adulteros, no puede perdonar á uno y matar á otro.

Dispone que el «que sobre açechança, conseio o fabla firiere alguno», que muera por ello aun cuando la víctima no falleciere herida, viniendo esta disposición á corregir lo que tenía lugar en algunas partes, que por fuero ó por costumbre no se castigaba con pena «e por esto atrevíanse muchos á facer estos yerros». Se multa que ni los judíos ni los cristianos hagan préstamos usurarios, so des penas pecuniarias. Castígase la destrucción y captura de castillos y casas-fuertes con pena capital, también se penan las asonadas; por último, en este cuerpo legal se castigan varias clases de traición, cuya enumeración se toma de las Partidas.

● La confusión legislativa no tardó en reinar de nuevo, pues la necesidad de dar nuevas leyes; aparecieron ordenanzas de Juan Enrique III, de Juan II y de Enrique IV, que prohibían bajo pena exportar fuera de Castilla, caballos, oro y plata; hubo precisión publicar disposiciones prohibiendo severamente la importación de vinos de Aragón, Navarra y Portugal; y además, el incremento tomaban las bandas de mendigos y las de vagabundos que se pagaba á sueldo de los señores, determinaron la aparición de ordenanzas rigurosas, como la dada en Ocaña por Enrique IV, para poner un remedio á estos males que tantos trastornos causaban en la tranquilidad pública. Como las disposiciones legales eran cada vez más numerosas crecía la dificultad de su aplicación, pues muchas eran contradictorias y ofrecían no pocas incoherencias y lagunas. Era, pues, preciso coordinar y armonizar estas leyes, y este trabajo se encomendó á los Reyes Católicos al célebre jurisconsulto Alfonso Díaz de Talvo.

Ya las Cortes de Madrid de 1433, pidieron á Juan II una compilación de las leyes en vigor; en el reinado de Enrique IV se renovó la petición, pero nada se obtuvo hasta que Doña Isabel y Don Fernando encomendaron á Montalvo la ejecución de este trabajo legislativo. Este jurisconsulto comenzó su obra en 1480, y tres años más tarde presentó á los Reyes la compilación realizada. Esta obra que comprendía nada menos 1.163 leyes agrupadas en 115 títulos y 8 libros, se nombró *Ordenanzas reales de Castilla ó Ordenamiento de Montalvo*. Contiene las principales disposiciones del Fuero Real, del Ordenamiento de Alcalá y las disposiciones, leyes y ordenanzas que desde entonces estuvieron en vigor, y hasta disposiciones de las Partidas. Las disposiciones penales se refieren á los judíos y moros, á quienes castiga con rigor, prohibiendo á sus mujeres bajo severos castigos criar hijos cristianos, obligándoles á habitar barrios separados; se refieren también á los falsarios, á las traiciones y alevos, á los homicidios, á los vagabundos y holgazanes, á los adulterios y estupro, á los robos, al receptamiento de malhechores, á las fuerzas y daños, y, por último, las penas.

Como parece que algunos puntos de derecho quedaron sin ser mencionados en este ordenamiento, la Reina Isabel encargó su revisión al doctor Palacios Rubios, que como resultado de su trabajo publicó las denominadas *Leyes de Toro*. Poco se encuentra en ellas relativo al derecho penal; solamente en las últimas leyes hay disposiciones relativas al adulterio y á los testigos falsos.

● Bien pronto se hizo sentir la necesidad de poner algún orden en la confusión que reinaba en el orden penal, por la enorme cantidad de leyes que se hallaban en vigor. La publicación de un Código orgánico resumido, llegó á ser una verdadera aspiración nacional exteriorizada ya por la Reina Isabel en su testamento, y más tarde en las numerosas peticiones que las ciudades hicieron al Rey Carlos V, nada extraño en España por mejorar la situación legal, y á fe que bien lo merecía, pues la administración de justicia no era tan recta como debiera. Una petición de las Cortes de Segovia de 1532, contiene quejas de que las órdenes de S. M. Imperial y Real eran despreciadas, ó por lo menos mal ejecutadas, y más adelante, en 1543, en 1552, en 1560 y en 1563 se quejaban las Cortes de que se concedían las plazas de Maestros á jóvenes sacados de los estudios sin experiencia de los negocios, en vez de confiarlos á doctores conocidos por su probidad y su ciencia (1).

En vista de las continuas peticiones que se hacían, Felipe II nombró sucesivamente á tres doctores para redactor un Código claro y abreviado. En 1567 se publicó el nuevo trabajo con el título de *Nueva Recopilación*. Esta obra no era un Código, como se deseaba, sino una recopilación, como su nombre indica, del Derecho anterior, y en la que reinaba tanta ó mayor confusión que en el Ordenamiento de Monacho Alvaro. El Derecho penal está contenido en el libro VIII, pero carece de interés, pues la mayor parte de su contenido son disposiciones tomadas de los Cuerpos legales anteriores.

Sin embargo, algunas lagunas se llenaron, y entre ellas pueden citarse la relativa á la penalidad de los quebrados fraudulentos condenados, por disposición de Doña Isabel y Don Fernando, á llevar al cuello una argolla de hierro, sin permitir que pudieran cubrirla bajo la ropa. Esta disposición fué acogida en la compilación.

● Como era de esperar la Nueva Recopilación no tuvo éxito alguno; por esta causa se intentaron otros ensayos de codificación como el proyecto propuesto por el Marqués de la Ensenada al rey Fernando VI. Tampoco éste alcanzó ningún resultado, y como la necesidad de una modificación en la legislación penal se imponía con fuerza extraordinaria, el monarca Carlos IV, encargó en 1798, á D. Juan de la Reguera Valdelomar, que formara el Código que tan necesario aparecía. Este jurisconsulto, algunos años después, presentó su obra al rey que la sancionó en 15 de Julio de 1805, denominándose el nuevo Cuerpo legal *Novísima Recopilación*. Este tampoco era un Código, como se deseaba; formaba, al modo de la Nueva Recopilación, una compilación del derecho anterior, en el que estaban acumuladas una cantidad enorme de disposiciones de todo género. En el orden penal se encuentran alguna emanada de Carlos III, que denotan un espíritu de mayor humanidad, como una pragmática en la que, con el pretexto de evitar las fugas de los presidios, suprimen las penas perpetuas, otras pragmáticas animadas también de un espíritu progresivo, son las de Felipe V y Fernando VI, relativas á la punición de los duelos y desafíos, pero, por regla general, su sistema penal se caracteriza aun por su crueldad extremada. Una de las disposiciones que más se resienten en este carácter, es una pragmática dada por Felipe V, en 1734, en la que se ordena, que todo individuo mayor de diez y siete años, que

(1) Citada por Du Boys, *Historia del Derecho penal de España*, pág. 518.

dentro de la corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito, robar á otro, con ó sin acometimiento, con ó sin muerte ó heridas, se le imponga, como también á sus cómplices, la pena capital. Esta penalidad, por una pragmática de 1735, se extendió á los hurtos domésticos.

También son dignas de mención las numerosas medidas, siempre durísimas, que se toman contra los gitanos y vagos sin profesión; los azotes, mutilaciones de las orejas, galeras, cadenas y hasta la muerte forman la penalidad corriente; sin embargo, en estos delitos, las pragmáticas de Carlos III, son una excepción por su sentido humanitario. Las penas que se conminan contra ladrones y salteadores, son crudelísimas; una pragmática de Felipe IV, dada en 1633, declara que los bandidos contumaces, pueden ser muertos libremente por cualquiera y el que los matara tenía derecho á cobrar un premio ó tal señalada, mediante la entrega del delincuente vivo ó muerto.

Así en pleno siglo XIX, cuando otros países ya encaminaban su derecho penal hacia los nuevos derroteros marcados por la reforma de Beccaria, y en sus legislaciones la humanidad se hermanaba con la justicia, nosotros continuábamos regidos por un sistema represivo enteramente bárbaro y medioeval. Aquí pueden repetirse las tan citadas palabras de Pacheco, que forman un acabado cuadro sintético de las leyes penales de aquel tiempo: «Todos los absurdos, dice este autor, todas las crueldades que distinguan nuestra legislación criminal, hace seis siglos, todos ellos han llegado en su completa crudeza hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Cortes en 1812, y por el Rey Fernando en 1817. La confiscación también ha abolido 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 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, sino que diez años há se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales y las hogueras se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros.»

● El movimiento de reforma penal que en casi toda Europa inició hubo de repercutir en nuestro país, y aun cuando su influjo no llegó á manifestarse en un nuevo Código á causa de las azarosas circunstancias por las que entonces España atravesaba, no faltaron numerosas aspiraciones que tendieron á una radical transformación de nuestra anticuada legislación penal. En las Cortes de 1810 se comenzó por abolir el tormento, se suprimió la ignominiosa pena de horca, la de confiscación y la de azotes. En la Constitución de 1812 se establecieron garantías encaminadas á asegurar la personalidad de los ciudadanos contra posibles abusos de las autoridades.

La reacción de 1814 anuló todas estas reformas, y volvióse, en absoluto al antiguo régimen; pero vuelto el régimen constitucional, el Ministro Calatrava presentó un proyecto de Código que fué discutido en algunos meses y entró en vigor el 9 de Julio de 1822. En su título preliminar expone la parte general. Divide las infracciones en delitos y culpas. «Comete delito, el que libre y voluntariamente y con malicia, hace ú omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena»

comete culpa «el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar.» No hace distinción entre la tentativa y los actos preparatorios del delito; la conspiración y la proposición, las castiga alguna vez en la parte especial. Respecto de los autores del delito, emplea una terminología complicada: autores, cómplices, auxiliares y fautores, receptadores y encubridores, sin que contenga una definición que resuma los caracteres peculiares de cada uno de los partícipes. Como causas de exención de responsabilidad, admite: la fuerza mayor, la edad menor de siete años ó de diecisiete si no existe discernimiento y la demencia.

La parte especial se divide en: Primera parte, que comprende los «crímenes contra la sociedad», y Segunda parte, que comprende los «crímenes contra los individuos».

● Sobre los Códigos de 1848 y 1850, nos remitimos á cuanto en las notas anteriores dice el Sr. Aramburo; pero respecto del vigente debemos dar á conocer las importantes reformas que se han llevado á cabo. Las notas que preceden, á causa del tiempo en que se escribieron, no han podido tener en cuenta las reformas posteriores á la ley de 17 de Julio de 1876, por esta razón expongo á continuación los más importantes cambios que han tenido lugar en nuestro Código.

Por la ley de 1.º de Enero de 1900, se añadió un párrafo al artículo 248, para incluir, entre los castigados como rebeldes, con la pena de prisión mayor los ataques á la integridad de la Nación española ó á la independencia de todo ó parte de su territorio bajo una sola ley fundamental y una sola representación de su personalidad como tal Nación.

La ley de 9 de Abril de 1900, modificó el art. 102 suprimiendo la publicidad de la pena de muerte, y disponiendo se ejecute en sitio adecuado de la prisión en que se halle el reo y á las dieciocho horas de notificarle la señalada para la ejecución; y el art. 103, regulando las personas admitidas á comunicar con el condenado después de hecha la notificación anterior; y el art. 104, disponiendo las personas que han de presenciar la ejecución capital y las formalidades que, verificada ésta, deben llenarse.

La ley de 21 de Julio de 1904, modificó los arts. 456, 459 y 466 del Código en lo relativo á los delitos de escándalo público y corrupción de menores, este cambio se propone como principal objetivo combatir la explotación y tráfico de mujeres con fines inmorales conocida con el nombre de *trata de blancas*.

La ley de 3 de Enero de 1907 modificó el art. 119; altera ligeramente las disposiciones sobre el arresto domiciliario; los arts. 531 y 606, en lo relativo á los hurtos menores de 10 pesetas ó hurtos de leñas, ramajes, brozas, etc.; y el 602, pasando al libro de las faltas algunas lesiones que antes se castigaban como delitos.

La ley de 3 de Enero de 1908, modificó el art. 90 en lo referente á la pena que debe imponerse al hecho constitutivo de dos ó más delitos, cuando uno de ellos sea medio para cometer el otro. «En estos casos, decía el Código, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave aplicándola en su grado máximo», la reforma ha mantenido íntegro el texto primitivo, añadiendo: «hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos».

La ley de 27 de Abril de 1909, derogó el art. 556 del Código penal, proclamando, para patronos y obreros, el derecho de coligarse, de-

clararse en huelga y acordar el paro para los efectos de sus respectivos intereses. Castiga con la pena de arresto mayor y multa de cinco á 125 pesetas, cuando el hecho no constituya delito más grave, el arreglo al Código penal, á los que para formar, mantener ó impedir las coligaciones patronales ú obreras, las huelgas de obreros ó paros de patronos, emplearen violencias ó amenazas, ó ejercieran coacciones bastantes para compeler y forzar el ánimo de obreros ó patronos en el ejercicio libre y legal de su industria ó trabajo.

También dispone que los que turbaren el orden público ó formaran grupos con el propósito reconocido de imponer violentamente á alguien la huelga ó el paro, ó de obligarle á desistir de ellos, incurran en la pena de arresto mayor. A los jefes se les aplicará esta pena en su grado máximo siempre que hubieren tomado parte en los actos ilícitos.

● En cuanto á la legislación penal especial, son muy numerosas las leyes que hay que añadir á las citadas por el Sr. Aramburo.

La ley de 10 de Julio de 1894 para la represión de los delitos cometidos por medio de sustancias explosivas, penaba á los que atentaban contra las personas ó causaren daño en las cosas empleando dichas sustancias, con pena de cadena perpetua á muerte si á consecuencia de la explosión resultare persona muerta ó lesionada, ó si en el lugar donde hubiese riesgo para las personas resultare daño en las cosas. Con pena de cadena temporal á muerte, cuando la explosión se verifica en edificio público, lugar habitado ó donde haya riesgo para las personas aun cuando no resultare daño en las cosas. Castigaba también al que colocare sustancias explosivas para atentar contra personas ó las cosas y no tiene lugar la explosión, y al que empleare estos medios para producir alarma. Se castiga la posesión, fabricación y venta de sustancias ó aparatos explosivos en los casos que previene esta ley; pénase, así mismo, la conspiración, la proposición y la intención directa é indirecta para la comisión de estos delitos, y la amenaza de causar algún mal de los previstos en la ley.

En 2 de Septiembre de 1896 se dictó una nueva ley para suprimir estos delitos, generalmente conocida con el nombre de ley de represión del anarquismo. En ella se agravaban las penas que la anterior imponía, y se tomaban algunas nuevas medidas contra estos delictos. Se disponía que esta ley permanecería en vigor solamente tres años, terminados los cuales necesitaría ser ratificada por las Cortes; no estando las Cortes reunidas, el Gobierno podría acordar que continuara rigiendo por un año más, dando cuenta á las Cortes pronto como éstas se reunieran. Por Real decreto de 6 de Septiembre de 1899, se prorrogó la vigencia de esta ley por un año. En la ley de 1900 á 1901, el Ministro de Gracia y Justicia presentó un proyecto de ley poniendo nuevamente en vigor esta ley por un período de tres años; el proyecto fué discutido y aprobado en el Congreso y pendiente de dictamen en el Senado, al darse por terminada aquella legislatura y disolverse las Cortes.

En 23 de Noviembre de 1904 se presentó al Senado un nuevo proyecto de ley para la represión de los delitos anarquistas; introduciendo por él algunas modificaciones en la ley de 1894, ampliando su ámbito de acción, alterando algo la penalidad, y encomendando á los Tribunales de derecho las causas por amenazas, provocaciones y apologías de los delitos anarquistas, pero las crisis políticas impidieron su aprobación.

En 1906 se prometió por el Gobierno una ley especial más completa, y en 1907 la reforma del Código penal, en el sentido de llevar á su articulado las disposiciones de la ley de 1894 mejorándolas, y, últimamente, en 1908 se presentó un nuevo proyecto que fué aprobado en el Senado, pero retirado temporalmente, no llegó á discutirse en el Congreso.

La ley de 19 de Septiembre de 1896 para la protección á los pájaros insectívoros, castiga con multas á los que retengan, martiricen ó transporten ejemplares de estos animales; la destrucción de sus nidos se castiga también con multas; el que reincida en este hecho por cuarta vez, será considerado como reo de daño y entregado á los Tribunales.

La ley de 17 de Enero de 1901, se refiere al abono de prisión preventiva. Dispone que ésta se abone por completo á los condenados á penas correccionales; solamente se abonará la mitad á los condenados á penas aflictivas, á los reincidentes, á los que con anterioridad hubieren sido condenados ejecutoriamente á pena igual ó superior á la que nuevamente se les imponga, á no ser que una ú otra de las dos penas aplicadas lo haya sido por causa de imprudencia temeraria, ó de imprudencia ó negligencia con ó sin infracción de reglamentos.

La ley de caza de 16 de Mayo de 1902 contiene penalidades por infracción de esta ley que consisten en la pérdida del arma ú objeto con que se pretende cazar y multas que varían 5 á 100 pesetas; en caso de insolvencia se sufrirá un día de arresto por cada 5 pesetas. Los que sin permiso escrito del dueño ó arrendatario entren en propiedad ajena, y se les encuentre con azada ó azadón, lazos, hurones, reclamos, etcétera serán responsables de delito y castigados con las penas de arresto mayor en sus grados mínimo y medio, según las circunstancias del caso, y si fueren dos ó más veces reincidentes, con la pena superior en grado. También se penan con multas, á los que solos ó en cuadrilla, entrasen á cazar con perros ó armas de fuego en propiedad particular sin permiso del dueño, á los que destruyan vivares, nidos de perdices y de otras aves, á los que en tiempo de veda destruyan nidos de las aves útiles á la agricultura. Los reincidentes son castigados con penas más severas.

La ley de 23 de Julio de 1903 tiene por objeto la represión de la vagancia y de la mendicidad de los menores de edad. Castiga con una multa que puede llegar á 50 pesetas ó con la pena de arresto hasta 10 días, á los padres, tutores ó guardadores, cuyos hijos ó pupilos menores de dieciséis años sean detenidos mendigando, vagando ó pernando en paraje público, y á los que para mendigar se hagan acompañar de menores de dieciséis años, sean ó no de su familia.

Castiga con una multa que puede llegar á 125 pesetas; y con pena de arresto hasta treinta días: 1.º A los padres, tutores ó guardadores que maltratan á sus hijos ó pupilos menores de diez y seis años para obligarles á mendigar, ó por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad. 2.º A los padres, tutores ó guardadores que entreguen sus hijos ó pupilos menores de diez y seis años á otras personas para mendigar. Si la entrega fuese mediante precio, recompensa ó promesa de pago, se les castigará con la pena de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas. Además de estas penas pueden imponerse á los padres ó tutores cuando fueren dos ó tres veces reincidentes, según los casos, la inhabilitación temporal para la guarda y educación de los menores. Esta suspensión durará dos años, pudiendo cesar antes ó prorrogarse según determine el tribunal competente. Esta ley contiene además las

medidas que deben tomarse respecto de los menores, detenidos en estado de vagancia ó mendicidad.

La ley de 8 de Septiembre de 1904, tiene por objeto la represión al contrabando y de la defraudación que se cometa por los conceptos tributarios de la renta de Aduanas, renta del alcohol, azúcar, etc. Dispone de las infracciones de sus preceptos en delitos y en faltas; los delitos los subdivide en delitos de contrabando, delitos de defraudación y delitos conexos; las faltas, en faltas de contrabando y faltas de defraudación. Enumera las causas que eximen ó modifican la responsabilidad penal y admite la imbecilidad y la locura; el ser menor de nueve años; el obrar en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo; el obrar en virtud de obediencia debida; la ignorancia, por parte del porteador de mercancías, á causa de la falsa declaración del remitente, del contenido de los bultos siempre que éstos no tengan carácter sospechoso. Admite también causas de atenuación y de agravación de la responsabilidad, algunas tomadas del Código penal, y otras nacidas de los especiales fines que esta ley persigue. También se hace una clasificación, tomada del Código penal, de las personas responsables según esta ley, y se enumeran las diversas penas que por ella pueden imponerse.

La ley de 23 de Marzo de 1906, tiene por objeto reprimir los delitos de lesa patria y contra el Ejército. Se pena á los que tomaren las armas contra la patria bajo las banderas enemigas ó bajo las de quienes pugnarán por la independencia de una parte del territorio español. Se pena también á los que de palabra, por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampas, alegorías, etc., ultrajaren á la Nación, á su bandera, himno nacional ú otro emblema de su representación ó cometieren iguales delitos contra las regiones, provincias, ciudades y pueblos de España y sus banderas ó escudos. Se castiga también á los que por los mismos medios injurien ú ofendan al Ejército, la Armada ó á instituciones, armas, clases ó cuerpos determinados. Pénase también la apología de todos estos delitos.

En la ley Electoral de 8 de Agosto de 1907, se encuentran numerosas disposiciones de carácter penal. Los diversos hechos que quebrantan esta ley, los divide ésta en delitos y en infracciones. Entre los delitos se comprenden: las falsedades cometidas en documentos referentes á las disposiciones de esta ley castigados con penas establecidas en el art. 514 del Código penal. Cometén también delito, según esta ley, los funcionarios públicos que por dejar de cumplir íntegra y estrictamente los deberes impuestos por esta ley ó por las disposiciones que se dicten para su ejecución contribuyan á algunos de los actos ú omisiones que se enumeran, tales como: la formación inexacta de las listas de electores, ó que éstas no se expongan al público durante el tiempo y en lugar correspondiente, etc.; la alteración de los días, horas ó lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral de carácter preparatorio ó directo, etc.; á manejos fraudulentos en las operaciones relacionadas con la formación del censo, constitución de las juntas y colegios y otros hechos ú omisiones análogos. En estos casos se impondrán penas de arresto mayor y multas de 500 á 1 000 pesetas, cuando las disposiciones del Código penal no señalen otra mayor. También se pena á los particulares que contribuyan directamente á la comisión de los delitos anteriormente enumerados. Los autoridades civiles, militares ó eclesiásticas, y los funcionarios públicos que ejecuten actos, previstos por la ley, que tienden á ejercer presión sobre los electores para favorecer ó perjudicar á determinados candidatos, co-

meten delito de coacción electoral. Además de éstos, castiga esta ley, como delitos, otros hechos que tienden á alterar la pureza de la elección.

Las infracciones se castigan con menor penalidad que la impuesta á los delitos, pues se corrigen con una multa de 25 á 1.000 pesetas.

La ley de 21 de Diciembre de 1907, relativa á emigración, contiene algunas disposiciones penales contra sus infractores. La recluta y propaganda para fomentar la emigración, como el dedicarse á la agencia de emigración, se castiga con la pena de prisión correccional en su grado mínimo, y con la retirada de la autorización si se trata de navieros ó armadores y consignatarios, éstos son castigados con pena de arresto mayor si se dedican, sin autorización, á las operaciones de emigración comprendidas en esta ley ó su reglamento; además, por cualquier infracción que cometieren de esta ley para la que no esté señalada una penalidad especial, se le impondrán multas de 100 á 1.000 pesetas.

Las penas con que el Código penal castiga las falsedades, los delitos contra la salud pública, la prevaricación, el cohecho, la sustracción y la corrupción de menores, las estafas y otros engaños, se aplicarán siempre en su grado máximo cuando el hecho penable se refiera á la emigración y el perjudicado sea un emigrante.

La ley de 27 de Diciembre de 1907 sobre pesca en aguas dulces, dispone que sean castigados con arreglo á lo dispuesto en los arts. 530 y siguientes del Código penal, los que tuvieren en su poder explosivos ó sustancias nocivas á la pesca con ánimo de emplearlas y á los que agoten ó alteren los cauces públicos contra lo dispuesto en esta ley. Se imponen diversas multas, desde 5 á 200 pesetas, que se triplicarán cuando se trate de la pesca del salmón, á los que pescaren sin licencia ó en tiempo, sitio ó con artefactos prohibidos. También se castiga á los que destruyan huevos y crías de los peces y de otras especies acuáticas útiles.

La ley de 17 de Marzo de 1908 se refiere á la condena condicional. Por esta ley se concede á todos los tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí, ó aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional, que deja en suspenso la aplicación de la pena impuesta. El plazo de suspensión es de tres á seis años. Se consideran como condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena: 1.^a, que el reo haya delinquido por primera vez; 2.^a, que no haya sido declarado en rebeldía; 3.^a, que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de un año, ya esté impuesta como principal del delito ó como subsidiaria por insolvencia en caso de multa. En estos casos pueden los tribunales aplicar ó no la condena condicional.

La suspensión de la condena no se aplicará nunca á los autores, cómplices y encubridores de los siguientes delitos: 1.^o, los que sólo pueden ser perseguidos previa querella, denuncia ó consentimiento de la parte agraviada, de no solicitarlo expresamente la parte ofendida antes de comenzar á cumplirse la condena; 2.^o, los de robo, cualquiera que sea la cantidad, y los de hurto y estafa, en valor superior á 100 pesetas, ó concurriendo en el hurto, sea cualquiera su cuantía, la circunstancia de ser doméstico ó realizado con grave abuso de confianza; 3.^o, los de incendio y estrago no cometidos por imprudencia; 4.^o, los cometidos por las autoridades ó funcionarios públicos en el ejercicio ó con ocasión de sus cargos; 5.^o, los delitos de falsificación de títulos y moneda; 6.^o, los de falsedad de documentos públicos y privados.

La suspensión de la condena se aplicará, por ministerio de la ley, en los casos siguientes: 1.º, cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo al Código penal; 2.º, cuando el reo fuere mayor de nueve años y menor de quince, habiendo obrado con discernimiento; 3.º, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos por querrela, denuncia ó consentimiento de la parte agraviada, si mediare solicitud expresa de la parte ofendida.

La ley impone al reo, cuya condena ha sido suspendida, la obligación de poner en conocimiento del juez los traslados de residencia, como le obliga á presentarse á la autoridad judicial del lugar á donde se hubiere trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada.

La ley de 31 de Diciembre de 1909, relativa á la prisión preventiva de los menores de quince años, dispone que estos menores no sufran la prisión preventiva en las condiciones establecidas para los demás procesados. Se exceptúan solamente aquellos menores presuntos culpables de delitos en quienes concurren circunstancias que, á juicio del juez, revelen especial perversidad ó manifiesta predisposición á la reincidencia; también deja de aplicarse en los casos de reincidencia la reiteración.

Los menores á quienes se aplique esta ley quedarán en libertad durante el procedimiento, bajo la garantía de sus padres, tutores, guardadores, y si no los tuvieren y no se presentare alguna persona adecuada que se encargue de su vigilancia y custodia, ingresarán en un establecimiento benéfico ó de índole análoga donde puedan ser reclusos con separación completa de los asilados. En las poblaciones donde no haya establecimientos de las clases indicadas, si no hubiera persona que corresponda la guarda del menor, ó que voluntariamente se encargue de guardarle, podrá ser recluso en la cárcel; pero el juez adoptará las medidas necesarias para que no se halle en contacto con los demás reclusos y reciba el trato y educación que sean más apropiados á su edad y circunstancias.

● Muy interesante sería poder hacer un estudio detenido de la evolución del derecho penal científico dentro de nuestra patria, pero esta tarea rebasaría los estrechos límites marcados á estas notas. Sin embargo, para completar el cuadro histórico que se acaba de exponer, voy á dar algunas noticias resumidas sobre el elemento científico del desarrollo del Derecho penal español.

Los teólogos y los filósofos antes que nadie se ocuparon en nuestro país de lo relativo al Derecho penal. Ya San Isidoro, en sus *Etymologiarum*, pone de relieve la importancia de las penas, afirmando que el castigo y la recompensa son los dos grandes moderadores de la vida humana. Asigna á la pena, como fines que debe proponerse, la defensa social y la ejemplaridad sin descuidar la corrección del delincuente. Según el Sr. Hinojosa, en San Isidoro se encontrarían los antecedentes de la teoría de la relajación del hereje al brazo secular para que éste le imponga la pena correspondiente que, como es sabido, forma el sistema penal para la represión de los delitos religiosos durante la Edad Media y comienzos de la moderna. En todo caso, dice este mismo autor, es indudable que las prescripciones del Código visigótico contra los herejes, blasfemos, apóstatas y los que se dedicaban á la

artes mágicas, son otras tantas prescripciones de la doctrina mencionada (1).

Pero la influencia de las doctrinas teológicas sobre el derecho positivo que ya vemos de un modo claro y manifiesto en el Fuero Juzgo, aparece siglos después, quizás con mayor vigor aún, en las Partidas. En la séptima se prohíben todas aquellas bárbaras mutilaciones tan frecuentes en los fueros municipales, como el cortar las narices, arrancar los ojos, marcar en la cara con un hierro candente, fundándose en que «la cara del hombre la hizo Dios á su semejanza». Esta influencia maniéstase también en las penas aplicadas á los herejes, penas inspiradas en las decisiones de algunos concilios y en disposiciones emanadas de algunos Pontífices.

● Entre los teólogos y filósofos españoles que se ocuparon de materias relativas al Derecho, ninguna figura alcanza la importancia de Alfonso de Castro (2). Este teólogo y orador, aparte de otras obras, escribió dos libros que merecen nuestro interés, *De potestate legis penalis* y *De justa hæreticorum punitione*. El primero, que para nosotros es el más importante, se publicó por vez primera en Salamanca en 1550, y el segundo apareció también en la misma ciudad, algunos años antes, en 1547.

El libro *De potestate legis penalis* es considerado por muchos escritores españoles como el primer ensayo de un tratado científico de derecho penal.

Las leyes penales, dice, son de importancia extraordinaria, pues sin ellas no sería posible la existencia de la sociedad; otras leyes prohíben los vicios y mandan huir de ellos; las penales no se satisfacen solamente con el precepto, sino que por el miedo á la pena los destierran. Si es posible el tráfico marítimo, débese á la eficacia de estas leyes que persiguen á los piratas con penas durísimas, y si el tránsito de los caminos es seguro, es también porque dichas leyes castigan acerbamente á los ladrones y salteadores.

La ley penal es, según Castro, la que determina las penas con que deben ser castigados los delinquentes. Las leyes penales pueden fijar la pena que por la autoridad criminal ha de imponerse al delincuente después de probada su culpabilidad, entonces se denominan *ferendæ sententiæ*; ó pueden ordenar que el delincuente, por el mero hecho del delito, incurra en la pena desde luego, en cuyo caso se denomina *latæ sententiæ*. Este punto de vista fué combatido por muchos autores de la época, quienes sostenían que era injusticia imponer al reo la pena sin una sentencia anterior de condena.

La pena es un dolor ó sufrimiento que causa daño al que la padece, ó al menos tiene eficacia para causarlo, y se impone solamente por un delito propio y pasado. Su fin no es únicamente aterrorizar á los demás, sino castigar el delito para evitar éstos en lo sucesivo, y para que el delincuente se arrepienta y mejore su conducta. Pero el fin principal de la pena, el que ésta debe proponerse ante todo, es la expropiación, la reparación del orden perturbado. Las penas no deben ser muy crueles, deben unirse la benignidad á la justicia. En la determinación ó medi-

(1) Hinojosa.—Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores á nuestro siglo. Madrid, 1890, pág. 39.

(2) Vid. Eloy Bullón, *Alfonso de Castro y la Ciencia penal*. Madrid, 1909.

da de la pena deben tener presentes no solamente el daño que el delincente ha causado á la sociedad y á los individuos, sino también la circunstancia del delito y del delincuente que pueden aumentar ó disminuir su culpa. Así pueden ser circunstancias modificativas la mayor ó menor deliberación, el dolo, y en caso de imposición de penas pecuniarias, la fortuna del reo. Defendió la justicia de la pena de muerte, pero este último suplicio no puede ser impuesto por las Autoridades inferiores, ni por las superiores, en casos de delitos leves, en los que los males graves tal pena es completamente justa. Sostener lo contrario sería, en su opinión, desarmar á la sociedad frente á los criminales, dar á éstos libertad para hacer y deshacer á su antojo y procurar ruina y el desquiciamiento del orden. La sociedad está investida por Dios en todas las atribuciones necesarias para realizar su fin, y, por tanto, con la de cercenar del cuerpo social por la muerte, el miembro podrido y enfermo que amenaza corromper el resto del organismo. Además, esta pena es un beneficio para el mismo reo, porque es el único medio de hacer volver al bien su voluntad extraviada y corre una vida de crímenes y pecados mil veces más aborrecible que la misma muerte.

El objeto de la obra *De justa hæreticorum punitione* fué, dice Sr. Hinojosa (1), persuadir bien á los príncipes cristianos que debían emplear, sin contemplación alguna, contra los herejes pertinaces y obstinados, todas las penas consignadas en las leyes, á fin de poner coto á la propaganda de sus errores y obligarles á abjurar de ellos. Sostuvo repetidas veces que aquéllos estaban obligados en conciencia á entregar al Fisco los bienes que poseían sin que mediara sentencia de los tribunales imponiéndoles esta pena, opinión que, según su propia declaración, fué impugnada por otros teólogos de su tiempo. Tratándose de los herejes, todo rigor le parecía justo, y á pesar de sostener en su obra *De potestate legis penalis* que la misericordia debía manejarse con la justicia, proclamó en estos casos la más dura persecución. «Sostuvo resueltamente la opinión corriente á la sazón entre teólogos y canonistas, de que el hijo del hereje estaba obligado en conciencia á denunciar á su padre, sin que ni la voz de la sangre ni la consideración de los males que atraía sobre sí mismo (la infamia y confiscación) debieran retraerle del cumplimiento de este deber. Sostuvo tampoco reparo alguno en declarar que en el confesonario se debía esforzado, bien que infructuosamente, por conseguir este sacrificio de uno de sus hijos de penitencia (2).»

● Otros teólogos y filósofos tratan en sus obras, aunque no con la amplitud de Alfonso de Castro, de materias relativas al Derecho penal. Uno de sus puntos favoritos era la determinación del fin del derecho de castigar y la legitimidad ó ilegitimidad de la pena de muerte. Casi todos, sostienen que el fin de la pena es la defensa social contra el delito, pues si éstos quedaran impunes, la vida social se vería profundamente turbada. Además, como fin secundario de la pena admiten la corrección del delincuente, pero siempre subordinada al fin principal de la defensa social. Molina dice terminantemente que el Poder público, en la imposición de las penas, no ha de mirar á atender tanto al bien delincuente, como al bien común del Estado. Res-

(1) Ob. cit., p. 162.

(2) Hinojosa, ob. cit., p. 163 y 164.

pecto de la legitimidad de la pena de muerte, nuestros teólogos y filósofos parten de la doctrina de Santo Tomás, que enseña que «el dar muerte á los delinquentes es lícito en cuanto se ordena á la salud del cuerpo social, y que, por tanto, es incumbencia exclusiva de aquél á quien está encomendado el cuidado de dicho cuerpo, como pertenece, cortar el miembro podrido al Médico á quien se ha encargado cuidar de la salud de todo el cuerpo. Ahora bien; el cuidado del bien común está encomendado á los Príncipes, que tienen autoridad pública, y, por tanto, sólo á ellos, no á los particulares, corresponde el dar muerte á los malhechores.» Esta comparación de la pena capital impuesta al delincuente con el acto de cortar el miembro podrido para salvar el cuerpo humano, se encuentra á cada paso en los escritores á que nos referimos. No solamente los teólogos, sino también los filósofos representados por Fox Morcillo, concuerdan en asignar á la pena el fin antes indicado (1).

La usura que debió tenes gran difusión, sobre todo en la edad media, fué también abordada por nuestros teólogos. Ya el Fuero Juzgo determinaba, que el usurero que exigiere más usura de la prometida en la ley, debía perder los réditos, y en el Ordenamiento de Alcalá se prohibe severamente á los cristianos hacer préstamos usurarios, y se revocan las cartas, privilegios y fueros dados anteriormente á judíos y á moros para hacer préstamos de dinero. El Derecho romano la había castigado y el Derecho canónico ordenaba la degradación del clérigo usurero, y negaba sepultura religiosa á los usureros de oficio. Entre nuestros teólogos, según el Sr. Hinojosa, fué también opinión corriente la profunda inmoralidad de estos tratos. Orozco la califica de rapiña y de crimen nefando, y exhorta al soberano para que la repriima duramente. Soto, cree, sin embargo, que las leyes civiles pueden no imponer castigo á los usureros, del mismo modo que omiten castigar á las prostitutas.

Nuestros teólogos dedicaron una atención especial al estudio de los delitos de magia conviniendo, dice el Sr. Hinojosa, en que aun cuando muchos de ellos eran ficticios, había otros indudablemente verdaderos, y cuya explicación no podía encontrarse sin admitir la intervención del demonio. De todas las obras teológicas dedicadas al estudio de la magia, ninguna alcanzó tanto renombre, dentro ni fuera de España, como la obra del jesuita Martín del Río *Disquisitionum magicarum libri sex*; su última parte es toda práctica legal y puede considerarse como un manual de procedimientos para el uso de los Jueces en causas de hechicería. De este libro, decía Manzoni, que ha costado más sangre á la humanidad que una invasión de bárbaros.

Vitoria es más circunspecto que el crédulo Martín del Río, y sostiene que muchos de estos prodigios no pasaban de ilusión; pero admite la magia *preternatural* que procede por virtud de los demonios. Tanto se sutilizó y desatinó al tratar de la magia, dice el Sr. Hinojosa, que hubo autor como Torreblanca, el cual, dándose á investigar el carácter jurídico del pacto con el diablo, sostuvo ser un contrato innominado, *Do ut facias*, en cuya virtud adquiriría el diablo el derecho á ejercitar la acción *praescriptis verbis* contra su contratante, sin que éste pudiera intentar acción alguna contra el diablo; porque «no siendo éste pura criatura, no podía contraer una obligación natural».

(1) Citado por Hinojosa ob. cit., pág. 153-154.

● La bárbara práctica del tormento que perduró en nuestro sistema penal hasta su abolición por las Cortes de 1810, si bien dicese, ya en el siglo XVIII, había caído en completo desuso, fué defendida como justa por nuestros teólogos que la estiman como buena y adecuada al fin de descubrir los delincuentes. Se cita (1) el caso del doctor Antonio Agustín, que al comentar una Epístola del Papa Nicolás á los Búlgaros, en que algunos creían encontrar una censura semejante práctica, se declara partidario de ella y pretende demostrar que el mencionado documento no contiene tal condenación. Solamente el ilustre Luis Vives levantó su protesta contra esta bárbara práctica. «Me admira, dice comentando un pasaje de San Agustín, que los cristianos conserven con tenacidad como si se tratara de cosas religiosas tantas gentilezas, y no sólo contrarias á la piedad y mansedumbre cristianas, sino aun á toda humanidad. Dice San Agustín que se empleaban los tormentos por obligar á ello la sociedad humana: ¿pero ¿quien no repara que habla con los gentiles? ¿qué necesidad tan intolerable es esta, que ni es útil y puede abolirse sin daño público? Nosotros, hombres dotados de sentimientos de humanidad, atormentamos á nuestros semejantes para que no mueran inocentes. De suerte causan más compasión que si se les quitase la vida, pues á veces los tormentos son más crueles que la muerte. Por ventura ¿no vemos con frecuencia y diariamente que hay quien prefiere morir á sufrir los tormentos, y, seguro de ser ajusticiado, confiesa el delito que no cometió? Tenemos á la verdad almas de verdugos; pues podemos sufrir los lamentos y llantos arrancados por el dolor á hombres culpabilidad ignoramos».

Con el transcurso del tiempo y con la difusión cada vez mayor de ideas humanitarias, crecieron en nuestro país los enemigos del tormento. A fines del siglo XVIII aparece escrita en latín la obra de Acevedo *Ensayo acerca de la tortura*, donde se impugnó briosamente esta institución; el canónigo de Sevilla Pedro de Castro, impugnó el libro y la tesis humanitaria de Acevedo, pero éste encontró ardientes partidarios entre los juristas más ilustres de aquel tiempo como Lardizábal y Martínez Marina.

En esta ligera reseña sobre el derecho penal científico de nuestra patria tiene digna cabida los nombres de Bernardino de Sandoval y Cerdán de Tallada. Su actividad más que en el terreno propiamente penal, se manifiesta en el campo penitenciario sus obras, el *Tratado de la custodia que se debe tener con los presos* (Toledo, 1564) del primero, y la *Visita de la cárcel y de los presos* (Valencia, 1574), revisten este carácter muy principalmente. Este período, según la frase del Sr. Salillas, presenta «á la par que una literatura filosófico-religiosa y filosófico-jurídica, una literatura filosófico-jurídico-penitenciaria». En ambos se manifiesta un espíritu de humanidad que contrasta con la dureza de las costumbres penales de la época, «pero el uno, dice el Sr. Salillas, se detiene á definir lo que es obra de misericordia y el otro en relación á los pobres presos; y el otro, con igual interés determina lo que es justo y aparece como abogado de los presos (2). En ambos se ve tan grande la justicia que llega á no parecer piedad; y tan grande la piedad que llega á no parecer justicia... Por lo mismo Bernardino

(1) Hinojosa, ob. cit., p. 172.

(2) Sandoval era maestrescuela de la Catedral de Toledo y Cerdán de Tallada era abogado en Valencia.

andoval, definidor de las obras de misericordia con los presos pobres, es un mantenedor severo de la ley, y Cerdán de Tallada, definidor de la letra y del espíritu de las leyes, es un mantenedor de la piedad. No caben ni en su ropaje ni en su toga; necesitan refundir lo misericordioso en lo justo, y lo justo en lo misericordioso (1)*.

Las doctrinas de Beccaria, si no con tanta fuerza como en otros países, no dejaron de tener repercusión en España. El famoso libro del reformador, *Dei delitti e delle pene*, fué traducido por Juan Riera; atacado por la Inquisición fué defendido por el Consejo de Castilla. Pero por quien entraron con más vigor las doctrinas del nuevo Derecho penal, fué por conducto de un notable jurista, de D. Manuel Lardizábal y Uribe. Deseando Carlos III, á semejanza de los monarcas denominados reformistas, Federico II de Prusia, María Teresa de Austria, Leopoldo de Toscana, etc., renovar radicalmente nuestra anticuada legislación criminal, dictó una Real resolución con fecha 25 de Septiembre de 1770, por la cual se encomendaba al Tribunal Supremo la reforma de nuestras viejas leyes penales. La persona encargada de prepararla fué Lardizábal, que con este motivo escribió un notable *Discurso sobre las penas*, que, como dice el Sr. Dorado (2), representa el primer ingerto de las teorías liberales de la época en el nuevo tronco del Derecho penal tradicional, así doctrinal como legislativo; con la particularidad digna de notarse (sobre todo para los que piensan que los poderes oficiales deben ir siempre á remolque de toda innovación) de que el ingerto se verifica de orden del rey y con la aprobación del Consejo Real, y de que lo verifica un miembro de este mismo Consejo, un alto funcionario oficial.

Posteriormente á Lardizábal pueden citarse entre los más eminentes cultivadores del Derecho penal en nuestra patria á D. Francisco Antonio Elizondo, autor de una *Práctica criminal*; á D. Vicente Vizcaíno Pérez, autor de una obra titulada *Código y práctica criminal*, y á don José Marcos Gutiérrez, que escribió una *Práctica criminal de España*.

En un período ya relativamente cercano, á mediados del siglo XIX, nuestro penalista más notable es D. Joaquín Francisco Pacheco cuyas *Lecciones de Derecho penal* pronunciadas en el Ateneo de Madrid en los años 1839 y 1840, causaron una sensación extraordinaria. Influyó mucho en la publicación del Código de 1848, tomando parte muy principal en su confección y publicando unos comentarios á dicho Cuerpo legal muy consultados, aún hoy día, por los abogados. Su punto de vista penal, radicaba en la teoría de la expiación tal como Rossi la desenvuelve en su *Tratado de Derecho penal*.

Ya por aquel tiempo comenzaban á difundirse en España, por obra de los discípulos del Sr. Sanz del Río, las doctrinas krausistas, y por consecuencia, las de Röder, uno de los más ilustres discípulos de Krause. Ya, en páginas anteriores, se ha dicho algo del arraigo que el correccionalismo de Röder encontró en las doctrinas de nuestros penalistas. Además de las traducciones y artículos, y folletos del insigne maestro D. Francisco Giner y de Romero Girón, el correccionalismo influye en la obra de Silvela, que constituye, sin duda, la exposición

(1) Salillas, *Las Asociaciones de patronato de presos en España*, Revista de Legislación, 1899, p. 818, cit. por Bernaldo de Quirós. *Las Nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid, 1898, p. 831.

(2) *Derecho penal preventivo*, Madrid, 1901, p. 253.

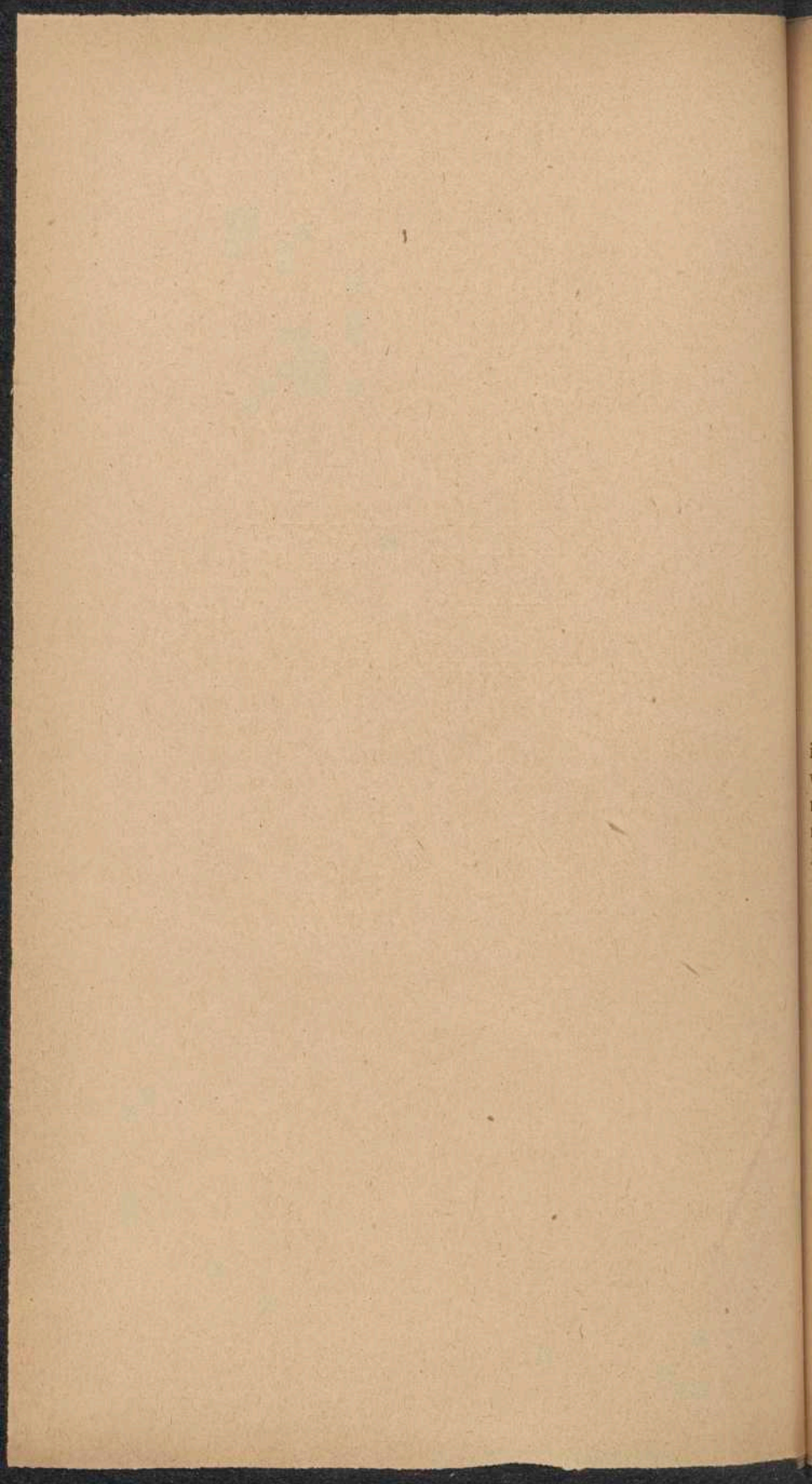
más notable del Derecho penal español, y más hondamente aun las publicaciones del Sr. Aramburo, sobre todo, en las meritisimas notas contenidas en este libro.

Réstanos mencionar, una de las figuras más ilustres de nuestra ciencia penal contemporánea, Doña Concepción Arenal, á quien sus libros, folletos, artículos y comunicaciones, á diversos Congresos, han conquistado una alta reputación dentro y fuera de España. En cuestiones penitenciarias, era una autoridad europea; los trabajos que envió á los Congresos penitenciarios de Stokolmo, Roma y San Petersburgo, le crearon una envidiable reputación. Su posición científica, que es originalísima, se aproxima al correccionalismo, sin que pueda clasificársela entre los defensores de estas teorías.

EXPOSICION DEL DERECHO PENAL

~~~~~  
*Doctrinas generales.*







# LIBRO PRIMERO

## DE LA LEY PENAL

---

### CAPÍTULO PRIMERO

De la ley penal considerada en su eficacia intrínseca (1).

---

«Solo las leyes pueden establecer las penas sobre los delitos».

*Beccaria: «Del. e pen.», § III.*

§ 1. De igual modo que la palabra es forma necesaria de la idea, la ley es forma necesaria del Derecho en la humana convivencia; y esto que se afirma de toda ley en general, puede igualmente decirse de la ley penal en particular. P. Rossi presentó muchos argumentos encaminados á demostrar la necesidad de la ley penal, deduciéndola principalmente de que el hombre no puede ser castigado sino en cuanto conoce que su acción constituye una violación de la ley moral, y la justicia social no puede tener una prueba de tal conocimiento más que con la preexistencia y publicación de la ley positiva. También la deduce del deber que la sociedad tiene de prevenir el delito por cualquier medio legítimo, antes de recurrir á la pena, y de aquí que la declaración de la penalidad para cada clase de delitos es indispensable, á la seguridad social, quitando al que se proponga la comisión de un hecho punible la esperanza de una pena ligera, y á la seguridad individual, librando al hombre del imitado poder judicial (2). Todas

---

(1) *Van-Eek: «De arbitrio judicis in poenis infligendis legibus circumscripto».* Lugd. Bat. 1776. - *Koenigswater: «De juris criminalis placito»: nullum delictum, nulla poena sine pravia lege poenali.* Amstelod. 1835.

(2) *Traité de Droit penal.* Liv. IV, c. 1.



estas razones son ciertas, pero sobre todas ellas hay una principal que deriva del principio mismo sobre que se halla fundado el castigo del delincuente. Para que el Derecho penal reine en el seno de la sociedad sobre los individuos, es preciso que por el establecimiento de íntima aparición en las particulares conciencias individuales asuma una determinación autorizada respecto á cada uno con respecto á aquello en que la conciencia general coloca el contenido del castigo justo. La unidad propia del Derecho, encierra como consecuencia una sola y la misma fórmula que sea autorizada en su nombre para que si la sociedad debe realizar el Derecho, el primer momento de su realización ha de ser el fijar cuál sea su contenido. La ley penal aparece, por tanto, como la necesaria manifestación de la conciencia jurídica de un pueblo con respecto á la punición del delito; y pues, la expresión del Derecho penal por obra de la sociedad jurídica.

§ 2. (No debe creerse por esto que la ley penal crea á su cargo el delito, ó imprimir arbitrariamente la nota de punibilidad á las acciones humanas, ya que es absurda la doctrina sostenida por Bentham de que la ley crea el Derecho. El Derecho es la ley; las leyes; la justicia penal en sí misma, la justicia penal absoluta crea las leyes penales y vive en ellas) como vive el espíritu en los innumerables organismos de la Naturaleza. El Derecho puede decirse que es aquello de que la ley arranca, en que la ley consiste y á que la ley se dirige. Así, la ley penal es forma en la que el Derecho encarna, y por eso la autoridad del Derecho se traslada á ella, haciéndola digna de respeto y revistiéndola de legítimo imperio. En lo que tiene de forma, es frágil, caduca y está sujeta á transformaciones, pues cada grado de desenvolvimiento de la conciencia del Derecho penal en un pueblo necesita el mejoramiento de la ley, y por eso, ante la soberanía jurídica del Estado es revocable; pero hasta que una nueva ley no la sustituya, está revestida de eficacia jurídica, y lleva en sí misma la propia autoridad del Derecho.)

§ 3. (El objeto de la ley penal es determinar el contenido del Derecho penal en nombre de la conciencia nacional. De aquí se deducen dos consecuencias:)

1) (La ley penal debe contener todo aquello que es materia del Derecho penal. Pero aquí es preciso hacer una consideración: el Derecho penal tiene principios generales aplicables á las acciones humanas, independientemente de la naturaleza especial y concreta



de los hechos particulares. Pero á la vez tiene otros principios que se presentan como concreta aplicación de los primeros, según las condiciones propias de un hecho criminoso determinado. Los primeros pueden preverse y formularse *a priori*, esto es, antes que los hechos humanos criminosos aparezcan en la existencia concreta como hechos individuales; los segundos no pueden preverse. La ley penal debe enunciar los principios generales, previsibles, *a priori*, pero debe dejar á la autoridad encargada de aplicar la ley en los casos singulares, el completar la obra de la realización de la justicia, merced á la apreciación de los hechos especiales.

2) La ley penal debe presentarse como obra de la conciencia nacional; y por eso debe aparecer como producto de aquella potestad que, según la Constitución del Estado, está llamada á interpretar la conciencia nacional del Derecho, debiendo no sólo emanar de ella, sino que, mediante la declaración de la opinión pública, debe irse formando como aquella opinión común que es la resultante de la discusión de las opiniones individuales. Esto constituye la legitimidad de su origen y de su existencia, la doble condición bajo la cual la ley penal puede ser considerada como expresión autorizada del Derecho.

§ 4. Siendo la unidad de la ley manifestación de la unidad del Derecho, es preciso que la ley penal sea la fuerza directiva de todas las otras fuerzas sociales que obran en el Estado para la realización del Derecho penal: principio que no sólo pertenece á este Derecho, sino que forma uno de los principios del Derecho constitucional.

De aquí que vengan como consecuencia los siguientes teoremas:

1) No se puede considerar como delito una acción, sino cuando la ley la haya considerado como tal *Nullum crimen sine praeuia lege poenali* (1)

2) No se puede emplear contra el individuo otro castigo que el establecido en la ley. (*Nulla poena sine lege.*) Lo cual produce dos consecuencias: a) la pena debe ser del número de las que están establecidas por la ley: b) el delito no puede ser castigado sino con la pena preestablecida para el mismo (2).

3) No se puede modificar la organización de las jurisdicciones

(1) *Quamquam temerarii digni poena sint tamen illis parcendum si non tale sit delictum quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est.* L. 7, párrafo 3. D. ad L. Jul. majest.

(2) Sobre estos dos principios véase la l. 131 D. de verb. signif.: *Poena non arguitur nisi quae quaque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est.*



sino en virtud de una ley: nadie puede ser separado de sus jueces naturales, ni podrán crearse tribunales ó comisiones extraordinarias.

4) Nadie puede ser detenido, ni sujeto á pesquisa domiciliar, sino en los casos y forma determinados por la ley.

5) Los juicios penales no pueden tener lugar sino en virtud de una ley, y según aquellos principios que constituyen el procedimiento judicial.

De todo lo cual claramente se deduce que la ley penal tiene doble materia, á saber: las *leyes de penalidad*, ya *general*, ya *especial*, y las *leyes del procedimiento penal*, ya sea *el judicial*, ya sea *referente á la ejecución de lo juzgado*.

§ 5. Con este se relaciona un problema de gran importancia el relativo al modo por el cual el Derecho llega á ser ley. El Derecho penal, ¿debe reconocer como modo legítimo de manifestarse además de la ley escrita, la costumbre ó *auctoritas rerum perpetuam similiter judicatarum*?

La costumbre (1) puede ser manifestación del Derecho en las sociedades nacientes; pero cuando la cultura jurídica se desenvuelve en una nación dada, la ley debe ser la única manifestación del Derecho, debiendo considerarse como ineficaz la acción de todo otro principio distinto de la misma. El Derecho romano dedujo fuerza obligatoria de la costumbre de que es, al par de la ley escrita, la expresión de la conciencia nacional (2); pero este concepto de la costumbre en general, no puede exactamente aplicarse siempre al Derecho penal. En los primitivos tiempos, el Derecho penal romano surge de la costumbre; pero el Derecho romano primitivo, el Derecho romano de las *leyes* y de las *constituciones*, admitió la costumbre sólo como guía para la interpretación de la ley. Los germanos tuvieron en un principio costumbres que después fueron traducidas y convertidas en *leges*; y Tácito nos dice: p

(1) Weiss: «De vi consuetudinis in causis criminalibus», Leips. 1815.

(2) *Quam ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod iudicio populi receptae sunt, quae merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebant omnes, quod interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis* (1.º párrafo I. D. de lege).

(3) *Non exemplis sed legibus iudicandum* (1. 118 D. de sent. et interloc.)— *Legislator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus profisciscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere* (1.º D. de leg.) — Véase Paulo, 1. 23 de cod. tit. — L. 9. D. de extraord. crimin. Birnbaum: en el «Archivio del Diritto Criminale», XIII, p. 545.



*ibi valent mores quam leges*; pero el Derecho germánico va prescindiendo del elemento consuetudinario á medida que sufre la influencia de los pueblos romanos. Carlo Magno, en una capitular de 802, dice: *judices secundum scriptam legem judicent*; y la *Constitutio Carolina*, en su art. 104, prohibió que se formaran, aunque fuera por uso judicial, costumbres por las que alguna acción se considerara como delito ó se señalaran penas más graves de las establecidas por la ley. Sin embargo, el *usus fori* queda durante algún tiempo como una de las fuentes del Derecho penal, á falta de reglas especiales del Derecho nacional ó del Derecho común. Las modernas legislaciones han negado resueltamente toda eficacia jurídica de la costumbre en materia penal; y el principio de la distinción de los poderes en el Estado, impone al Juez el deber de obedecer á la ley, ya que una sentencia contraria á la misma es nula (art. 627, C. proced. pen. ital.). Algunos publicistas modernos, como Abergg, Marezoll y Berner, reconocen en la costumbre una manifestación meramente supletoria del Derecho, cuando la actividad legislativa está ya desenvuelta en el pueblo; pero fuera del concepto de la consuetudo como *optima legum interpretes*, esto es, que la costumbre es segura guía para la interpretación de la ley, no puede tener valor como fuente independiente del Derecho penal.

§ 6. El problema de la costumbre se relaciona con el de la interpretación de la ley penal (1). No hablaremos aquí de la interpretación auténtica ó ley interpretativa, la cual, según las reglas del Gobierno libre en general y de nuestro Estatuto constitucional en particular, pertenece al mismo poder legislativo; pero sí hablaremos de la *interpretatio judicialis*, la cual da origen al llamado *usus fori*. La ley debe ser en el Estado la sola fuerza motriz de la realización del Derecho penal. La aplicación de la ley no es posible sin su interpretación por obra del Juez, pero éste no puede hacer otra cosa que interpretar para que su sentencia se ajuste á la

(1) Krause: «De extensiva paenarum interpretatione». Gedan 1752. — Bieweld: «De exhibens doctrinam de interp. juris ad leges crimin. applicatam». Lugd. Bat. 1771. — Magliano: «De juris interpretandi ratione». Neap. 1808. — Jordan: «De la interpretación de las leyes penales» (alem.): Landshut 1818. — Cobb: «De argumento ab analogia ejusque a legis interpretatione differentia» (Dav. 1821). — Etout: «De interpretatione in jure criminali». Lugd. Batav. 1822. — Van Campen: «De interpretatione leg. cim. extensiva». Lovan. 1829. — Hélie: «De l'interprétation de la loi pénale». *Revue Critique de Législation* (1854). — Hepp: «La analogía en las varias direcciones de su aplicación al Derecho penal» (alem.): En el «Archivio del Derecho Criminal». Nuova serie 1846, págs. 100 y 181. — Merkel: «Interpretación de la ley penal» (alem.) Manual de Holtzendorff, Berlin 1871, tomo II, pág. 67.



ley. *Non de legibus, sed secundum leges judicandum*. La interpretación en general puede ser literal ó lógica, y la interpretación lógica racional significa penetrar en el espíritu de la ley en caso de ambigüedad ú oscuridad de la letra de la misma, é integrarla por analogía en caso de deficiencia. La analogía es, pues, legal ó jurídica: *legal*, cuando se extiende de los casos previstos á los no previstos, siempre que los comprenda la razón de la ley (*ubi eadem ratio, ibi idem jus*); y *jurídica*, cuando se crea que los casos no previstos debían hallarse comprendidos entre los previstos. Ahora bien, en materia penal, una ley, ya sea oscura y ambigua, ya incompleta, nunca puede decirse que se viola, porque no se puede negar con la voluntad lo que la razón no puede antes afirmarse á sí misma en la conciencia; y por eso la interpretación debe fundarse en el reconocimiento de que un hecho concreto puede hallarse comprendido como realidad determinada bajo la hipótesis general y abstracta de la ley.

En el Derecho romano, la interpretación no podía limitarse por la deficiencia de la ley, á los casos previstos; y así surgió la doctrina de la *analogía legal* y la *analogía jurídica* ó *parallelismo*. La analogía de las cosas expresadas, deducía una norma para los particulares no expresados, y la analogía jurídica ó *parallelismo* había de considerar, no cual había sido, sino cual debía haber sido el pensamiento del legislador (1). El Derecho canónico sostuvo la analogía legal (2). La facultad extensa de interpretar dió lugar en la Edad Media á aquel conjunto de interpretaciones contradictorias que hacía incierta la eficacia de las leyes. Bacon de Verulam censuró esta manera de interpretar en materia penal (3), y Montesquieu, Beccaria, Portalis y Livingston impugnaron vigorosamente la interpretación extensiva.

Las legislaciones modernas sobre las bases del Código francés consagraron los siguientes principios: 1) La interpretación en materia penal debe ser restrictiva; 2) Sólo se puede acudir á la interpretación

(1) *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut Senatusconsulti comprehendendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, in qui jurisdictioni pro ad similia procedere, atque ita jus dicere debet*. L. 12 D. de legib. — Cf. 1. 13, 27 D. de verb. signif.

(2) *Non verbum ex verbo, sed sensum ex sensu transferri, quia plerumque dum verbum proprietas attenditur, sensus veritatis amittitur* (Cap. XIII, de Verborum significatione). — Cf. Cap. VI eod., en v. Decret.

(3) *Non placet extendi leges poenales, multo minus capitales ad delicta nova* (Bacon — De font. jur. — Aph. 13).



pretación racional cuando se trate no de perjudicar, sino de mejorar la condición del reo. Solamente los códigos alemanes admiten la interpretación extensiva y la analógica dentro de los límites de la analogía legal, y es también criterio hoy dominante en Alemania, el conceder al juez la facultad de interpretar con analogía legal, según aparece de las declaraciones de Tibaut, Marezoll, Berner y otros. La legislación italiana se atiene á la doctrina de la interpretación restrictiva como límite de la severidad en materia penal; pero creemos que respecto á casos dudosos ó ambiguos, es preciso interpretar racionalmente y sólo para mitigar el rigor de las leyes (1). De aquí pueden deducirse dos reglas prácticas:

1) Si se trata de aquella parte de la ley penal, que consiste en imputar una acción dada y un determinado modo de obrar, la interpretación debe ser restrictiva; la letra de la ley debe ser la condición *sine qua non* de la incriminación (2).

2) Cuando se trate de otras partes de la ley penal, en las que sea preciso resolver en uno ú otro sentido el problema que ha surgido, habrá que penetrar en el espíritu de la ley, inclinándose al significado más benigno: *In dubiis benignius interpretandum* (3).

\*\*\* La ley penal, á la manera que el autor la considera aquí, ha sido definida como «la declaración del poder soberano por medio de la cual da á conocer cuáles son los actos que prohíbe y cuáles los que ordena, amenazando á los contraventores con un mal que se llama pena» (Rossi); «la declaración, legalmente hecha por la Autoridad legítima, de aquellas acciones ú omisiones que lesionan la seguridad pública y de las penas con que ha de castigarse al autor de ellas» (Crivellari); «la voluntad del Estado, expresada según la Constitución, respecto al tratamiento de los delitos» (Berner); y, ateniéndonos á las palabras del texto, «la fórmula autorizada en que se precisa el contenido presente de lo penal según la conciencia pública».

Prescindiendo de lo defectuosos que puedan ser estos conceptos, claro es que aquí se da una significación técnica al de la ley, y con-

(1) *Interpretatione legum poena molliendoe potius quam exasperandoe*, L., 42 D. de pomis — *In poenis benignior est interpretatio faciendae*. C. 49 de reg. juris. in VI — Pragmática de 1774: Los jueces deben atenerse estrictamente al texto de las leyes.—Artículo 4. Cod. civ. ital.: «Las leyes penales y las que restringen el libre ejercicio de los derechos ó forman excepciones á reglas generales ó á otras leyes, no se extienden más que á los casos indicados.»

(2) En este sentido debe admitirse la afirmación de Beccaria. En todo delito debe hacerse del juicio un silogismo perfecto: la mayor es la ley general; la menor la acción, conforme ó no á la ley; la consecuencia, la libertad ó la pena (§ VI).

—Cf. art. 8. Cod. de la Luisiana.

(3) L. 155, § 2, de reg. jur.



viene recordar lo que en notas anteriores dijimos respecto al Derecho visto en principio y en sus manifestaciones históricas, á su proceso biológico y á su verdadero cumplimiento. Sólo partiendo de estas tales consideraciones puede resolverse con criterio seguro lo tocante á la naturaleza de la ley positiva, á su diferencia de la costumbre, á su valor respectivo de una y otra y al significado y alcance de la interpretación.

Puntualizados brevemente estos particulares, debe advertirse:

1.º Que la ley penal positiva es forma reflexiva de la norma jurídica, que sólo satisface la necesidad á que responde, cuando en el tiempo, expresa las exigencias presentes de la conciencia pública, y en su actuación, se compadece con el fondo real que los hechos por ella prescritos exteriorizan.

2.º Que la costumbre es forma, asimismo, espontánea de la regla jurídica, reclamada por una particular relación que le da causa ocasional, y tiene la eficiente, no en el mero lapso del tiempo, ni en la conciencia del legislador, sino en el principio racional de donde emerge al cual sirve.

3.º Que la diferencia entre la costumbre y la ley, formas ambas de expresión del Derecho, sólo está en la manera de su respectiva producción y determinación en la vida.

4.º Que ni se contraponen ni se rechazan, sino que se auxilian y se completan; y si es cierto que en un superior grado de cultura social en que aparece la consiguiente diferenciación de órganos para sendas funciones, y la constante comunicación de la *opinión* pública y del *poder*, reviste la ley una importancia más propia y acentuada; y si es cierto también que en la disciplina penal, por ser lo penal «forma sintética del Derecho» y por requerirse más (siquiera sea á título de garantía) dictados claros y precisos, no es la costumbre la forma más natural y satisfactoria—nunca puede en absoluto afirmarse que ésta carezca de todo valor y significación, según lo demuestra la afirmación, por nadie rechazada, de que la ley no puede prever la totalidad de los casos en número y calidad individual y el hecho de que determinados preceptos penales no tienen en la práctica cumplida eficacia.

5.º Que si la ley penal es, en lo posible, lo que debe ser, la interpretación *declarativa* (Haus) es la que le corresponde ante todo y cuando proceda. La máxima corriente de que la interpretación ha de ser de continuo restrictiva y que toda duda ha de resolverse por la benignidad, procede en mucha parte de dos cosas que en buena doctrina y en los tiempos que alcanzamos han perdido su valor: de considerar la pena como un mal y del temor á los excesos de poderes arbitrarios.

\* \* Hechas estas sumarias indicaciones, susceptibles de un mayor desarrollo á que no nos creemos obligados, veamos ahora la doctrina legal sobre la materia de este capítulo.

\* \* \* *Legislación italiana*.—La doctrina del Código penal italiano está contenida en los arts. 1.º y 29. El primer párrafo del art. 1.º dice «Nadie puede ser castigado por un hecho que no se halle expresamente previsto como *reato* por la ley (*nullum crimen sine pravia lege*), ni con penas que no se hayan establecido por la misma» (*nulla poena sine lege*). El art. 29, que ha sustituido al art. 4.º del Código anterior, insistiendo sobre este último punto, dispone «que las penas no pueden ser aumentadas, disminuidas ni conmutadas sino en los casos expresamente determinados por la ley.»

*Legislación española*.—En España tenemos, en primer lugar, con relación al valor de la costumbre, la declaración terminante del art. 5.º



del Código civil (cuyo título preliminar se refiere á toda clase de «leyes, á sus efectos y á las reglas generales para su aplicación», según el cual «las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario»).

La Constitución de 1876, en su parte dogmática, en que consigna los impropriamente llamados derechos individuales, determina respecto á la necesidad y conveniencia de la ley penal positiva, que «ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de *leyes anteriores al delito* y en la forma que éstas prescriban» (art. 16). Y el art. 76, respecto á las atribuciones de los juzgadores, dice: «A los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente á la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, *sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado*», con lo cual se precisa debidamente el campo de acción del juzgador.

El Código penal, que viene á ratificar estos principios, empieza por definir en el art. 1.º los hechos punibles, diciendo que son «las acciones y las omisiones voluntarias *penadas por la ley*», y de aquí la necesidad de una ley previa encargada de penar las acciones humanas, dándoles la condición de delitos ó faltas. Esto mismo viene á confirmarlo el art. 22, al decir: «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración». De este modo se consagran, como en el Código italiano, los dos principios: *Nullum crimen sine praxia lege*.—*Nulla pena sine lege*.

El art. 2.º, previendo el caso de que se realice una acción mala no penada por el legislador, dispone que «en el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, *se abstendrá de todo procedimiento sobre el y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal*», con lo cual se rechaza decididamente la interpretación analógica.

Se ve, pues, tanto en la Constitución, como en el Código penal, la declaración oficial de que no puede castigarse por el juez, sino lo que se halle previa y taxativamente prohibido por el legislador.

● Así como Pessina, casi todos los autores de derecho penal afirman que la ley es la única fuente de derecho penal y que, por consiguiente, no hay más delitos que los previstos y castigados por la ley penal. No sólo los penalistas de la centuria pasada Romagnoni (1), Carrara (2), etc., sino los actuales, sostienen también el conocido aforismo *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*. Stoos, dice que este principio establece para el ciudadano el derecho de no poder ser castigado, sino por aquellas acciones que la ley penal ha declarado expresamente como punibles. Sólo las leyes y ordenanzas son fuentes de derecho penal. Ninguna disposición penal puede ser abolida ó limitada por la costumbre. Ni las sentencias de los Tribunales, ni las enseñanzas científicas pueden ser fuentes de derecho, y el valor que puedan tener las decisiones de los Tribunales de casación y los trabajos científicos no provienen de la autoridad de sus autores, sino de la

(1) *Genesi del diritto penale*, vol. I, pág. 189 y sigs.; Ferènze, 1844.

(2) *Programma*, pág. 75 y sig.; Sueca, 1889.



fuerza de los principios que guían sus opiniones (1). Así, para el autor, sólo la ley es fuente del derecho penal. Según Lizst, la actuación del derecho no admite más fuente del derecho, que el derecho escrito (ley en su amplio sentido) (2). Prins, afirma que el ejercicio del derecho de castigar está subordinado á la condición de que los delitos y las penas se fijen de antemano por la ley (3). Esta común opinión de los tratadistas, como no podía menos de suceder, ha tenido un profundo influjo en las legislaciones, que, sin excepción, consignan como preceptos el referido principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. A partir del Código penal francés de 1810, todos los Códigos, y, por consiguiente, los nuestros, siguen esta conducta. El Código de 1822 (4), así como los de 1848 y 1850 (5), consignan, los últimos en algunas pocas veces: que sin una ley preexistente, no hay ningún hecho punible, ni penas aplicables; y el Código en vigor, no solamente establece en su art. 1.º, que «son delitos ó faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley», sino que en su artículo 22 dispone como terminante, que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración». Por consiguiente, no cabe duda que en el derecho penal positivo, sólo la ley penal es fuente del derecho penal. Pero, por la ley penal, no solamente debe entenderse el Código penal, sino también las otras leyes que tienen un carácter penal, v. gr.: la ley de 1.º de Enero de 1877 relativa á los delitos de secuestro, la ley de 26 de Mayo de 1878 para reprimir el empleo de los niños en ejercicios peligrosos de fuerza y dislocación; la ley de Explosivos de 10 de Julio de 1880; la ley de 23 de Marzo de 1906 relativa á los delitos contra la Patria y el Ejército; pero, además, deben aquí considerarse como leyes penales las que entre disposiciones de diverso género contienen prohibiciones sancionadas con la amenaza de una pena, como, por ejemplo, la ley de 13 de Marzo de 1900, regulando el trabajo de los niños y las mujeres, la ley Electoral de 8 de Agosto de 1907, la ley de Caza de 1.º de Mayo de 1902 y otras muchas que podrían citarse.

También pueden reputarse como ley penal aquellas disposiciones emanadas del gobierno, ya por delegación del poder legislativo, porque el gobierno, en atención á consideraciones de necesidad y oportunidad, asume por sí esta función. Esto tiene lugar sobre todo en países como el nuestro donde tanto se legisla por decretos. Tal carácter tiene el decreto de 1.º de Enero de 1871, que corrigió las erratas de la edición oficial del Código é introdujo algunas reformas en el articulado.

(1) *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*; Wien und Leipzig, 1911, págs. 67 y 68.

(2) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*; Berlin, 1911, pág. 94.

(3) *Science pénale et droit positif*; Bruxelles, 1899, pág. 39.

(4) Este Código en su art. 4.º, prescribía: «A ningún delito ni culpa se le aplicará nunca otra pena que la que señale alguna ley promulgada antes de la perpetración».

(5) No solamente consignaban estos Códigos en su art. 1.º que «es delito toda falta toda acción ó omisión voluntaria penada por la ley», sino que en el art. 2.º añadían: «No serán castigados otros actos ó omisiones que los que la ley castiga» y en el art. 19: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetración».



● ¿Cómo ha aparecido este principio de la legalidad de los delitos y las penas? (1).

La difusión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que hoy está tan arraigado en las opiniones y en los Códigos, apareció como un movimiento de reacción contra el formidable abuso que se hacía del arbitrio judicial en perjuicio de los ciudadanos. Antes de las reformas penales iniciadas por Beccaria y realizadas por los Códigos revolucionarios, dominaba en toda Europa el arbitrio más excesivo. El extremado rigor de la legislación penal, que estaba ya en pugna con las costumbres de la época, hizo que se introdujese en todas partes la concesión á los Tribunales una gran independencia en la administración de justicia, así los jueces podían castigar los hechos punibles con penas mayores ó menores que las fijadas por las leyes, ó aplicar otras distintas, y hasta penar hechos no incriminados en la legislación existente. Los abusos, según parece, fueron enormes y tal arbitrio, que se concedió con el ánimo de favorecer á los ciudadanos con el fin de que no recayese sobre ellos una penalidad que se estimaba rigurosa con exceso, no se empleó, sino en defensa de intereses personales de clase, y no en defensa de la sociedad, y los ciudadanos fueron con frecuencia vejados y oprimidos por los Jueces y Tribunales. Pero llegado el tiempo de resurgimiento de la personalidad individual en frente de la del Estado, en cuanto los individuos pudieron asentar sobre base firme sus derechos y establecer las garantías que debían protegerlos, al inscribir las en las constituciones incluyeron entre ellas la que se denominó, y se denomina aún, garantía penal que asegura al ciudadano no ser detenido, ni preso, ni procesado, ni juzgado sino por las Autoridades competentes, ni penado sino por hechos considerados como delitos por leyes anteriores á su ejecución.

La declaración de los derechos del hombre, acoge por primera vez estos principios que la Constitución de 1791 reprodujo después; de aquí pasaron á las demás constituciones que rigen en otros países. En España las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y la vigente de 1876 (2), como no podía menos de suceder, han seguido la misma senda y han establecido en sus preceptos la garantía penal entre las otras garantías reconocidas á los ciudadanos. Así se originó el principio de la legalidad de las penas que, como ya sabemos, fué después admitido y consignado en todos los Códigos penales.

● El ilustre Profesor español Sr. Dorado, cree que no obstante el aparente arraigo adquirido en la teoría y en el derecho positivo por el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, puede considerarse iniciado contra él un movimiento de reacción. Las razones que le inducen á acreerlo son varios.

En primer lugar, las corrientes actuales de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho y de su valor. Contra el sentido for-

(1) Vid. Dorado Montero, *Problemas de derecho penal*, vol. I. Madrid, 1895, páginas 18 y sigs.

(2) La garantía penal en la Constitución vigente, está contenida en el artículo 4.º: «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; en el 5.º: «Ningún español podrá ser preso, sino en virtud de mandamiento de Juez competente»; y en el 16: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban.»



malista, kantiano y rousseauniano, que sostiene no haber más derecho que el declarado por el estado nacional mediante el *poder legislativo*, y el hecho de cumplir mediante el *poder judicial*, se ha realizado una protesta cuyos resultados han sido: 1.º, afirmar la existencia de una esfera jurídica autónoma en toda persona, y por tanto, la existencia de *otros órdenes* de derecho que el orden de derecho exterior al estado nacional; 2.º, afirmar que en la esfera jurídica que al estado nacional corresponde regir, hay bastante más derecho que el derecho legislado, y que éste debe tener su fuente, no en la voluntad del legislador, sino en la *conciencia jurídica* del pueblo, manifestada por todos los órganos por los cuales puede manifestarse, es decir, por medio de los poderes oficiales (*poder legislativo, ley, poder judicial, jurisprudencia*), como por medio de los otros órganos y poderes que al estado *no oficial* (*costumbre, derecho científico, derecho natural*, etc.)

Otras razones mueven al Sr. Dorado á creer en tal movimiento de reacción: el espíritu y tendencias de las escuelas penales correccionista y positiva; el reconocimiento de la personalidad individual y los derechos que la integran en la conciencia jurídica contemporánea; el carácter socialista de la sociología moderna; la introducción cada vez mayor, en las legislaciones del arbitrio judicial, y el nacimiento y generalización de ciertas instituciones que responden á una concepción de la pena distinta de la dominante, como son la libertad condicional de los penados, la sustitución por otros medios de las penas de cárcel, sobre todo, las de corta duración, los establecimientos de educación y corrección para delincuentes jóvenes, asilos para delincuentes ancianos ó enfermos, manicomios criminales, etc. Por todos estos conductos, creo dice el Sr. Dorado, ha comenzado á quitarse fuerza al referido principio *nullum crimen sine lege*, hasta que llegue el día en que desaparezca por completo colocando en su lugar el «prudente, discreto é inteligente arbitrio judicial» (1).

● A pesar de la reacción aparecida, en opinión del Sr. Dorado, contra el principio *nullum crimen, nulla pena sine lege*, éste encuentra hoy día más arraigado, quizás, de lo que pudiera creerse, y aun el más lejano peligro que pudiera amenazarlo, se ponen en guardia los penalistas reivindicando la defensa de los sagrados derechos individuales.

Hace pocos años, en el seno de la Unión Internacional de Derecho penal surgió el punto de vista de sustituir respecto de ciertas categorías de delincuentes, de ciertos reincidentes, la noción del delito por la del *estado peligroso* del delincuente. En el Congreso celebrado por la Unión en Hamburgo en 1905 la cuestión se planteó en estos términos: «Extensión para ciertas categorías de reincidentes de la noción del estado peligroso del delincuente sustituida á la noción demasiado exclusiva del hecho perseguido.» En los Congresos posteriores de Bolón (1908) y de Amsterdam (1909) aparece de nuevo, é igualmente en el Congreso de Bruselas de 1910; pero paralelamente á esta cuestión aparece otra presentada, especialmente por penalistas franceses, sobre la necesidad de mantener en el Derecho penal el punto de vista objetivo, el punto de vista del acto ejecutado, para garantizar la libertad individual. Si la determinación del «estado peligroso» del

(1) P. Dorado, *Problemas de derecho penal*, tomo 1.º, Madrid, 1885, p. 337 y siguientes.



linamente se deja abandonada al arbitrio del juez, sostienen estos penalistas, se pondría en manos de los Gobiernos un arma temible que podrían utilizar en las luchas políticas del porvenir. En el apasionamiento que estas luchas despiertan, el partido gobernante no dejaría de encontrar entre sus adversarios una gran cantidad de degenerados y peligrosos que encerrar. Esto amenazaría gravemente la libertad y la tranquilidad de los ciudadanos y habrían permanecido estériles las conquistas liberales é individuales de la revolución francesa. «La sociedad, dice Garçon, no tiene solamente el deber de asegurar su seguridad contra las empresas de los malhechores, sino que también tiene el deber de garantizar y proteger el derecho individual.» Por consiguiente, en honor al respeto que estos derechos merecen si la sociedad puede y debe tomar medidas contra los criminales, debe también respetar sus derechos. «La ley debe fijar siempre la lista de los delitos y determinar la pena aplicable... Ningún acto fuera de los que ella ha previsto puede motivar una persecución penal, y así sabe el ciudadano con certeza lo que está permitido y lo que está prohibido. Y del mismo modo el máximo garantiza al culpable contra los errores y pasiones del juez; es la ley misma la que en su precisión objetiva, tranquila é imparcial, juzga que un hecho, cualesquiera que sean las condiciones en que ha sido ejecutado y quien quiera sea su autor, no puede motivar una pena rigurosa sin violar el derecho individual. Así el Código penal aparece bajo un doble aspecto: por una parte, es una amenaza; pero por otra, es, sobre todo, una garantía de la libertad civil. Suprimid estos principios y suprimiréis la libertad misma» (1). Sobre la base de estas consideraciones han pedido los defensores de este punto de vista que la ley determina de un modo concreto los delitos cuya comisión pueda dar lugar á la declaración del estado peligroso, y fije, además, el máximo de las medidas que se adopten respecto de estos delinquentes. En su consecuencia, el Congreso de la Unión Internacional de Derecho penal de Bruselas (1910), á propuesta de M. Garçon, adoptó la proposición siguiente, que es el reconocimiento más completo del principio *nullum crimen, nulla pena sine lege*: «La ley debe establecer medidas especiales de seguridad contra los delinquentes peligrosos, ya á causa de su reincidencia legal, ya á causa de los hábitos de vida que ella define, ya á causa de sus antecedentes hereditarios y personales manifestados por un crimen ó por un delito, que determinado por la misma ley.»

● La costumbre era fuente de Derecho penal en el antiguo Derecho español. Las Partidas la conceden la facultad de «tirar las leyes antiguas que fueron fechas antes de ella», y Gregorio López, glosando esta ley, dice: que la costumbre suple á la ley, «es el intérprete de las leyes y corrige el derecho anterior». En la actualidad, la costumbre no es fuente del Derecho penal español; éste no reconoce más fuente que la ley, según disponen los artículos 1.º y 22 del Código penal. «Pero si todo esto tiene aplicación, dice Silvela, para que la costumbre jurídica no dé vida á nuevos delitos no definidos por el legislador, de ahí no puede decirse en buena lógica que no sirva tal fuente de Derecho para modificar el Código, en el sentido de que dejen de considerarse como criminales acciones que se definen como tales. De hecho algún título, como es el del duelo, no se aplica con el rigor que deseaban sus

(1) Bulletin de l'Union Internationale de Droit pénale, vol. XVI, 2.ªme liv., p. 361.



autores; pero dentro de los principios que en esta materia constituyen nuestra legislación, preciso es convenir en que no ha podido transcurrir el tiempo necesario para que la costumbre se establezca plenamente. Además, es necesario no confundir el no uso con el uso contrario, pues el primero es incapaz de derogar la ley. La lenidad servada por los Tribunales en la materia á que antes nos referimos, cierto modo impuesta por una viciosa idea respecto al honor y estimación, no llega hasta el extremo de no hacer aplicación de las disposiciones legales á los casos que se presenten, y más bien se limitarse á no incoar los procedimientos necesarios para hacer constar la existencia del hecho punible. El acto no tiene existencia, pasa como inadvertido, y no hay, por consiguiente, motivo para hacer aplicación de la ley.

En resumen, pues, podemos decir que la costumbre jurídica ejerce tanto influjo en otros ramos del Derecho positivo y que tan importante papel desempeñó en lo antiguo en el penal, no es fuera de legislación en nuestros días en esta esfera del Derecho» (1).

● Entiéndese por jurisprudencia el derecho introducido por los ó sentencias de los Tribunales, lo cual es exacto, dice Silvela, se entiende que por tales actos no se crea, define ó formula precepto alguno obligatorio que anteriormente no existiese como derecho positivo por la ley ó por la costumbre». La jurisprudencia, añade, acompaña á la ley, explicando dentro de su espíritu su verdadero sentido, y en esta redacida esfera puede considerarse como una de la legislación positiva.

Análoga á la opinión del Sr. Silvela es la de Manzini. La jurisprudencia puede, en algunos casos, dar ocasión á la emanación de leyes jurídicas, pero no puede ni crear, ni cambiar, ni mudar la ley. El medio á través del cual se actúa una energía, no puede ser coherente con la energía misma. El precepto contenido en algunas sentencias que integran la jurisprudencia no puede asumir el valor de un precepto general ni aun en el caso de una jurisprudencia constante. Lo que ésta generaliza no es el precepto, sino la interpretación de la norma, interpretación que, como se ve todos los días, puede variar por nuevas indagaciones científicas (2).

● Los principios generales del Derecho suelen ser considerados por los autores, no solamente como medios de interpretación, también como fuentes mediatas del Derecho; pero sólo respecto al Derecho civil, esto no atañe al orden penal. Las máximas y principios del derecho ideal cuando no han cristalizado en una ley positiva, pueden ser exigidos mediante coacción. Estos principios deben servir para explicar la ley positiva, y sólo entonces son coactivamente obligatorios. Sin embargo, dice el Sr. Silvela, el Código penal no obstante su carácter de ley, se ha visto precisado en algunos casos á dejar algo á la aplicación de los Tribunales, que pueden admitir mayor número de circunstancias de atenuación que las marcadas por el Código, y que han de decidir si algunas son atenuantes ó agravantes, según los casos.

(1) Silvela, *El Derecho penal estudiado en principios*. Parte segunda. Madrid, 1904. Páginas 18 y sigs.

(2) Manzini, ob. cit., vol. I, pág. 194.



que no podrán hacer sino teniendo en cuenta los preceptos universales y las máximas y principios del Derecho (1).

● Resumiendo las líneas anteriores diremos:

1.º Casi todos los penalistas, antiguos y modernos, sostienen que sólo la ley puede ser fuente del Derecho penal, y que por consiguiente no hay más delitos que los previstos como tales por las leyes penales. Los Códigos se han inspirado en este común sentir de los autores, y todos, á partir del Código penal francés de 1810, consagran estos principios. Nuestro Código penal también sigue esta corriente y así, no sólo declara en su art. 1.º que «son delitos ó faltas las acciones ú omisiones voluntarias penadas por la ley», sino que además en el art. 22 prescribe que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración». Por tanto, no cabe duda sobre este extremo en el Derecho penal positivo de España; sólo la ley penal es fuente de derecho.

Por ley penal no debe entenderse de un modo en exceso restringido solamente el Código penal, las leyes de carácter penal, las leyes que entre disposiciones de otro género contienen prohibiciones sancionadas con la amenaza de una pena, son también leyes penales. De este carácter participan también las disposiciones emanadas del Gobierno, ya por delegación del Poder legislativo, ya porque el Gobierno, en atención á consideraciones de diversa índole, asuma por sí esta función.

Este principio de la legalidad de los delitos y de las penas *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aparece en las legislaciones como reacción contra el desmedido arbitrio judicial que dominó antes de la Revolución francesa; tal arbitrio causa males excesivos, y cuando llegado el tiempo del resurgimiento de la personalidad individual, pudieron los ciudadanos asentar su personalidad en frente de la del Estado, al establecer las garantías que debían protegerlos y consignarlas en las constituciones, consignaron también la que se denominó garantía penal que asegura al ciudadano no ser detenido, ni preso, ni procesado, ni juzgado, sino por las autoridades competentes, ni penado, sino por aquellas acciones que se consideran como delitos por las leyes anteriores á su perpetración. La vigente Constitución de 1876, como las de todos los países, ha acogido estas garantías. De las constituciones pasaron á los Códigos, y así el derecho positivo de todos los países ha acogido el principio de la legalidad de los delitos y de las penas.

Este principio, que parece estar hoy firmemente arraigado en opinión del más ilustre penalista, español, el Sr. Dorado Montero, mostraría señales de decadencia no lejana por las razones que el autor aduce. Pero, no obstante, tan valiosa opinión, hechos recientes manifiestan cuán sólido es el dominio del principio referido. La Unión Internacional de Derecho penal ha pretendido en época reciente fundar la represión penal, no en atención al hecho del delito cometido, sino en consideración al peligro que provenga del delincuente. Muchos penalistas vieron en esto una amenaza para la libertad individual si los Jueces podían castigar á los individuos por el mero hecho de parecerles capaces de delinquir, y obligaron á la asamblea á consignar en sus votos que estos individuos solamente serían penados en la for-

(1) Silvela, ob. cit., Parte segunda, pág. 24.



ma que la ley estableciera y cuando esta temibilidad se hubiera priorizado con la comisión de un hecho de los que la ley conside-  
como delitos.

2.<sup>o</sup> La costumbre que en el antiguo Derecho penal español fue fuente del derecho, ha perdido hoy este carácter. Con arreglo á nuestro Derecho positivo, la costumbre no puede ser fuente del Derecho penal.

3.<sup>o</sup> La jurisprudencia no es fuente del Derecho penal; sólo puede considerarse como un medio de interpretación de la ley penal.

4.<sup>o</sup> Los principios generales del Derecho, aun cuando deben inspirar toda ley positiva, por sí no pueden reputarse como fuente del Derecho penal.

---



## CAPÍTULO II

### De la ley penal considerada en su eficacia extensiva (1).

#### Consideraciones preliminares.

§ 7. Como ya hemos visto en el capítulo anterior, la ley no es idéntica al Derecho, porque es su encarnación, y por lo tanto, no puede tener el imperio universal que éste tiene. Su poder sobre los hombres se halla limitado, y este límite es triple, según que se considere el tiempo, el espacio ó la condición de las personas. El tiempo tiene su eficacia limitativa, porque la ley no es eterna como el Derecho, sino que cae en el dominio del tiempo, consistiendo precisamente la esencia propia del Derecho positivo en que las leyes se sucedan unas á otras. El espacio tiene también su eficacia limitativa, porque el Derecho no encarna en las leyes de otro modo que por obra de los varios Estados nacionales, y cada uno de éstos ocupa una parte de espacio dentro de la que vive como autónomo, ejerciendo su soberanía jurídica. Por último, la condición de las personas establece algunas excepciones al principio de que la ley obra igualmente sobre todos los que están sometidos á su imperio, en virtud de la igualdad jurídica.

Por consiguiente, vamos á estudiar la esfera de actividad de la ley penal, bajo este triple aspecto:

- 1) Con relación al tiempo.
- 2) Con relación al espacio.
- 3) Con relación á la condición de las personas.

---

(1) Berner: «La esfera de actividad de la ley penal con relación al tiempo, lugar y á la condición de las personas» (alem.). Berlin, 1853.



## I

*De la eficacia de la ley penal con relación al tiempo.*

«Appellamus ergo illam legem (quae in  
dis civitatibus fertur) *temporalem*, quae  
quam justa sit, commutari tamen per tem-  
pore iuste potest.»

Aug.: «de libero arbitrio».

§ 8. La ley penal, como toda otra ley, tiene su vida comprendida entre el momento de aparecer y el de cesar: comienza á tener vigor desde que se presenta como tal ley ante los individuos; y su duración cuando la reemplaza una nueva expresión del derecho. Su fuerza obligatoria está comprendida dentro de los límites de su duración.

Con el principio de que la ley no obliga sino desde el momento en que se presume conocida su existencia, se relacionan dos afirmaciones: 1.<sup>a</sup>, que la ignorancia de la ley ó el error respecto á la misma no excusan; 2.<sup>a</sup>, que la ley obliga para el porvenir, y no puede aplicarse al pasado, con fuerza retroactiva. Ambos principios, que son propios de toda clase de leyes, tienen una especial importancia en la esfera de la justicia penal.

§ 9. Del principio mismo de la promulgación, nace la deducción de que la ley debe suponerse conocida desde el momento que se ha publicado (1). El jurisconsulto Paulo dijo: *Regula est, ut nemo ignorare legem possit, quia legis ignorantia non excusat* (2). Y Justiniano añadió: *Constitutiones Principum neque ignorare quemque, neque dissimulare permissum* (3). Sin embargo, esta presunción tenía excepciones para las mujeres (4), para los menores (5), para los idiotas (6) y para los militares (7), cuyas excepciones demostraban que la fuerza de la ley

(1) *Rosshirt*: «De la ignorancia del Derecho». Archivo del Derecho penal (alem.), t. IX, p. 491. — *Birnbaum*: «De la ignorancia del Derecho» (alem.), t. XI, págs. 101 y 142. — *Heffter*: «Doctrina de la ignorancia y el error» (alem.), ibid. t. XII, p. 131 á 141.

(2) L. 9 pr. D. de juris et facti ignor.

(3) L. 12 C. cod. — Cf. I. II. § 4. De his qui not in.

(4) L. 38 § 4 D. ad L. Jul. de ad.

(5) L. 9 § 2; L. 37 D. de minor. — L. 38 § 7 D. ad L. Jul. de adulter. — C. si adv. del.

(6) L. 7 § 4 D. de jurisd. — L. 3 § 22 D. ad Sc. Silan.

(7) L. 4 § 15 D. de re milit.



sunción jurídica no podía ser tal que llegara á sobreponerse á la naturaleza de las cosas. El determinar, sobre todo tratándose de la ley penal, hasta dónde se pueda extender la presunción de ser conocida la ley, ha sido objeto de muchos tratados de antiguos y modernos escritores. Ya Ulpiano (1) distinguía el *probrum natura* y el *probrum civile* *el quasi more civitatis*; y de aquí surgió el concepto del *delictum juris gentium*, esto es, aquel que se reputa como tal en todas las legislaciones de los diversos pueblos, y del *delictum juris civilis*, aquel otro que es tal delito por especial determinación de la ley de un pueblo dado. Por eso la mujer era castigada cuando caía en el *incestum juris gentium prohibitum*, pero no cuando caía en el *incestum civile*. Donello, al que se unió Cremani, declaró que la excepción de la ignorancia ó del error del Derecho puede admitirse en aquellos delitos prohibidos, no por el Derecho de gentes, sino solamente por el Derecho civil (2). Y entre los escritores modernos, es preciso recordar, además de Birnbaum y Heffter, á Rosshirt, según el cual, el delincuente debe conocer la delincuencia y punibilidad de su acto, para lo cual no se exige absolutamente un conocimiento especial de la ley penal, ni de la especie y cantidad de la pena, sino que es preciso admitir que todo delincuente debe conocer la punibilidad de sus acciones, porque el hombre, viviendo en sociedad, aprende en la gran escuela de la vida sin necesidad de una instrucción especial, los escollos que debe evitar. Las legislaciones modernas, ó no admiten la ignorancia de la ley como excusa, ó la admiten para contadísimos casos; y la presunción de que la ley es conocida, por regla general acompaña á todo individuo sujeto á la soberanía del Estado, salvo que en la penalidad de los delitos que nacen de disposiciones locales ó de policía, la condición de extranjero puede significar una ignorancia excusable del Derecho. La doctrina comunmente recibida es, pues, la de que ni la ignorancia ni el error sirven de excusa á los extranjeros, sino en caso de leves transgresiones de leyes puramente locales: fuera de estos casos, la ignorancia ó el error no pueden admitirse como excusa para los seres humanos que están en la plena posesión y disfrute de sus facultades intelectuales.

§ 10. La otra cuestión relacionada con el principio de la existencia de la ley y de su conocimiento por todos, es la de su falta

(1) L. 42 D. verb. signif.

(2) De jure civili; Lib I, tit. 22.—Cf. Cremani: «De jure crimin». L. I, c. 2, § 9.



de carácter retroactivo, prohibición que del concepto general de la ley descende al propio de la penal (1). El Derecho romano había ya establecido que la ley se refiere á los hechos futuros y no á los pasados (2), y Ulpiano afirmó para la punición del delito que no debe someterse á la pena señalada por la ley en el momento que se juzgue aquel delito, sino á la pena de aquella ley cuyo imperio apareció (3). El Derecho canónico enseñó la misma doctrina (4), y sobre estas bases Alberto de Gandino había dicho *spectetur tempus delicti* (5), cuya doctrina, repetida por todos los juristas, ha sido acogida en las legislaciones modernas.

§ 11. Una excepción á la no retroactividad tiene lugar en el caso en que la ley posterior sea más benigna que la anterior. El Código napolitano de 1819 estableció dicha excepción, reproducida en lo sucesivo por muchos Códigos, lo cual no es una declaración *humanitatis causa*, sino un deber de justicia, ya que la mayor suavidad con que se pena el mismo delito por una ley nueva implica el reconocimiento que el Estado hace de la injusticia de la ley anterior, y estaría en contradicción consigo mismo el Estado que aplicara al delincuente lo que la conciencia jurídica ha declarado ser en parte injusto. Por el contrario, si la ley posterior es más severa, no se puede violar el derecho adquirido por el delincuente á ser castigado por la ley que estaba vigente al tiempo de realizar el delito. El primero de estos dos principios es claro por sí mismo; el segundo ha servido á Van de Poll, Zachariae, Abegg, Schwarze y Seeger para establecer las reglas de aplicación práctica que sobre esta materia han de observarse. Nosotros atenderemos á las más sencillas, que son las siguientes:

(1) Van de Poll: «De vi legis novae in crim. antea com. poena» Amstelod., 1830. — Zachariae: «De la fuerza retroactiva de las nuevas leyes penales» (alem.), Tubinga, 1894. — Abegg: «Del efecto de las leyes penales sobre los actos anteriores á su publicación» (alem.) Arch. de D. Crim., t. XIII, pág. 167. — Schwarze: «Algunas consideraciones sobre la retroactividad de las nuevas leyes penales» (alem.), en sus *Disertaciones*, Tubinga, 1852. — Garbó: «Della retroattività della legge in materia penale» Pisa, 1869.

(2) L. 7, C. de legibus.

(3) *Quoties de delicto quartur placuit non eam poenam quem subire debere quam dictio ejus admittit eo tempore quo sententia de eo fertur, sed eam quam subitineret eo tempore esset sententiam passus cum deliquisset*, l. 1, pr, D de poenis.

(4) *Pena criminis ex tempore legis est quae crimen inhibuit, nec ante legem illius damnatio est, sed in lege*, c. 3, Caus. 32, qu. 4. — Cf. c. 2, X de constit. l. 2, c. 15.

(5) De poenis reorum, n. 17, p. 333.



1.<sup>a</sup> La naturaleza de las penas, más que su duración, debe servir para graduar su gravedad, y sólo entre dos penas de igual intensidad, la duración, como único elemento diferencial puede determinar el más y el menos.

2.<sup>a</sup> Si una ley posterior rebaja el máximo de una pena y eleva el minimum, no se deben armonizar la ley antigua y la nueva, tomando de una el minimum más benigno y el maximum más suave de la otra, puesto que esto sería publicar una ley mixta y hacer una aplicación que violaría ambas leyes sin atenderse exclusivamente ni á la una ni á la otra, sino que es preciso comparar entre sí las dos formas de penalidad á que conduciría la apreciación concreta del hecho criminoso, y sólo de tal modo se puede conseguir aplicar la pena más suave.

3.<sup>a</sup> El principio de la retroactividad de la ley penal posterior en caso de mayor suavidad debe aplicarse, no sólo á la pena, sino también á la definición del hecho punible.

4.<sup>a</sup> Cuando se trate de más de dos legislaciones que se suceden entre el momento del delito y el momento del juicio, se aplicará la que señale una pena más suave.

5.<sup>a</sup> Si después de una sentencia irrevocable aparece una nueva ley que señale una pena más benigna para el delito juzgado, la condena anterior queda subsistente por virtud de la autoridad de cosa juzgada y debe cumplirse, salvo el recurso de la gracia de conmutación.

6.<sup>a</sup> Hasta que no llega á ser irrevocable una sentencia, en cualquier momento del juicio penal en que aparezca una ley nueva más favorable que la anterior, será preciso aplicarla al hecho que es materia del juicio pendiente; criterio que también debe observarse cuando se trate de condena pronunciada, contra la cual quepa algún recurso.

§ 12. Hay otras cuestiones que se relacionan con las ya indicadas y que completan la doctrina de la retroactividad; y así se ha hablado de la retroactividad con relación á las leyes de prescripción, á las jurisdiccionales y á las de procedimiento; pero la solución de tales cuestiones exige otros conocimientos, y será tratada más adelante. Aquí sólo resolveremos la cuestión de las leyes interpretativas ó interpretación auténtica. En el Derecho en general, la ley interpretativa tiene por su propia naturaleza efecto retroactivo; pero ¿se puede admitir esta retroactividad en materia penal sin limitación de ninguna clase? Haus declara como principio incon-



trovertible, que la ley interpretativa se retrotrae á hechos anteriores (1). Nosotros creemos que no se puede admitir tal afirmación para toda clase de leyes penales, pues las relativas á la imputación de hechos no pueden ni deben tener eficacia retroactiva sino en igual sentido que toda otra ley penal, esto es, cuando la interpretación signifique mitigación de penalidad, ya que la interpretación auténtica presupone cierta oscuridad, ambigüedad ó deficiencia, y cuando esta deficiencia ú oscuridad estaba en la ley, significa que no pudo advertir suficientemente, que no fué lo bastante claro el precepto legislativo que castigaba determinada acción con tal ó cual pena; de donde se deduce que no puede decirse que se violada aquella ley cuyo precepto estaba incompleto ó dudoso antes de que se publicara su interpretación auténtica.

\*\*\* En la determinación de la esfera de actividad de la ley positiva, es preciso, sin duda, tomar en cuenta, como el autor lo ha hecho, lo que el tiempo, el espacio y la condición de las personas influyen en el supuesto que aquella ley ni es la misma siempre, ni alcanza á todos los lugares, ni aun dentro de una nación comprende á todas las personas, y como el Derecho, por el contrario, es eterno, universal, humano, como la ley ha de contenerle y expresarle cada vez mejor en una evolución progresiva, puede desde luego suponerse que aquellos límites que marcan esa diferencia irán perdiendo en importancia á medida que avanza la evolución de las sociedades. Este sencillo razonamiento encuentra en la historia y en la ciencia penal confirmaciones cumplidas; por lo mismo que, v. gr., el límite del lugar no es hoy lo que fué cuando el llamado *derecho de asilo* con sus conocidas variantes imperaba, ni han podido realizarse y se realizarán en lo futuro cambios que afecten á éste y á los restantes límites con un sentido análogo. Parece á primera vista, que el del tiempo es el que ofrece un definitivo carácter de necesidad, toda vez que en la naturaleza de la ley positiva está expresión transitoria y caduca del principio que la informa; pero ¿quién no advierte que cuanto más responda la ley penal á razonables exigencias y no á inconsistentes preocupaciones ó caprichos, cuanto mayor campo deje al juzgador para producir sus veredictos frente á la diversidad inagotable de los fenómenos criminosos de que ha de conocer, cuanto más perfectamente encarne el pensamiento del que legisla en las palabras de que para ello se sirve, menos motivo habrá para que se ejercite la eficacia del límite á que nos referimos?

Si nos fijamos en la doctrina que singularmente toca á este límite del tiempo, veremos: 1.º, que lo relativo á la publicación de la ley y la consecuencia del supuesto de su conocimiento, obtiene en nuestros días auxilio y base que no obtenían antes; la difusión de la cultura esclarece más y más el criterio de conciencia, que estima en primer término la licitud ó ilicitud de las acciones, y los medios de publicación del precepto, así por la manera con que se hacen las leyes en los Estados modernos, como por el interés que hoy toma el ciudadano en la

(1) *Haus*: «Cours de Droit Criminel» Gand, 1861, n. 89.



pública y el comercio de noticias é ideas que la prensa periódica mantiene con actividad incesante, justifican por modo extraordinario la presunción legal (ley publicada equivale á ley conocida), y evita excepciones semejantes á las que en el texto se mencionan; 2.º, que lo relativo á la retroactividad de la ley penal se simplifica desde el momento en que la fijación de los hechos punibles pende de la consideración de su intrínseca naturaleza; y desaparecen de los Códigos muchas de las penas históricas; y la pena es reputada como un bien; y su duración se acomoda á lo que cada individuo delincuente há menester para la reforma de su voluntad pervertida. Desde el punto en que se planteen tales pretensiones de la ciencia, no hay para qué decir hasta dónde serán inútiles muchas de las cuestiones que con este motivo de la retroactividad se han promovido y las reglas instituidas para su resolución.

Si atendemos á la doctrina referente al límite del lugar, adviértese, aparte de lo ya apuntado sobre la abolición del derecho de asilo, que la legislación penal de las naciones civilizadas tiende á tomar un carácter uniforme; que los Códigos más recientes amplían el alcance de la extraterritorialidad, según veremos luego al transcribir los artículos oportunos del nuevo Código italiano; y que la inteligencia y la práctica del principio de la extradición se robustece y difunde; por todo lo cual, el predicho límite no significa ya lo que tiempo atrás significó.

Por último, si paramos la atención en el límite que la condición de las personas señala á la eficacia extensiva de la ley penal, recordaremos la suerte que ha cabido á los privilegios é inmunidades de que en otras épocas disfrutaron individuos y clases determinados; y una vez triunfante el principio de la igualdad ante la ley y observando el rumbo que marcan al régimen político de los pueblos las ideas que conquistan la opinión común, no es aventurado esperar que las conatadas excepciones hoy existentes reciban una restricción mayor todavía. Todo aquello que trascienda á una suerte de atavismo sociológico ó derive de instituciones que con ser tradicionales no son idefectibles, ha desaparecido ó puede desaparecer, y las excepciones que se consagran á título de garantía, se contraerán á lo que sea indispensable para este efecto, rechazándose las demasías y contemplaciones que el buen sentido condena. Obsérvese, de todos modos, que esos privilegios, como el autor escribe, no son inherentes á la persona, sino al cargo que representa, y además, que no se trata de sustraer á nadie á la acción de la justicia, sino de resolver sobre la ley que ha de serle aplicada ó del procedimiento que ha de seguirse para someter á ciertas personas á su imperio.

\*\*\* He aquí ahora la doctrina legal correspondiente, que daremos por su orden según las partes en que el capítulo está dividido.

### I.—LÍMITE DEL TIEMPO.

*Legislación italiana.*— Las disposiciones del Código penal italiano se hallan contenidas en el art. 44 y el art. 2.º El 44 determina que nadie puede invocar en propia excusa la ignorancia de la ley penal. Y el art. 2.º, que corresponde al 3.º del Código anterior de 1859, está especialmente destinado á tratar de la eficacia de la ley penal con relación al tiempo. Dicho artículo comprende los tres casos que en la práctica pueden darse, y que son los siguientes: 1.º, que una ley posterior considere como delito un hecho inocente para la ley anterior:



entonces «nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que fué realizado, no constituía *reato*»; 2.º, que una ley posterior excluya del número de los delitos, acciones consideradas como tales para la ley anterior. «Nadie puede ser castigado por un hecho que según una ley posterior no constituya *reato*, y si ha sido condenado, deben cesar su ejecución y sus efectos penales; y 3.º, que una ley posterior, considerando como delito la acción que castigaba la ley anterior sea distinta de ella. Entonces determina el último párrafo de este artículo: «Si la ley del tiempo en que fué cometido el *reato* y las leyes posteriores son diversas, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean más favorables al imputado».

En este tercer caso es de advertir, en primer lugar, que al decir el Código, «se aplica aquella (ley) cuyas disposiciones sean más favorables», limita la eficacia de la ley posterior á los hechos anteriores, y los cuáles no haya recaído sentencia firme, todo aquello, pues, que ya se ha dictado una condena irrevocable, permanece extrínseco á la eficacia de la ley posterior, á no ser que ésta considere como inocente el castigado por la ley anterior. Opina el legislador en este punto debe prevalecer la autoridad de la cosa juzgada, sobre una ley anterior, sobre la disposición más suave de otra posterior, parándose en esto de la opinión de Mancini y tantos otros distinguidos penalistas. En el proyecto de Código de aquel ilustre autor, no tenía para nada en cuenta la irrevocabilidad de lo juzgado. Este criterio, que al fin ha venido á adoptar el Código italiano, es censurado por algunos escritores, entre ellos Crivellari, según el cual, ó desconocerse el principio, aun en el caso de que el juicio esté pendiente y no haya recaído sentencia, ó es preciso ampliarlo por lógica necesidad, aun al caso de condena. Esta opinión nos parece la más razonable, creyendo además, que es una injusticia que de dos delinquentes que hayan cometido el mismo delito, uno sea más severamente castigado por haberse hecho su sentencia irrevocable, salvándose al rigor del principio de la cosa juzgada en perjuicio manifiesto del principio de la justicia penal. Aparte de que, como dice el citado Crivellari, á la autoridad de cosa juzgada se atentaría únicamente cuando se tratara de decir con un nuevo juicio si la sentencia anterior fué ó no justa. Al decidir el párrafo que comentamos «cuyas disposiciones sean más favorables al imputado», se entiende que la nueva ley más suave debe aplicarse, no sólo en lo relativo á las penas, sino también en lo referente al procedimiento, si determina cuál ha de seguirse y al aprecio de todas aquellas circunstancias que al reo puedan favorecer, en lo cual se rectifica el sentido del Código de 1859, que decía: «Se aplicará siempre la pena más benigna.»

El Código vigente señala, además, en artículos sucesivos, las reglas que han de ser aplicadas para hacer compatibles las nuevas leyes con las antiguas que se están cumpliendo.

*Legislación española.*—El Código civil, en el título preliminar, trata las cuestiones relativas al medio de promulgación de la ley, al carácter de no retroactividad, á su derogación, etc. Así, respecto á la publicación de la ley, dispone el art. 1.º: «Las leyes obligarán en la Península, islas adyacentes, Canarias y territorios de Africa, suplen á la legislación peninsular, á los veinte días de su promulgación, en ellas no se dispusiere otra cosa. Se entiende hecha la promulgación, el día en que termina la inserción de la ley en la *Gaceta*, y respecto á su derogación: «Las leyes sólo se derogan por otras posteriores... En cuanto á la prohibición de alegar la ignorancia de la



como causa de exención, el art. 2.º, como el 44 del Código penal italiano, aunque peor redactado, dice: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.» Por último, respecto á la retroactividad, dice el art. 3.º: «Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.»

El Código penal, además del art. 22, que sienta el principio de que las leyes deban mirar al tiempo futuro, establece en el 23 la excepción, al determinar que «las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta *aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena*», en lo cual se diferencia, con muy buen acuerdo de nuestro juicio, del Código italiano. Para resolver alguno de los casos que en esta materia pueden presentarse, hay que tener asimismo cuenta el decreto de 17 de Septiembre de 1870.

○ Pessina, como casi todos los autores de Derecho penal, sientan como verdad inconcusa el principio de que «se presume que todo el mundo conoce las leyes», «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», «*ignorantia legis non excusat*».

Pero esta presunción que aquí se sienta corresponde á la verdad; ¿es cierto que todos conocen las leyes? No; esta presunción es una ficción alejada de la realidad. «¿Cómo es posible, dice el Sr Dorado (1), suponer fundadamente que *todo el mundo conoce las leyes* cuando no puede afirmarse este conocimiento ni siquiera en aquellos que hacen profesión de estudio y aplicación de las mismas en los abogados, jueces, etc.? Luego, el número de estas leyes ha aumentado de un modo enorme en nuestro siglo, en el cual se ha desarrollado con movimiento verdaderamente febril el afán de regularlo y regimentarlo todo. Así, que en los países modernos existe un fárrago inmenso de leyes, de reglamentos, de disposiciones de toda clase, derogatorias las unas de las otras, á veces totalmente, á veces sólo en parte, de dudosa vigencia, caídas en ocasiones en desuso, mas no expresamente derogadas, complicadísimas, no siempre coherentes, de cuando en cuando contradictorias... ¿Y no es posible que no salte á la vista de los estudiosos el absurdo que entrañan los aforismos arriba copiados, y que no se diga que la presunción contenida en los mismos es tan sólo una «ficción ridícula»? Y la falsedad de esta presunción, sigue diciendo este autor, es tanto mayor cuanto más se separa de la realidad, es decir, cuando se refiere á personas débiles, necesitadas, á aquellas personas que son menos racionales, á quienes lo más racional sería suponer que las ignoran, como sucede con los labriegos, con las mujeres, con los pobres.

○ Para justificar la falsa solución dada al problema de la ignorancia de la ley penal acuden sus defensores á varios razonamientos.

Como no hay más derecho que el legislado, dicen, y como por otra parte las disposiciones penales son las especialmente encargadas de mantener el orden social amenazando con la imposición de un castigo á aquellos que las infrinjan, no había más remedio que seguir uno de los dos caminos: «ó permitir que los individuos alegasen, como excusa para librarse del castigo, el no conocimiento de la ley infringida, y, por tanto, la no infracción, realmente, de la misma, en cuyo caso se ofrecía el temor de innumerables abusos por parte de los mal-

(1) *Problemas de Derecho penal*, vol. I, p. 397 y siguientes.



vados, de los individuos más peligrosos y, con los abusos, el trastorno de la tranquilidad social, ó suponer, en evitación de tal trastorno, que todo el mundo conoce las leyes y no permitir que pueda alegar la ignorancia de las mismas para librarse de la ley. Esto último es una ficción, pero á ello se atienen, por lo general, los tratadistas (1): Es una ficción, dice Caravantes, «pero es de absoluta necesidad para la conservación del orden social.» «Es una ficción política», escribe Carrara, el presumir en el ciudadano el conocimiento de la ley penal, que, por lo demás, todos tienen obligación de conocer» (2).

Pero, además, de éste, acuden á otro razonamiento. Las leyes penales, dicen, castigan sólo los actos intrínsecamente malos, los actos inmorales *in se*, aquellos cuya inmoralidad todos comprendemos y llevar grabada en la conciencia la idea del bien y del mal que nos sirve de guía para discernir que podemos hacer y que es lo que no hacerse.

● A esta presunción tan ampliamente formulada de que todos conocen las leyes, se han hecho, sin embargo, algunas excepciones. Mejor dicho, una excepción, en el caso del extranjero. Respecto de éste es casi unánime la opinión de que puede excusarse su ignorancia de las leyes del país. Mas no es la ignorancia de todas las leyes la excusable. Para que la ignorancia pueda producir efectos, es necesario que concurren ciertas condiciones: 1.<sup>a</sup>, que no sea reprobado por la moral; 2.<sup>a</sup>, que no se halle prohibido en la patria misma á que el extranjero pertenece. De manera, que el autor, que esta excepción sólo es propia de las contravenciones, fácilmente se podrá aplicar á los verdaderos delitos (3).

De modo que la única excepción admitida, es el caso del extranjero autor de meras contravenciones.

● Nuestras leyes de Partida, después de sentar como principio general que todos están obligados á conocer las leyes, que nadie puede escapar á la pena so pretexto de su ignorancia, admite, siguiendo el Derecho romano, algunas excepciones á este principio á favor de los locos, los menores, los militares, los aldeanos, los pastores y los jeres.

Nuestro Código penal nada dice sobre la materia, pero su silencio lo suple el art. 2.<sup>o</sup> del Código civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», artículo que puede aplicarse á las leyes penales por estar en el título preliminar que, como es sabido, se refiere á todas las leyes.

● Como la presunción de que todo el mundo conoce las leyes corresponde á la realidad, muchos juristas se han preocupado de buscar los medios utilizables para que las leyes sean conocidas de todo ó por lo menos del mayor número.

El Sr. Dorado Montero, en su libro tantas veces citado, enumera cuanto en este sentido han propuesto los juristas que abordaron el estudio de este problema.

(1) Dorado, ob. cit., p. 404.

(2) Cit. por Dorado, loc. cit.

(3) Cit. por Dorado, loc. cit., p. 450 y siguientes.



Menger, propone como único remedio, que el Estado imponga al juez la obligación de dar gratuitamente á todo ciudadano, sobre todo los indigentes, siempre que la necesidad lo requiera, las oportunas instrucciones legales, ó mejor aún, que tome de oficio la causa de aquel que no puede proveerse de abogado, contra el que lo tenga. El autor se refiere á asuntos civiles, pero su proposición puede hacerse extensiva al orden penal.

Otros, como Salvioli, Treves y el mismo Menger, proponen que las leyes se escriban en un lenguaje vulgar é inteligible para todos; lo mismo propone Beccaria.

Bentham es partidario de que las leyes vayan acompañadas de un comentario razonado, con lo cual se estudiarían y se entenderían mejor. Livingston ha propuesto, que «las leyes penales sean promulgadas de manera que sus disposiciones se graben en el espíritu del pueblo, y á este efecto, no sólo deben ser publicadas, sino enseñadas en las escuelas y leídas públicamente en determinadas épocas».

Roland, cree que el sistema preferible es el empleado en Francia, que es el mismo usado en España y en la mayor parte de los pueblos europeos, el sistema adoptado por la Asamblea Constituyente, según que «la ley debería ser enviada á todos los Municipios, los cuales inscribirían en un registro, la leerían públicamente y la fijarían en el tablón de edictos».

Mas, ninguno de los medios propuestos llega al sistema ideado por Luzzato, para que la publicación de las leyes llegue á conocimiento de todos. Este sistema, que es muy complejo, recurre á los siguientes medios de publicidad:

1.º La prensa periódica. Podría obligarse á los periódicos á publicar, al menos en extracto, en una columna separada, noticia de las leyes promulgadas en la medida que fuere suficiente para dar una noticia suficiente de las mismas.

2.º Los Municipios deberían dar noticia al público á la llegada de los periódicos oficiales de su contenido legislativo, fijándolos, además, en el tablón de anuncios del Juzgado municipal y en otros sitios.

3.º Mejor aun sería que el anuncio por extracto se comunicara á todos los ciudadanos mediante una hoja expedida á los jefes de familia, de talleres ó de cuerpos colegiados. La inscripción á esta hoja podría hacerse obligatoria, siendo pequeño su coste, sólo á los pobres se les enviaría gratis.

4.º Podría hacerse obligatoria la enseñanza de las nociones elementales de las leyes no sólo en los establecimientos de segunda enseñanza, sino también en los de instrucción primaria.

5.º Para los que no asisten á las escuelas y para los analfabetos deberían establecerse conferencias públicas, en las cuales los maestros deberían enseñar la lectura y explicación sumaria de las leyes que se iban publicando (1).

Resumiendo:

● Afírmase por la mayor parte de los autores de derecho penal que «se presume que todo el mundo conoce las leyes», que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

Esta presunción es falsa; no corresponde á la realidad; pues hoy son tantas las leyes, tan confusas y tan intrincadas, que ni los mismos jueces y abogados las llegan á conocer.

(1) Cit., por Dorado, loc. cit., pág. 408 y sigs.



No obstante tal falsedad, para justificar esta presunción, se la intranquilidad y el desorden social que se originaría si se tiera alegar como excusa la ignorancia de la ley, pues todos los hechos aducirían en su defensa, que ignoraban la ley que violaron. Así, la necesidad social justifica por completo esta ficción.

Además, dicen otros, las leyes penales no castigan más que los intrínsecamente inmorales, aquellos cuya maldad no es compensada por el dictado de la conciencia.

Se ha admitido, como única excepción al principio de que todos conocen las leyes, el caso del extranjero que delinque fuera de su país, cuando los hechos realizados no constituyen delitos propiamente dichos, sino tan sólo meras contravenciones.

El Código penal nada dice sobre esta materia. El Código termina en su art. 2.º, que «la ignorancia de las leyes no excusa el cumplimiento», y este artículo puede aplicarse desde luego á las leyes penales, por estar colocado en el título preliminar que, como se ve, se refiere á todas las leyes.

Los juristas que se ocupan de este problema de la ignorancia del derecho, han propuesto numerosos medios para conseguir que las leyes sean por todos conocidas. Menger, sostiene que debe obligarse al Juez á dar gratuitamente á los ciudadanos las instrucciones necesarias; otros, como Beccaria, proponen que su lenguaje sea claro y sencillo; y Bentham, cree que deberían ir acompañadas de un comentario razonado. Livingston, es partidario de que sean enseñadas en las escuelas y leídas públicamente. De esta opinión también es Pazzanuzzi, que además, propone que se obligue á los periódicos á publicar en extractos que podrían ser repartidos á domicilio á la familia ó de talleres.

● En lo relativo al problema de la retroactividad ó no retroactividad de la ley penal, Pessina defiende la opinión más corriente. En general, la ley penal no tiene efecto retroactivo; los delitos deben juzgarse con arreglo á las leyes que estaban en vigor cuando fueron cometidos, pero cuando la ley posterior sea más benigna, entonces afirma Pessina, de acuerdo con casi todos los penalistas, tiene efecto retroactivo.

La razón á la que acuden casi todos los autores para fundamentar el principio de la irretroactividad de la ley penal, es la misma que voca Pessina «no se puede violar el derecho adquirido por el delincuente á ser castigado por la ley que estaba vigente al tiempo de cometer el delito». Esta es la razón primordial: los derechos adquiridos por el delincuente, ó sea, que éste no puede ser castigado con arreglo á una ley que no existía al tiempo de cometerse el delito y que, por el mismo, no pudo violar. Esto, dice el Sr. Dorado, «es en último término, una nueva manifestación de la reacción individualista y autoritaria, la cual domina de un modo tiránico en el derecho penal reinante. Pues, en efecto, mientras el principio de la no retroactividad de las leyes en general, es un principio de interpretación judicial, es una regla que se da al Juez para la aplicación de las leyes, el principio de la no retroactividad de las penales, es un principio constitucional, una garantía constitucional, uno de los derechos adquiridos por los ciudadanos frente al poder social, es decir, uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable del individuo. Si no se le puede castigar con arreglo á una ley que no existe al tiempo de cometer el acto, es porque no lo consiente su propia inalienabilidad».



Derecho, y ni el mismo legislador tiene facultades para saltar por encima de él, sin vulnerarlo, imponiendo al ciudadano una pena que, con arreglo á la legalidad estricta, que es su escudo y su salvaguardia, no ha merecido. Se equivocan, pues, á nuestro juicio, aquellos escritores que creen que la no retroactividad de las leyes penales ha dado de ser un principio constitucional, porque ya no suele figurar en las constituciones escritas; lo mismo que se equivocan también, aquellos que dicen que la no retroactividad no puede fundarse en los derechos adquiridos por el reo, porque las normas de derecho punitivo, no se hallan establecidas en interés privado, sino *principalmente* en interés general» (1).

En lo relativo á la retroactividad de la ley más benigna, reina entre los autores un perfecto acuerdo, todos son partidarios de que este caso tenga en la ley efecto retroactivo. Esto no es en opinión de Pessina, una declaración *humanitatis causa*, sino un deber de justicia, pues el Estado, al promulgar una nueva ley más suave, reconoce implícitamente que la ley anterior es severa y por tanto, injusta. La verdadera razón, yo creo no es ésta, más bien hay que buscarla en principio hoy dominante en el Derecho penal, de buscar siempre lo más favorable al reo y Carrara, lo dice bien claro. «Toda esta doctrina del influjo que la ley nueva puede ejercer sobre las penas aplicables á los hechos anteriores se resume en una sola fórmula, que ofrece la solución de todos los problemas y de todas las combinaciones posibles. En la materia de que se trata, *prevalece siempre lo más favorable al acusado*. He aquí la última verdad á la cual debe referirse la teoría de que tratamos».

Al estudiar el problema que nos ocupa, surge esta cuestión que entraña profunda gravedad; ¿tendrá efecto retroactivo la nueva ley más benigna cuando sobre los delitos realizados bajo el imperio de la ley más severa haya recaído sentencia firme? En este caso, dice el señor Dorado, se presenta la lucha entre dos fuerzas de gran poder dentro de las ideas dominantes, por un lado el principio *pro reo*, la repugnancia á hacer á unos delincuentes de peor condición que otros, sólo porque sus actos han sido fallados con anterioridad á los de éstos y la repugnancia á seguir aplicando una disposición legal que se ha llegado á considerar ya injusta: en suma, la compasión y la simpatía humanitaria hacia el individuo; por otro lado, el respeto á la cosa juzgada, á la *santidad*, á la intangibilidad de la cosa juzgada, que no hay más remedio que suponer que expresa la verdad.

En este conflicto, unos se inclinan del lado de la indulgencia, otros quieren, ante todo, se respete la cosa juzgada; pero éstos son los menos numerosos.

El Sr. Aramburu, siguiendo en esto á otros penalistas españoles, como Pacheco y Groizard, se declara, en las notas anteriores, partidario de la aplicación de la ley más benigna, porque «es una injusticia que de dos delincuentes que hayan cometido el mismo delito, uno sea más severamente penado por haberse hecho su sentencia irrevocable, salvándose así el rigor del principio de la autoridad de la cosa juzgada, en perjuicio manifiesto del principio de la justicia penal». Más lógica me parece esta solución del penalista español que la dada por Pessina, que es partidario de la irretroactividad; en este caso, dice, la condena anterior queda subsistente por virtud de la autoridad de

(1) P. Dorado. *Problemas de Derecho penal*, vol. I, págs. 321 y siguientes.



la cosa juzgada y debe cumplirse, salvo el recurso de la gracia de «mutación». Este punto de vista me parece erróneo; realmente se trata aquí de atentar contra la autoridad de la cosa juzgada, como dice Crivellari, citado por Aramburu, sólo se atentaría contra ella cuando se tratara de decidir con un nuevo juicio si la sentencia anterior fué ó no justa.

Pero ahora surge otra cuestión; ¿cómo determinaremos cuál es la ley más benigna? ¿sobre qué criterio nos basaremos para resolver el problema?

Si las dos leyes en cuestión impusieren penas de igual naturaleza diferenciándose sólo en cuanto á su duración, la cuestión no presentaría dificultad alguna; la ley que impone la pena más corta es la más benigna.

Pero el problema no se presenta siempre en esta forma tan sencilla. Otras veces, la pena de menor duración puede contener una solución penal mayor que otra de máximo más elevado y viceversa; ya la cuestión se complica: por eso en estos casos, la resolución, cuál sea la pena más favorable, es sumamente difícil. Por esta razón y por considerar que la regla dominante es la de la mayor benignidad, la de buscar lo que sea más favorable al reo, es por lo que nosotros proponen que sea éste quien decida por qué ley quiere ser juzgado y sentenciado, pues nadie mejor que él puede conocer qué disposiciones le resultan más beneficiosas. Esta solución que propone el Sr. Silvela (1), es la misma dada por el Sr. Silvela (2), y es la seguida por el decreto de 17 de Septiembre de 1870, dictando reglas para la aplicación del art. 23 del Código penal reformado, decreto que en sus artículos 3.º y 9.º, autoriza en ciertos casos á los reos para reclamar contra las alteraciones que, por considerarlas el legislador como benéficas, hayan de hacerse en las condenas que les hubiesen sido impuestas con arreglo á leyes anteriores.

La legislación española en lo relativo á esta cuestión puede verse en las anteriores notas del Sr. Aramburu.

● Cuanto anteriormente se dice respecto del problema de la retroactividad de la ley penal puede resumirse del siguiente modo:

La opinión dominante entre los autores de Derecho penal, sostiene que las leyes penales no pueden tener efecto retroactivo, pues si lo vieran lesionarían el derecho adquirido por el delincuente á ser juzgado y castigado por la ley que estaba vigente en el momento de cometer el delito. Sin embargo, admítase, por todos, una excepción á este principio en el caso de que la ley posterior sea más benigna que la anterior, sólo en este caso la ley penal tiene efecto retroactivo. La base de esta excepción no es otra que el principio dominante, según el cual en estas materias penales domina siempre lo más favorable al reo.

En esta cuestión surge el problema de si la nueva ley más benigna puede tener efecto retroactivo, cuando el delito cometido bajo el imperio de la ley anterior ha sido juzgado, y sobre él ha recaído sentencia firme é irrevocable. Algunos, una minoría, defienden ante todo la autoridad de la cosa juzgada, y creen que en este caso no puede tener efecto retroactivo la ley más benigna; pero los más son partidarios de

(1) Loc. cit., pág. 375.

(2) *El Derecho penal estudiado en principios*. Parte segunda. Madrid, 1900, pág. 101.



etroactividad, pues sienten una justa repugnancia á que unos delin-  
gentes sean de peor condición que otros, sólo porque los delitos de  
aquéllos fueron juzgados y sentenciados antes que los de éstos.

Otra cuestión que se presenta es la relativa á la determinación  
de cuál de las dos leyes es la más benigna. Este problema que es de  
difícil solución en algunos casos, presenta en otros no pocas dificulta-  
des; así es muy frecuente que una ley que desde un punto de vista es  
la más benigna, sea la más severa considerada desde otro aspecto.  
Por esta razón, y por considerar que la regla dominante, la de bus-  
car lo más favorable al reo, pídese por muchos penalistas que sea él,  
como mejor conocedor de sus intereses, quien determine por qué ley  
ha de ser juzgado y sentenciado. Esta solución ha sido adoptada en  
nuestro derecho positivo por el decreto de 17 de Septiembre de 1870,  
dictado para la aplicación del Código de 1870.

---



## II

*Eficacia de la ley penal con relación al lugar (1).*

«El lugar de la pena es el lugar del delito».

Beccaria: «*Del. e pen.*», § 21.

§ 13. El Derecho se manifiesta como ley en los varios pueblos y según que éstos van desarrollando y afirman cada vez más su personalidad civil, asumen una esfera exterior que constituye su vida corporal; esta esfera es el *territorio*, que hace de un pueblo una *nación*. El principio territorial es por su propia naturaleza principio universal, en cuanto exige que cada nación se constituya como órgano del Derecho, para lo cual cada Estado debe ser independiente de los demás y *soberano dentro del propio territorio*; la ley nacional, salvo aquella parte que se refiere al estado y capacidad de las personas, es por su naturaleza *territorial*, como manifiesta

(1) Schmid: «De modo procedenti odversus peregrinos». Altd. 1661. — «De collisione legum». Giess. 1668 — Fichtner: «De jure peregrinorum». Altd. 1677. — Leyser: «Meditationes ad Pandectas» Specim. 596; n. 9 — Boechmeri: «De delictis extra territorium admissis» Gotting. 1749 — Seeger: «Diss. de vi legum et delictorum in territorio alieno» Leips. 1777. — Rudolph: «De poena delictorum extra territorium admissorum». Erlang. 1790. — Wiesenh: «Tr. Obs. jur. crim. Specimen de reo secundum leges loci ubi deliquit non semper puniendo Viteb. 1800. — Busghleab: «Comment de princ. jur. civ. publ. et gent. circa comprehensionem punitionem, vel remissionem peregrinorum qui in alieno territorio deliquerunt» Gotting. 1800 — Egger: «Del castigo de los delitos cometidos en pais extranjero (alem.) en los Anales para la ciencia de las leyes Viena 1809, t. IV, n. 8 — «Del castigo de los delitos cometidos en pais extranjero» (alem.) Landshut 1810. — Homm: «De delictis peregrinorum, eorumque puniendi ratione» Groning. 1810. — Wenz: «De delictis a civibus extra civitatem commissis, eorumque puniendi ratione». Gron. 1724 — Sigendeek: «Quid jure criminale tum philosoph. tum hoc. præcipitur de puniend. fact. lege civit. poenali vetitis sed extra territ. ejus admissis». (In Ann. Acad. Lugd. Bat. 1827, 1828. — Puroxo: «Quatenus vel in re vel extra regnum delinquentes nostris legibus poenalis teneantur». Lov. 1828. — Cosman: «Diss. de delictis a civibus extra civitatem suam admissis». Amstel. 1828. — Van Aschen Wych: «De delictis extra territorium admissis». Ultraj. 1838. — «Meditationes de jure internationali criminali». Dopart 1843 — Willefort: «Des crimes et des délits commis à l'étranger». Paris 1855. — Felsa: «Traité du Droit international privé». Paris 1856, 3.<sup>a</sup> edit. rev. et augm. 2 vol. in 8.<sup>o</sup> — Romano: «Dritto internazionale privato» Napoli 1843. — Story: «Comentarios sobre el estado de las leyes» (inglés). Boston 1857. — Lewis: «De la jurisdicción sobre los extranjeros» (ingles) 1856. — Bar: «Derecho internacional privado y penal» (alem.). Berlín 1862 — Olin: «Du droit répressif dans ses rapp. avec le territoire». Brux. 1862. — Nocito: «Diritto penale internazionale». Palermo 1865. — Sole: «La legge penale nello spazio». Napoli 1870, 1 vol. in 12. — Fiore: «Giurisd. pen. su reati commessi all'estero». Pisa 1875 — Paretti: «Dei reati estraterritoriali». Torino 1875. — «El Derecho penal internacional» (alem.). Leips. 1877.



tación de la soberanía del Estado, y obliga á todos indistintamente, ya sean ciudadanos, ya extranjeros, en nombre de la unidad é imparcialidad de la justicia. Por lo tanto, la ley penal considerada con relación al lugar, comprende á todos los individuos que se encuentran en el territorio del Estado, sin distinción de nacionales y extranjeros; y en general está llamado á castigar un delito, el Estado en cuyo territorio se perpetró. El principio jurídico del territorio se halla fundado sobre el principio de *nacionalidad*, en el sentido de que todo Estado nacional es, dentro de los límites de su territorio, órgano para el cumplimiento de la justicia. La eficacia de la ley penal se extiende sobre algunos hechos, no ateniéndose á la calidad de nacional ó extranjero del sujeto, sino al lugar donde el delito se realizó (*locus criminis patrati*).

§ 14. En el Derecho romano el principio de la territorialidad se manifestó vigoroso, si bien no se reconocieron como legítimas todas sus consecuencias. El orgullo nacional de Roma la llevaba á considerar su territorio como inviolable, pero sin reconocer igual derecho en las demás naciones; de modo que no consignaba dicho principio como norma general. La nota de *civis romanus* era de tal importancia, que no se consideraban como plenamente partícipes de derecho, los hombres que se encontraban en el territorio romano, no con el carácter de *cives*, sino con el de *peregrini* y *servi*. Sin embargo, si los extranjeros y los esclavos no gozaban de todos los derechos, tenían la obligación de no violar el derecho de los demás, de no faltar á los principios de la justicia, y por consiguiente, podían considerarse sometidos al imperio de la ley penal. Así podemos señalar como propios del Derecho romano los siguientes principios:

1° El *civis* que cometía un delito estaba sujeto á la ley penal romana, siempre que ofendiera á otro *civis romanus*, ya en el territorio de Roma, ya fuera de él. Y con respecto á la ofensa hecha por el *civis* contra un *peregrinus*, ya en Roma, ya fuera de Roma, el derecho de castigar pertenecía primitivamente al Estado que había recibido la ofensa, surgiendo de aquí el derecho de reclamar al reo, según el *jus feciale*; pero cuando más adelante Roma se hizo poderosa, quiso para sí sola la entrega del reo, castigando al *civis* que había ofendido al *peregrinus* (1).

(1) Val. Max. IV, 1, 15 — II, 7, 15. — Liv. VI, 17. — Dion. II, 37, 51, 72. — III, 37, 39, IV, 50, V, 60. — Polyb. XXIII, 13, 14.



2.º El *peregrinus*, cuando en el *locus* ofendiese á otro peregrino ó cuando fuera del *locus* ofendiera á un *civis*, ó cuando cometiese un delito, queda siempre sometida la soberanía de Roma como la única encargada de castigarle. En el primer caso el *peregrinus* era castigado *ex jure gentium*, por el Senado ó por el *Pretor peregrinus*, pero no con arreglo al Derecho de Roma ni según los procedimientos romanos; en el segundo caso, si ofendía á un *civis* en Italia ó en una provincia, era juzgado por el Senado romano para los delitos graves, y por el Procónsul, con derecho de apelación á Roma, para los leves; y finalmente, si el *civis* cometía el delito en territorio romano, era castigado durante la República por el *Pretor peregrinus* ó el Cónsul, y durante el Imperio por el *Præfectus urbi* (1).

El principio territorial regulaba también las jurisdicciones provinciales sometidas á la autoridad común del Emperador, y en esta forma se declaró la regla fundamental: *Ibi eum poena placeat, ubi facinus admissum est* (2).

§ 15. En la Edad Media aparece el principio de la personalidad de las leyes, estableciéndose en la legislación italiana el deber de aplicar varias legislaciones *pro ut qualitas litigantium exigeret*. Cada uno fué castigado según la propia ley, fuera cualquiere el territorio donde cometiese el delito. Al surgir la interpretación jurídica, se establece la distinción entre el *Estatuto personal* y el *Estatuto real*, acogida por las opiniones de los doctores, pero sin que viniera un acto legislativo á señalar la esfera propia de cada uno. Sólo por una constante tradición las leyes penales, como dirigidas á conservar la autoridad del Estado, se reputaban de tal naturaleza, que imperaban no sólo sobre los súbditos de la potestad territorial, sino también sobre los que accidentalmente se hallaban en la jurisdicción de súbditos por su permanencia en el territorio, admitiéndose como regla corriente que el habitar el territorio era lo mismo que someterse á la autoridad de la soberanía territorial. Por el mismo tiempo Claro, Deciano, Farinacio y Boehmero declararon de común acuerdo que se debía consentir al Estado una prome-

(1) *Polyb.* VI, 13. — L. I § 4 D. de off. præf. urbi. Cf. en cuanto á los límites de la jurisdicción: L. 5 D. de accus. — L. 2 D. de cust. reor. — L. 1 § 12; L. 10 pr. § 1; L. 16 § 1; L. 17 § 4, 11, 13, D. de pœnis.

(2) L. 3 pr. D. de re milit. — Cf. L. 7 § 4 D. de accus. — L. 3 D. de off. præf. urbi. — L. 22 D. de accus. — L. 7 D. de cust. reor. — L. 1, C. ubi de crim. agi oportet. — L. 14 C. ad L. Jul. de adult. — Nov. 134, c. 5.



ción de su potestad para castigar á los propios súbditos por delitos cometidos en el extranjero, para evitar la impunidad de los mismos. Solo Antón Mattei quiso restringir la aplicación de este principio á los delitos graves contra el Derecho divino y el Derecho de gentes (1). Y poco á poco se afirma el criterio de que la ley penal de un Estado puede extender su imperio sobre hechos cometidos fuera del territorio, ya sea para castigar á los que en el extranjero ofenden exclusivamente al Estado á que la ley pertenece, ya para castigar á los nacionales que ofenden, si bien fuera del territorio, como los nacionales mismos, cuando el poder territorial del lugar donde se ha realizado el delito no los castiga. A lo cual es preciso añadir también la sentencia de Bartolo: *Si iudex loci ubi civis meus offenditur offensam non vindicat, tunc fieri potest statum contra offendentem extra territorium* (2).

§ 16. Nuestro Derecho vigente admite ante todo el principio comúnmente aceptado por las naciones modernas de que la ley penal tiene eficacia en el territorio del Estado, imperando indistintamente sobre los que en él se hallan, sean nacionales ó extranjeros, y ya residan de un modo permanente ó de un modo transitorio. De este principio se deduce: 1.º, que el ciudadano es siempre castigado según nuestra ley cuando delinque en su propio territorio, ya ofenda al nacional, ya al extranjero; 2.º, que el extranjero está sometido á la ley penal del Estado en cuyo territorio cometió el delito, ya se realice éste contra un nacional ó contra un extranjero; 3.º, que la ley del lugar debe siempre aplicarse cuando el delito ofenda á una persona que no resida en aquel mismo territorio; 4.º, que no debe haber lugar alguno dentro del territorio nacional á donde no pueda llegar la eficacia de la ley penal (3), debiendo considerarse como errónea institución del pa-

(1) *Clari*: Sentent. V, § fin. quæst. 39, n. 4. — *Farinac.*: «De inquisit» quæst. VI, 39, 21. — *Deciano*: «Tract. crim.» Lib. IV, c. 16, n. 1. — *Boehmero* (Obss. ad Carpov. qu. VLL, n. 17) señaló la verdadera causa de la persecución de algunos delitos cometidos fuera del territorio, al decir: *cum locus delicti necum subjectionis vere nequeat*. — *Matthai*: De Crim. Ad L. XLVII, t. 13 c. V, n. 5. — Cf. *Gavlin De delict.* rubr. de fur.

(2) *Bartol.* In l. C. De S. Trin. n. 44.

(3) Aquí es oportuno hablar de una antigua institución, hoy día abolida en la esfera de la justicia penal, y que encerraba una limitación á la eficacia de la ley penal dentro del territorio. Desde tiempos antiquísimos el *derecho de asilo* (ἀσυλον) por virtud de las creencias religiosas, tan influyentes en la infancia de los pueblos, daba bajo el amparo del templo, del altar y de las estatuas de los dioses, á los malhechores que se refugiaban á esos lugares. En Oriente y Grecia, había lugares



sado el privilegio de inmunidad local conocido con el nombre de *Derecho de asilo*; y 5.º, que ordinariamente el Estado nacional debe entrometerse en el conocimiento de los delitos cometidos fuera de su territorio, á no ser que el principio mismo de la nacionalidad, fundamento del principio territorial, exija tal intervención.

Para aclarar dichas reglas, es preciso tratar más extensamente esta materia.

§ 17. Ante todo es menester explicar qué se ha de entender por territorio nacional, ya que en la tecnología del Derecho público, la palabra *territorio* es algo diversa en su significación de la que tiene en el lenguaje corriente.

El territorio nacional tiene para el Derecho público una significación ligada con la idea que representa: todo Estado necesita un territorio como teatro exterior de su vida, como esfera de actividad, dentro de la cual se desenvuelve la personalidad del pueblo entero; por eso comprende todos los lugares *naturalmente sometidos* á la soberanía del Estado, y abraza tanto la tierra firme, como las aguas mediterráneas (ríos, canales, lagos, puertos, radas, etc.). Pero en virtud de ficciones jurídicas, fundadas en el principio establecido, el Derecho de gentes extiende la significación del territorio á muchos lugares, en los que se manifiesta la soberanía del Estado. Así forman parte del territorio: 1) los lugares en que ondea la bandera nacional, como son los ocupados por un ejército nacional, y aquellos otros donde residen los *consulados nacionales* los cuales están revestidos de alguna potestad de policía y de cien-

---

consagrados en donde el reo quedaba inmune de toda clase de persecución. En Roma también los templos sirvieron de refugio, primero á los esclavos fugitivos y luego á los malhechores (L. 28 § 7 D. de poenis — L. 5 D. de extraord. crimin. — L. 19 § 1, D. de ædil. ed.). Cuando el cristianismo triunfó en el mundo romano sus templos sirvieron también de asilo. Teodosio el Joven y Valentiniano ampliaron este derecho, considerando culpables de sacrilegio y castigando de muerte á los que violasen la inmunidad de la iglesia. Pero Justiniano restringió el derecho de asilo, negándolo á los homicidas, á los adúlteros y á los raptos. (Nov. IV, c. 7). En la Edad Media el derecho de asilo se reproduce sin limitación alguna antes fomentado por el asilo feudal (c. 86, C. XVII, qu. 4; pero al surgir la civilización se reconoció su ilegitimidad, y poco á poco ha ido desapareciendo — *Essays*: «De asylo templorum in Jus eccl. univ.» t. IV. — F. P. Sarpi: *Delle immunità ecclesiastiche* en la *Raccolta delle sue opere*. Napoli 1789, vol. V. — *Beaupaire*: «Ensayo sobre la impunidad legítima ó el asilo». Livorno 1774 (publicada sin el nombre de su autor). — *Beaupaire*: «Essai sur l'asyle religieux dans l'Empire romain et la Monarchie française». Paris 1854 en 8.º Es preciso, sin embargo, distinguir del asilo religioso el internacional, de que hablaremos más adelante.



facultad de castigo sobre los nacionales (1); 2) el mar llamado *proximum* ó *territorial*, esto es, aquella parte del mar que rodea á la tierra hasta donde puedan llegar los medios de ataque ó defensa del territorio (2); 3) los *buques* pertenecientes á la nación, con la siguiente diferencia: que los *buques de guerra* y los *barcos mercantes* en pleno mar, esto es, en *mare liberum*, son continuación del territorio nacional; pero en *mare proximum* sólo los buques de guerra pueden considerarse como territorio del Estado á que pertenecen; pero no los barcos mercantes, los cuales están sometidos á la ley del Estado á que pertenezca el mar jurisdiccional (3).

§ 18. Si considerásemos como absoluto el principio de que fuera del territorio no tiene fuerza alguna la ley del Estado nacional, la consecuencia sería que éste no podría nunca ejercer la función punitiva sobre los que fuera de su territorio se hayan hecho culpables de cualquier delito. Pero pueden existir razones jurídicas, independientemente del principio territorial, que justifiquen la acción penal del Estado, debiendo declarar que no queremos hablar de una acción penal que haya de manifestarse fuera del territorio nacional. Este constituye siempre para el Estado el círculo dentro del cual debe desenvolverse ejerciendo sus poderes; fuera del territorio, el Estado nacional no podría obrar punitivamente sin invadir el dominio de otra nación, es decir, sin negar la autonomía nacional, principio en virtud del cual obra él mismo. Nosotros queremos hablar de una punición que se manifiesta por obra del Estado, y siempre dentro de su territorio, sobre hechos realizados fuera del mismo; y ciertamente, si el principio territorial está fundado sobre el de la nacionalidad del Estado, considerado como un organismo jurídico, esta misma nacionalidad origina un segundo principio, á saber: que cuando el Estado, en cuyo territorio se realiza un hecho criminoso, no lo castigue, ya porque no esté interesado en hacerlo, ya porque efectivamente descuide su punición, el vínculo de nacionalidad entre el delincuente y el Estado á que pertenece, lo hace responsable jurídicamente ante el mismo, así como el vínculo de la misma nacionalidad engendra

(1) *Wheaton*: «Droit international», p. II, c. 2, § 9.—*Azuni*: «Diritto marittimo» t. I, c. 2.

(2) *Bynkershoekii*: «De dominio maris.» c. 2.—*Klüber*: «Droit. des gens.» § 190, 191, 192.—*Mortens*: «Précis du Droit des gens.», § 30, 40, 44.

(3) *Vattel*: «Droit des gens.», lib. I, c. 19.—*Wheaton*: «Droit international» p. II, c. 2, § 10, 14.—*Wens*: «Op. cit.» pág. 42 y sig.—*Ortolan*: t. I, 109, 116, 224.



para el Estado el deber de proteger á los nacionales fuera del territorio y el de reparar las violaciones de sus derechos.

En la mayor parte de las legislaciones positivas, nos encontramos con que el Estado se reserva el derecho de persecución para los delitos cometidos en territorio extranjero: 1.º, cuando se trata de hechos que lesionan directamente la seguridad del Estado ó su vida económica; 2.º, cuando se trata de delitos cometidos, ó por un nacional, ó contra un nacional. El Código francés de 1808, en los artículos 5.º, 6.º y 7.º, y las leyes napolitanas de 1819, establecieron la extensión de la punibilidad á los delitos indicados. Por la ley belga de 30 de Diciembre de 1836, el Código de Rusia, el de Noruega de 1842, el de procedimientos de los Países Bajos y los Códigos alemanes y suizos, unos más y otros menos, han extendido la esfera de esta eficacia de la ley penal declarando que obliga á los nacionales aun fuera del territorio, pues que fuera del territorio también protege la inviolabilidad de sus derechos, y obliga á nacionales y extranjeros á no atentar contra la seguridad del Estado ó su existencia económica; con este espíritu fué redactada la ley francesa de 27 de Junio de 1866, por la que se derogan las reglas del Código de 1808.

Inglaterra y América, en su *Derecho común*, sostuvieron de un modo absoluto el principio de que respecto á los delitos cometidos fuera del propio territorio, el Estado no tiene autoridad de ninguna clase para castigar á sus autores (2); pero en estos dos países ya comienza á manifestarse, por medio de leyes especiales, la necesidad de admitir aquellas dos reglas que las demás legislaciones penales suelen consagrar (3).

El Código penal italiano de 1859 ya representaba en este punto un progreso sobre el de Nápoles de 1819, el cual sólo castigaba los delitos cometidos contra la seguridad del Estado, y supletoriamente los delitos graves cometidos por un nacional contra otro nacional, no castigados en el lugar donde fueron realizados.

(1) Foliz: «Droit international privé», t. II, c. 2, 3, 4. — Morin: «Journal de Droit Criminel.» Paris 1866.

(2) Story: «Comment» §§ 620 y 622. — Stephen: «Somm. del Dir. Crim.» t. II, n. 2; c. 11, n. 5.

(3) Lewis: «On foreign jurisdiction». Lond. 1859 p. 20 á 22.



## II.—LÍMITE DEL ESPACIO

*Legislación italiana.*—El Código penal, en los artículos 3.º á 8.º, ambos inclusive, trata de la eficacia de la ley penal con relación al lugar, recogiendo las buenas tradiciones de los Códigos anteriores, y dando carácter de legislación positiva á la última palabra de la ciencia sobre una materia tan complicada y escabrosa como ésta. Empieza el art. 3.º, que establece el principio de la territorialidad de la ley penal, aplicando á la misma la doctrina general del art. 11 del Código civil. Dice así dicho art. 3.º: «Todo el que comete un *reato* en el territorio del reino, es castigado según la ley italiana». Establece, sin embargo, una distinción entre el ciudadano y el extranjero, pues, «el ciudadano es juzgado en el reino, aunque haya sido juzgado en el exterior» al paso que «el extranjero que haya sido juzgado en el exterior, es juzgado en el reino si el Ministro de Justicia lo exige».

Los restantes artículos tratan de los casos en que ha de admitirse la extraterritorialidad de la ley penal, haciéndose una distinción entre los delitos cometidos fuera del territorio nacional que atentan á la vida política ó económica del Estado, respecto á los cuales no tiene para nada en cuenta la condición del delincuente, y los demás delitos en que se aprecia la nacionalidad del reo. El art. 4.º trata de los primeros que tanto interesan al Estado nacional, el cual procede contra ellos, no por justicia penal supletoria, sino por propio derecho, fundado en la gravedad que tienen para la vida nacional del Estado y en la posibilidad de que no sean castigados en el país donde se cometieron, ya que á él no le afectan directamente, ó de que tengan señalada una penalidad excesivamente benigna. Dicho artículo, equiparando en esto al nacional y al extranjero (á diferencia del Código anterior, que sólo castigaba al extranjero «cuando hubiese sido detenido en el territorio del Estado ó entregado por el Gobierno extranjero»), distingue la pena señalada á esos delitos, para tener ó no en cuenta la circunstancia de que el delincuente se halle en el territorio nacional. Así, «el ciudadano ó el extranjero que cometió en territorio exterior un delito contra la seguridad del Estado ó de falsificación del sello del Estado, de monedas que tengan curso legal en el reino, ó de documentos de crédito público, para el cual la ley italiana establezca una pena restrictiva de la libertad personal (1), cuyo *máximum* no sea menor de cinco años, es castigado según la misma ley.—Será juzgado en el reino, aunque lo haya sido en el extranjero, si el Ministro de Justicia lo exige.» Pero si la pena es menor de cinco años, sólo se procede contra el delincuente que se halle en territorio nacional. «Las precedentes disposiciones, dice el último párrafo de este art. 4.º, se aprecian también cuando se trata de delito para el cual se ha establecido una pena restrictiva de la libertad personal de menor duración, siempre que el ciudadano ó el extranjero se encuentren en el territorio del reino.»

Los artículos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, constituyen el Derecho penal internacional, y aunque mucho más metódicos que los correspondientes de la legislación anterior, no establecen diferencia fundamental alguna, salvo el ampliar los casos en que ha de castigarse el delito come-

(1) Según declara el último párrafo del art. 11, pertenecen á esta categoría las penas de *cadena perpetua*, *reclusión*, *detención*, *confinamiento* y *arresto*.



tido en territorio exterior por un extranjero contra otro extranjero. Cuando se trata de delitos que no atentan á la vida política y económica del Estado, y que no sean ni políticos ni conexos con ellos (número 1.º del art. 7.º), pueden ocurrir dos casos, separadamente tratados por el Código: ó que el delincuente sea ciudadano (art. 5.º), ó que sea extranjero (art. 6.º), y en este último, ó el delito se ha cometido en daño del Estado ó de un ciudadano suyo, ó se ha cometido en daño de otro extranjero. Veamos por separado todos estos casos:

1.º Delitos cometidos en el exterior por un ciudadano, ya sea en daño de otro ciudadano, ya sea en daño de un extranjero. También aquí distingue la ley la pena señalada, para ser penado en todo caso (siempre que el ciudadano se encuentre en el territorio nacional, que es la condición general para que se proceda contra él), ó sólo cuando concurren algunos requisitos. Así determina el art. 5.º que «el ciudadano que fuera de los casos indicados en el artículo precedente, comete en territorio exterior un delito para el cual la ley italiana establece una pena restrictiva de la libertad personal, cuyo *mínimum* no sea inferior á tres años, es castigado según la misma ley, siempre que se encuentre en el territorio del reino; pero la pena será disminuida en una sexta parte y la de cadena perpetua (*ergastolo*) es sustituida por la de reclusión de veinticinco á treinta años. Pero «si se trata de delito para el cual se ha establecido una pena restrictiva de la libertad personal, de menor duración, no se procede más que á querrela de parte ó á petición del Gobierno extranjero».

2.º Delitos cometidos en el exterior por un extranjero. Art. 6.º Ya hemos dicho que hay que distinguir según que se realicen: a) en daño del Estado ó un ciudadano suyo, ó, b) en daño de un extranjero. Cuando ocurre lo primero, dice el Código: «El extranjero que fuera de los casos indicados en el art. 4.º comete en territorio exterior, en daño del Estado ó de un ciudadano, un delito para el cual la ley italiana establezca una pena restrictiva de la libertad personal, cuyo *mínimum* sea inferior á un año, es castigado según la misma ley, siempre que se halle en el territorio del reino; pero la pena será disminuida en un tercio, y la de cadena perpetua se sustituye por la de reclusión, no menor de 20 años»: en esto se diferencia del caso anterior del artículo 5.º, en el cual ya hemos visto que la pena se disminuye en una sexta parte, y á la de cadena perpetua reemplaza la reclusión de 20 á 30 años. También se diferencia del caso anterior, porque aquí «no se procede más que á petición del Ministro de Justicia ó á querrela de parte.»

Quando se trata de un delito cometido por un extranjero contra otro extranjero fuera del territorio nacional, el Código anterior de 1859 sólo lo castigaba si se trataba del *crimen de salteamiento* (*grassazione*) cometido á una distancia menor de 500 metros de los límites del Estado, ó cuando realizado á mayor distancia, se hubieran transportado al reino dinero ó efectos robados. El Código vigente, sin fijarse para nada en la circunstancia convencionalísima y arbitraria del límite, dispone que si el delito se ha cometido en daño de otro extranjero, el culpable será castigado, á petición del Ministro de Justicia, según las disposiciones de la primera parte del presente artículo, siempre que: 1.º, se trate de delito para el cual se ha establecido una pena restrictiva de la libertad personal, cuyo *mínimum* no sea inferior á tres años; 2.º, no exista tratado de extradición, ó ésta no haya sido admitida por el Gobierno del lugar en que el culpable no cometido el delito ó por el de su patria.



El art. 7.º establece dos excepciones á lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º, la primera por razón de los delitos, la segunda por el resultado del juicio incoado contra el delincuente. Dice así: «No se procede al juicio en los casos indicados en los arts. 5.º y 6.º: 1.º, si se trata de delito para el cual, según lo que determina el primer párrafo del art. 9.º, no se pueda admitir la extradición (delitos políticos y delitos conexos); 2.º, si el procesado, juzgado en el exterior, ha sido definitivamente absuelto ó si, condenado, ha descontado la pena ó extinguido la condena.» Una contraexcepción á esta segunda excepción establece sólo para el ciudadano, el último párrafo de este artículo, que dice: «Sin embargo, si contra el ciudadano, por un delito cometido en territorio exterior, diferente de los indicados en el número primero del presente artículo, se ha pronunciado en el exterior una condena que según la ley italiana llevaría consigo como pena ó como efecto penal la interdicción de los empleados públicos, á otra incapacidad, la autoridad judicial, á instancia del Ministerio público, puede declarar que la sentencia pronunciada en el exterior produce en el reino la interdicción ó incapacidad indicadas, salvo el derecho del condenado de pedir que antes de proveer acerca de la instancia del Ministerio público, se remueva el juicio seguido en el exterior»

Por último, el art. 8.º establece una disposición común á todos los artículos anteriores y de rigurosa justicia para que el delincuente no sea castigado dos veces por el mismo delito. «Cuando en los casos previstos en los artículos precedentes, el juicio seguido en el exterior sea renovado en el reino, se computará la pena cumplida en el exterior, teniendo en cuenta la especie de la misma, y aplicando, cuando haya lugar, las disposiciones del art. 40», donde se determina el modo de computar la prisión sufrida antes de ser firme la sentencia, para la aplicación de la pena.

*Legislación española.*— Nada, absolutamente nada, determina el Código penal sobre tan interesante materia. El Código civil en su artículo 8.º establece el principio general sobre la misma, al decir: «Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan á todos los que habitan en territorio español».

Sin embargo, en defecto de una ley sustantiva que directamente resuelva los casos excepcionales de la extraterritorialidad de la ley penal, tenemos una ley adjetiva, la ley Orgánica del Poder judicial de 1870, que de un modo indirecto y como de soslayo viene á tratar esta materia, y al resolver en su capítulo 3.º la competencia de los juzgados y tribunales en materia criminal, se refiere á la cuestión que estamos estudiando, siendo de creer que estas disposiciones pasen al Código penal el día en que se publique uno nuevo, llenando así las lagunas y defectos que en el vigente se observan. Dicha ley Orgánica, en su art. 333 y siguientes, presenta diferentes casos en los que la ley penal viene á traspasar los límites del territorio para que se dió. Estos casos pueden reducirse á tres:

1.º Delitos cometidos por un español contra otro español fuera de España. El art. 339 dice: «El español que cometiere un delito en país extranjero contra otro español será juzgado en España por los juzgados ó tribunales designados en el art. 326 (en que se determina el juez y tribunal competente para instruir y conocer de una causa cuando no conste el lugar donde se realizó el hecho punible), y por el mismo orden con que se designan, si concurriesen las circunstancias siguientes: 1.ª, que se querelle el ofendido ó cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo á las leyes; 2.ª, que el delincuente se halle



en territorio español; 3.<sup>a</sup>, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado ó penado en el extranjero, y en este último caso, haya cumplido la condena.» Como se ve por dicho artículo, es preciso ante todo que se trate de un delito propiamente tal, y no de una falta, porque en estas no se considera que hay motivo bastante para decretar la extraterritorialidad de la ley penal, ya que, como decían los romanos, *de minimis non curat praetor*. Es preciso además que haya una excitación particular al poder público, el cual no puede proceder *ex officio*, sino á instancia de parte interesada. Se determina la necesidad de que el delincuente se halle en territorio español, para que no se crea que se trata de invadir la soberanía extranjera, y por último, es requisito que el delincuente no haya sido absuelto, indultado ó penado, porque en todos estos casos ya está satisfecha la justicia penal, y hay que tener en cuenta el principio de *non bis in idem*. Sin embargo, respecto á este último punto, no falta algún escritor que, como Crivellari en Italia, sostiene que al Estado nacional no le debe importar nada la conducta que haya seguido aquél otro donde el delito se realizó, y lo más que podría hacer en favor del delincuente ya procesado, sería la suspensión del proceso, computándole la pena sufrida para la que en definitiva le señale el Estado á que pertenece.

2.º Delitos cometidos por un español contra un extranjero en territorio exterior. Trata de él el art. 340: «El español que cometiere en país extranjero un delito de los que el Código penal español califica de graves contra un extranjero, será juzgado en España si concurren las tres circunstancias señaladas en el artículo que precede y por los mismos jueces que en él se designan.» Como se ve, en este caso, se limita la aplicación de la ley penal española á solos los delitos graves.

Y 3.º Delitos cometidos en el exterior por un extranjero contra el Estado español.—«Art. 336. Serán juzgados por los jueces y tribunales del reino, según el orden prescrito en el art. 326, los españoles y extranjeros que fuera del territorio de la nación hubiesen cometido alguno de los delitos siguientes:

Contra la seguridad exterior del Estado.

Lesma majestad.

Rebelión.

Falsificación de la firma ó de la estampilla real del Regente.

Falsificación de la firma de los Ministros.

Falsificación de otros sellos públicos.

Falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito ó intereses del Estado, y la introducción ó expendición de lo falsificado.

Falsificación de billetes de Banco cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción ó expendición de las falsificaciones.

Los cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero.»

En lugar de indicar en general la clase y naturaleza de los delitos como hemos visto que hace el Código italiano, los enumera taxativamente. Se trata, pues, de una especie de prórroga de la soberanía nacional por la gravedad de los delitos que, en resumen, ó atacan la vida económica del Estado, ó su vida política.

El artículo siguiente, 337, determina como condición para el castigo que los delincuentes no hayan sido absueltos ó penados en el extranjero. «Si los reos de los delitos comprendidos en el artículo anterior hubieren sido absueltos ó penados en el extranjero, siempre que en este último caso se hubiere cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa. Lo mismo sucederá si hubiesen sido indultados, á en-



capción de los delitos de traición y lesa majestad. Si hubieren cumplido parte de la pena, se tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que en otro caso les correspondería.»

«Lo dispuesto en los dos artículos que anteceden, dice el art. 338, es aplicable á los extranjeros que hubieren cometido algunos de los delitos comprendidos en ellos, cuando fueren aprehendidos en el territorio español ó se obtuviera la extradición.»

Por último, el art. 346 establece una medida de carácter general al decir: «Lo prescrito en esta Sección respecto á delitos cometidos en el extranjero, se entenderá sin perjuicio de los tratados vigentes, ó que en adelante se celebren con potencias extranjeras.»

Como se ve por todo lo dicho, la ley Orgánica, aunque indirecta y accidentalmente, puesto que no se refiere á la ley penal sino á la competencia de los jueces y tribunales, contiene algunas reglas, en general bastante aceptables, sobre este punto. Nótanse en ella algunas deficiencias, sobre todo si se la compara con la doctrina del Código italiano, que como hemos visto, amplía mucho más el principio de la extraterritorialidad; pero es de creer que, modificada en algo y ampliada en mucho, formará la doctrina legal del futuro Código penal español en este punto.

● Pessina enumera como lugares naturalmente sometidos á la soberanía del Estado «la tierra firme, las aguas mediterráneas (ríos, canales, lagos, puertos, radas, etc).» Omite por consiguiente, como sometido á la soberanía del Estado el espacio aéreo que domina la tierra firme y las aguas territoriales del Estado. Merced á los considerables progresos verificados en la navegación aérea no puede descuidarse hoy este elemento que está sometido de hecho á la territorialidad de la ley penal.

Algunos consideran que el límite de la atmósfera territorial está fijado, como el de las aguas territoriales, por la distancia máxima á la que puede llegar un tiro de cañón. Manzini cree que esta limitación es muy discutible por las diversas condiciones en que tiene lugar la navegación marítima y la navegación terrestre. El peligro, dice que nunca para el territorio de la navegación marítima puede considerarse eliminado á esta distancia, pero no sucede lo mismo respecto de la navegación aérea que se ejercita, no al lado, sino sobre el territorio. Por tanto, sería más lógico fijar este límite máximo en el punto más alto alcanzado por un aerostato en condiciones normales, tanto más cuanto que la defensa militar nacional dispone hoy además de cañones, de aeronaves que pueden defender eficazmente el espacio aéreo territorial á una distancia mucho más lejana que un cañón apuntado desde el suelo (1). Para Liszt este espacio no tendría límite alguno. (2)

● Al estudiar las consecuencias que se deducen del principio de la territorialidad de la ley penal (§ 16) señala Pessina como una de estas defunciones «que no debe haber lugar alguno dentro del territorio nacional á donde no pueda llegar la eficacia de la ley penal, debiendo considerarse como errónea institución del pasado el privilegio de inmunidad local conocido con el nombre de *Derecho de asilo*.»

(1) Manzini ob. cit. vol. I. p. 259.

(2) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* pág. 110.

*Elementos de Derecho penal.*



Este derecho tuvo en España, como en todos los países, un gran desenvolvimiento. Ya en el XII Concilio de Toledo (año 689) se ordena que sea inmune el refugiado en la iglesia so pena de excomunión al quebrantador de la inmunidad. El *Fuero Juzgo* consagra un título (tít. III, lib. IX) á los «que se fuyen á la iglesia». Estos no podían ser arrancados á su sagrado refugio so pena de azotes y pago de cierta cantidad; si el refugiado fuere un condenado á muerte, el sacerdote debía echarlo de la iglesia pero ya no podía ser ejecutado. Los delincuentes debían ser entregados á su acreedor que debía abstenerse de herirles y atarles. En el derecho foral, como ya se ha visto en las notas anteriormente redactadas sobre el derecho penal de esta época, tuvo el asilo profundo arraigo, pero el asilo que aquí se instituye no es el asilo religioso, sino el asilo civil que tendía á atraer pobladores á las ciudades y villas devastadas por la guerra ó reedificados.

El *Fuero Real* (Lib. I, tít. V, ley VII) establece la inmunidad de los refugiados en las iglesias, pero exceptúa al ladrón conocido, al que de noche quemare mieses ó desrraigare viñas ó árboles.

Las Partidas (especialmente la 1ª, tít. XI, leyes II, III, IV y V) lo reglamentan minuciosamente.

El lugar de asilo lo constituían las iglesias, sus portales y su cimiterio. Todo el mundo podía ampararse en principio, «por mal que ouiesse fecho ó por debda que deuiesse», no podían sacarlo á la fuerza, ni matarlo, ni darle pena corporal, ni cercarle alrededor de la iglesia, ni prohibir que le dieran de comer y de beber. Los sacerdotes debían amparar al refugiado cuanto pudieran y proveer á su alimentación. Los que pedían su entrega debían dar seguridades ó jurar que no harían mal al acogido, entonces lo podían sacar para que enmendase su yerro; si estaba desprovisto de bienes y no podía indemnizar el daño debía servir á la iglesia por el tiempo que el juez le mandara. No podían acogerse al asilo sagrado además de los delincuentes exceptuados en el *Fuero Real* los traidores conocidos, los que mataren «á tuertos», los adúlteros, los violadores y los malversadores de la hacienda pública.

Según se desprende de las disposiciones de la Novísima Recopilación el abuso que se hizo del asilo debió ser enorme. Los deudores para no pagar sus deudas, metían sus bienes en las iglesias y á ellas se acogían. Para remediar tal estado de cosas, dieron los Reyes Católicos una pragmática en 1498 disponiendo que fueran extraídos de las iglesias y puestos en la cárcel hasta el pago de la deuda, prohibiendo castigarles corporalmente y ordenando que los bienes fueren sacados para el pago de los acreedores.

Los desertores de los ejércitos también se acogían al sagrado de las iglesias, pero por Real cédula de Felipe V dada en 1708 se dispuso que fuesen sacados del lugar de refugio siempre que los ministros cabos que los extrajeren jurasen que no los castigarían. En cumplimiento del Concordato celebrado con la Santa Sede en 1737 se dispuso que bastase un solo delito de asalto en los caminos con muerte ó mutilación de miembro para que los delincuentes no pudiesen gozar de asilo alguno. Dispúsose asimismo que no fueran lugares de asilo las iglesias rurales, ni las ermitas donde no haya sacramento ni se celebrare misa con frecuencia y que la inmunidad denominada «iglesia fría» no sirviera para ningún delito. Consistía en alegar la inmunidad de iglesia los que de ella habían sido extraídos por delitos anteriores.

En tiempo de Carlos IV se dió una cédula (1800) reglamentando minuciosamente el procedimiento que debía seguirse con los acogidos.



sagrado. Se dispuso su entrega á la autoridad secular; si los delitos eran de los no exceptuados se les imponían ciertas penas; si no eran delitos exceptuados, el refugio en la iglesia no producía efecto alguno.

En la actualidad esta institución ha desaparecido en absoluto; no queda de ella más que su recuerdo histórico.



## III

*De la eficacia de la ley penal con relación á la condición de las personas*

«Los hombres nacen y viven libres e iguales ante la ley.»

*Declaración de los derechos del hombre, art. 1.*

§ 19. En los límites ya señalados del tiempo y el espacio la ley penal, como expresión del Derecho, debe imperar sobre todos igualmente. El principio general es que la condición de las personas no sustraiga á nadie á la eficacia de la ley penal: ésta es por su propia naturaleza impersonal, constituyendo una norma general (*generale et comune præceptum*) llamada á expresar la unidad del Derecho en medio de la varia multiplicidad de los intereses humanos. De aquí se deduce el principio de la igualdad jurídica, en la cual es una aplicación la doctrina de que todos son iguales ante la ley. Por eso con relación á la ley penal todos se hallan sometidos á las mismas penas, todos son responsables por los mismos delitos, todos están sometidos á la misma jurisdicción y todos tienen derecho á las mismas formas jurídicas encaminadas á garantizar las exigencias legítimas de la sociedad y de los individuos (1).

La historia, sin embargo, nos demuestra por una parte que el pasado presenta la negación de tal principio, y por otra, que con el progreso de la civilización se camina hacia su triunfo definitivo desapareciendo una á una las varias desigualdades. Es verdad que en el Derecho romano encontramos la extraña fórmula de las XII Tabas, *privilegia ne irroganto*, pero en ella se consagra una igualdad ante la ley á que no respondía la igualdad en la ley, es decir, la igualdad jurídica negada por la triple condición del *civis*, *peregrinus* y del *servus* (2).

En efecto, el *civis* estaba rodeado de privilegios, tales como el de no poder ser condenado á muerte bastándole la *arqa* el *interdictio*; el *peregrinus* no disfrutaba las garantías de los *patrii iudicia*, ni estaba sometido al castigo de las *leges*; y para los *servos*, además de la rudeza de los castigos, estaba señalada la pena

(1) *Cicero*: «De hominum æqualitate ac jurbus officiisque que inde oriuntur» Amstelod., 1764, in. 6.

(2) Véase lo que hemos dicho anteriormente. II, § 14.



ra (1). En tiempo del Imperio, aunque disminuyeren las prerrogativas de la *civitas*, se añadieron otras desigualdades, como el privilegio de los *milites*, que tenían un fuero especial para cualquier delito; el privilegio de los Senadores y de los *clarissimi*, de los que decía el Emperador *partes ipsi corporis nostri sunt*, y finalmente, el privilegio de los eclesiásticos, que gozaban ciertas inmunidades personales (2). En la Edad Media la esclavitud fué reemplazada por la *servidumbre feudal*, en la que había menos desigualdad: pero sin embargo, en la distinción de vencedores y vencidos, de señores y siervos de la gleba, las desigualdades tenían que continuar, de lo cual surgió la costumbre de sustraerse á un poder poniéndose bajo la protección de otro: así surgen los privilegios de la sociedad clerical y de la nobleza feudal, que subsisten aun allí donde el clero y la feudalidad fueron despojados de la *potestad de castigar*. Las inmunidades personales sirvieron de base para la diferencia de penas entre nobles y plebeyos, y el principio de que cada uno debe ser juzgado por sus iguales, demuestra cada vez más cómo una clase de justicia se aplicaba á los primeros y otra á los segundos (3). Federico II y Carlos III, ambos en Italia, se opusieron á tales desigualdades; pero fueron reproducidas posteriormente. Con la Revolución francesa, abolido de una vez el feudalismo, se borran antiguas desigualdades, y por la influencia del nuevo principio de la igualdad ante la ley, el Derecho vigente no reconoce ya exenciones é inmunidades de personas ó privilegios ante la eficacia de la ley penal. Así se ha abolido el fuero eclesiástico aplicable á los delitos de los clérigos, y á la jurisdicción propia de los militares para toda clase de delitos han sustituido leyes especiales, que se refieren, no á las personas, sino á los deberes de la milicia y á sus transgresiones, sin poder derogar las instituciones penales comunes. Por consiguiente, la ley penal obra sobre todos *igualmente* prescindiendo de la diferencia de clases y de la condición de las personas, siendo ésta una de las conquistas que el progreso de la

(1) *Aliter puniuntur iisdem facinoribus servi quam liberi* (l. 16 D. de pœnis).

(2) *Sciendum est discrimina esse poenarum, neque omnes eadem poena affici posse*, l. 9, D. de pœnis. — Carrach: «De reatu non omnem dignitatem excludente», ad. L. I, C. *senator vel clariss.*, Halm 1732.

(3) Nolden: «De statu nobilium civili, eorumque juribus, privilegiis et inmunitatibus», Giessen 1821. — Manzel: «De respectu personarum in foro criminali», Bont. 1737. — Meister: «De la influencia que el estado del delincuente ejerce en las penas y en el procedimiento penal» (alem.), Gott. 1784. — Leyseri: «Medd. ad Pand», Spex 664. — Boehmeri: «Obs. ad Carpzov.», qu. 82, n. 4, qu. 118, n. 4.



civilización ha introducido en la nuestra, como en la mayor parte de las legislaciones modernas.

§ 20. Sin embargo, el Derecho público, tanto interno como externo, en las diversas legislaciones contemporáneas, ejerce una influencia que limita el principio de igualdad jurídica. Del Derecho público interno derivan las excepciones relativas al Rey, a los miembros del Parlamento y á los órganos del Poder gubernativo; del Derecho público externo deriva la institución de la inmunidad de los Soberanos extranjeros y de los legados; excepciones que veremos que se relacionan con otros principios jurídicos, sin que sean privilegios inherentes á las personas, sino al cargo que desempeñan y por condiciones especiales del mismo.

§ 21. Ante todo, en lo que se refiere al Rey, diremos que es el principio de toda monarquía, y sobre todo de la constitucional, á darle de cierto esplendor, colocándole á tal altura que no puede estar sometido á la eficacia ordinaria de la ley penal (1). Desde necesario de todas las monarquías, como quiere Ortolan, y que ordinariamente se encuentra consignado en las varias Constituciones monárquicas, es el de la inviolabilidad del Rey. Sometido en cuanto á su propiedad al Derecho privado del país que rige, el Rey puede estar sometido á la ley penal, por ser el que representa la soberanía del Estado y de la ley. El principio de la monarquía absoluta es *Princeps legibus solutus est*; pero la nota propia de las monarquías constitucionales es el haber traducido en institución política aquel concepto: *Digna vox est majestate regnantis legibus principem se alligatum profiteri*. El Rey, como príncipe, como cabeza del Estado, está exento de responsabilidad, porque representa el poder, no lo ejerce; es el depositario de la idea de potestad, pero no es el llamado á ponerla en movimiento. El Rey reina y no gobierna, y la responsabilidad es de aquellos que gobiernan. El Rey tiene, por tanto, el privilegio de sustraerse á la acción de la ley penal en virtud de la alta misión que representa; el freno que le contiene es absolutamente moral y nace del mismo eminente grado que en la vida social ocupa.

§ 22. Le elevación del mandato legislativo, la independencia necesaria para cumplirlo y la seguridad que debe tener el que le tiene, le halla investido de tan sagrada misión, de no ser sometido á la

(1) *Fritsch*: «*Princeps peccans*». Jena 1764. — *Neuman*: «*Comm. de diffinitio peccatis principum*». Francf. 1653. — *Lorieu*: «*De la prérogative royale en France et en Angleterre*», París 1840, vol. 2, in 8.<sup>o</sup>



poder del Estado, siendo el Parlamento el llamado á censurar especialmente los actos todos del Gobierno, sea cualquiera la forma que adopte el régimen representativo, hace necesario el *privilegio parlamentario*, que según Ortolan, nació y se desenvolvió en Inglaterra (1), lo estableció la Constitución americana de 1787, se decretó por las Constituyentes de 1789 y se ha infiltrado en todas aquellas instituciones que ha organizado el régimen representativo. Pero no es absoluta exención de toda responsabilidad ni absoluta independencia de la eficacia de la ley penal. Veamos, pues, en qué consiste.

Nuestra Constitución ha establecido el sistema bicameral (Senado y Cámara de los Diputados), y por eso el privilegio parlamentario se distingue según la condición de Senador ó Diputado: 1.º El Senador tiene un privilegio personal superior al de los Diputados, pues como nombrado de por vida, está revestido de su elevada misión irrevocablemente y no puede ser personalmente juzgado en materia penal por otro poder que por el propio Senado, y en ningún caso, salvo flagrante delito, puede ser reducido á prisión más que por orden del Senado mismo. (Art. 37, Estat. Const. ital.) 2.º El privilegio de que gozan los Diputados es de menor intensidad: los Diputados ni pueden ser reducidos á prisión durante la sesión, salvo el caso de flagrancia, ne pueden ser sometidos á juicio penal sin el previo consentimiento de la Cámara. (Art. 45, Estat. Const. ital.)

Un principio jurídico común á Senadores y Diputados, es la exención de cualquier responsabilidad por las opiniones, discursos y votos que pronuncien en el seno del Parlamento, quedando sujetos á un freno meramente moral, y á las condiciones disciplinarias del reglamento de la Asambee respectiva por las faltas que cometan. (Art. 51, Estat. Const. ital.)

§ 23. Otra institución contenida también en la ley fundamental del Estado, es la referente á la responsabilidad del Gobierno. Ante todo diremos que es condición esencial para que el régimen representativo sea una verdad, sobre todo en las monarquías constitucionales, el establecimiento de la completa é ilimitada responsabilidad del Gobierno y de todos sus agentes, empezando, como dice el insigne publicista Necker, por el primer Ministro y

(1) Véase *Fischel*: «La Constitución de Inglaterra». Lib. VII, c. 5 (alem.); trad. franc. de C. Vogel Paris 1864.



acabando por el último agente. Una institución eminentemente política es la de la responsabilidad de los Ministros ante el Parlamento por los hechos de su alto cargo. La Constitución establece la responsabilidad política, que se limita al voto de censura del Parlamento, en virtud del principio de que el régimen parlamentario no es posible sin que el Gobierno esté rodeado de la mayoría parlamentaria. Consagra también una responsabilidad jurídica penal, al decir que «los Ministros pueden ser acusados por los hechos de su cargo», correspondiendo á la Cámara de Diputados el hacer la acusación, y al Senado, constituido en Tribunal de justicia, juzgarlos (1). Además de esta responsabilidad de los Ministros, los agentes del Gobierno son responsables como todos los demás individuos; sin embargo, las leyes vigentes establecen una limitación al principio de la eficacia de la ley, perpetuando una institución propia de las monarquías absolutas, con la determinación contenida en los artículos 8.º y 105 de la ley Municipal y Provincial, los cuales garantizan á los Prefectos, Subprefectos y Síndicos, admitiendo la posibilidad de que por los delitos realizados en ocasión de su empleo sean juzgados, sino con permiso del Gobierno y oído el Consejo de Estado. Pero esta institución es contraria á la civilización y á la libertad, y puede hacer que las violaciones de la ley se oculten al amparo de una responsabilidad injusta é insoportable, que el Gobierno asumiría por un agente secundario. Es por tanto necesario hacer que desaparezca esta institución, como se ha conseguido en Bélgica, y que se obtenga para los que representan la autoridad ejecutiva del Estado, lo ya obtenido respecto á los ganos del poder judicial, esto es, que sin límite alguno puedan ser juzgados, sin necesidad de la intervención gubernativa ni de otra cualquiera que permita su persecución.

§ 24. Tratemos ahora de las excepciones que marca el Derecho internacional.

1.º Es costumbre internacional conceder á los Soberanos extranjeros la *extraterritorialidad* durante su permanencia temporal en un país (2).

2.º Los Embajadores y demás Agentes diplomáticos representan su propia nación en el territorio extranjero, en todas aquellas relaciones que se refieren á derechos y deberes internacionales.

(1) Arts. 36, 47, 67 del Estatuto Constitucional italiano.

(2) Klüber: «Droit des gens moderne de l'Europe», § 156.



De este principio se deduce que los órganos á quienes se ha confiado la misión de representar la personalidad civil de las naciones como ésta, inviolables en cualquier territorio en que se encuentran. No es que el Derecho exija la impunidad de los mismos, sino que para castigarlos sólo es competente el Estado á que pertenecen: el Derecho exige sólo su inviolabilidad ante la soberanía jurídica á que son enviados (1). Es antiquísima institución de los pueblos la inviolabilidad de los legados: en el Derecho romano encontramos aquel solemne principio: *Sancti habentur legati* (2), que como esculpido en la conciencia humana, se perpetuó durante toda la Edad Media. Cuando en el mundo moderno el Derecho de gentes se ha ido constituyendo como ciencia, tres opiniones principales se han sostenido sobre este punto: 1.<sup>a</sup>, la de Binkersoechio, Grotio, Vattel y Montesquieu, que afirman la inviolabilidad absoluta de los Embajadores y su independendencia con relación á la soberanía del territorio en que se encuentran; 2.<sup>a</sup>, la de Tomasio y Barbeyrac, los cuales limitan el principio de la inviolabilidad, al negarla para aquellos casos en que el legado trame conspiraciones, excite á los súbditos á rebelarse ó realice cualquier acto por el que se conduce como enemigo; y 3.<sup>a</sup>, la de Perezio, De Vera y Cocceio, los cuales afirman la inviolabilidad, pero niegan la independendencia de la jurisdicción territorial, sosteniendo que la inviolabilidad es protección contra la injusticia y no contra el Derecho, y debe producir la seguridad personal y no la impunidad del delincuente.

En medio de estas opiniones, la costumbre internacional, según

(1) Además de los escritores de Derecho internacional, sobre todo los que han tratado especialmente de los legados y de las legaciones (como Alberigo Gentile, Wicquefort etc.), es preciso consultar sobre esta institución las obras siguientes: Bachel: «*Questio vetus et nova an legatum capere, retinere ac punire liceat*» (en la obra del mismo autor: *Biblioth. du Droit françois*, Paris 1629) Zouchus: «*Solutio questionis veteris et novae sive legati de delinquentis iudice competente*». Elmsert Berol. 1669. — *Scheleusdy*: «*De legatorum inviolabilitate*». Leips. 1690. — *Thomassin*: «*De jure asyli legatorum aedibus competente*». Leips. 1698. — *Codex*: «*De legato sancto non impuni*». Francf. 1699. — *Cassius (Wilde)*: «*Diatriba de jure et iudice legatorum*». Francf. 1712. — *Lehmann*: «*Dis. de vero atque certo fundamento iurum ac speciatim sanctitatis legatorum*». Jen. 1713. — *Bynkershoekii*: «*De foro competente legatorum*». Lugd. Bat. 1721. — *Hoogerveen*: «*Legatorum origo et sanctimonia*». Lugd. Bat. 1763. — *Walden*: «*De legati admissi et non admissi inviolabilitate*». Marb. 1767. *Kohrel*: «*De sanctitate legatorum*». Marb. 1769. — *Ambrosius*: «*De iudice competente legatorum eorumque comitum*». Viennæ 1774. — *Everetius de Jonge*: «*Sobre los limites de los derechos de los legados*» (holand.). Utrecht 1850. — *Gessnerus*: «*De jure uxoris legati atque legatæ commentatio*». Halle 1851.

(2) L. 17 C. de legat. Cf. L. 7 C. ad L. Jul. de vi pub. — L. 24 § 1 C. de iudice.



atestigua Martens (3), ha consagrado el principio siguiente: el legado representa á su nación y como tal no puede ser sometido á aquella ley penal que es emanación de un Estado al que no pertenece; y siendo el órgano de la personalidad de su nación, acerca de la cual se halla no puede tener autoridad suprema en él». Este principio produce como consecuencia el eximir al legado de la jurisdicción territorial, y la costumbre internacional atribuye la misma inmunidad á la familia del Embajador y á todas las personas que de él dependen, en cuanto á los hechos que en su domicilio se realicen. Pero ningún principio puede existir sin la limitación de otro principio, y sobre todo sin la de aquel que es fundamento de todos los demás, esto es, el principio de justicia, la cual exige el castigo de los delitos. Por eso, la misma costumbre internacional reconoce que el Estado contra el cual el legado ha cometido un grave delito, puede reclamar la entrega del mismo ó pedirle, tomando precauciones para evitar toda eficacia punitiva por su parte. Finalmente, es de notar que sería grave error considerar el domicilio y carruaje del Embajador como territorio del Estado á que pertenecen: la casa y carruajes del Embajador son inviolables, pero no en el sentido de que puedan llegar á ser refugio para los malhechores, sino en el de que están puestos bajo la protección de la Autoridad local y deben hallarse libres de todo ataque, sin que sea permitido penetrar en ellos sin permiso del Embajador, salvo los casos en que una urgente necesidad exija la entrada de la Autoridad local; en caso de oposición entre esta y el Embajador, será preciso esperar la determinación del Gobierno.

### III.—LÍMITE DE LA CONDICIÓN DE LAS PERSONAS

*Legislación española.*—Las disposiciones del Derecho público interno, relativas á las excepciones que admite el principio de la generalidad de la ley penal, que obliga, según el art. 8.º del Código, á todos los que habitan el territorio español, están contenidas en los siguientes artículos de la Constitución política de 1876. En cuanto al Rey, dice el art. 48: «La persona del Rey es sagrada é inviolable sirviéndole de complemento el 49: «Son responsables los Ministros. Ningún mandato del Rey puede llevarse á efecto si no está refrendado por un Ministro, que sólo por este hecho se hace responsable.» A este fin dispone el núm. 3.º del art. 45, que á las Cortes corresponde el

(3) «récis du Droit des gens», § 218, 219.—Cf. Bluntschli: «El Derecho internacional reducido á Código», § 141 y sig.



electiva la responsabilidad de los Ministros, los cuales serán acusados por el Congreso y juzgados por el Senado.»

En cuanto á los individuos que forman los Cuerpos Colegisladores, vemos el art. 46: Los Senadores y Diputados son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo; y el 47: «Los Senadores no podrán ser procesados ni arrestados, sin previa resolución del Senado, sino cuando sean hallados *in fraganti* ó cuando no esté reunido el Senado; pero en todo caso, se dará cuenta á este Cuerpo lo más pronto posible para que determine lo que corresponda. Tampoco podrán los Diputados ser procesados ni arrestados durante las sesiones sin permiso del Congreso, á no ser hallados *in fraganti*; pero en este caso, y en el de ser procesados ó arrestados cuando estuviesen cerradas las Cortes, se dará cuenta lo más pronto posible al Congreso para su conocimiento y resolución. El Tribunal Supremo conocerá de las causas criminales contra los Senadores y Diputados en los casos y forma que determine la ley.»

Por último, el art. 34 establece la corrección disciplinaria para los Diputados y Senadores, al decir que «cada uno de los Cuerpos Colegisladores forma el respectivo Reglamento para su gobierno interior, y examina así las calidades de los individuos que le componen, como la capacidad de su elección».

● Vamos á dar á continuación algunas noticias sobre la condición de las personas ante la ley penal en el Derecho español.

El *Fuero Juzgo* distinguía entre el hombre de *grand guisa* ó *noble*, el de *menor guisa* ó *vil guisa*, el *franqueado* y el *siervo*. Mientras el noble recibía menor pena ó penas no infamantes, el franqueado y sobre todo el siervo, eran de peor condición. En aquellos delitos en que la pena para el hombre libre es el pago de cierta cantidad para el siervo, se transforma ésta en pena corporal. Los judíos eran penalmente de peor condición que los cristianos.

Pero en los *Fueros municipales* es donde existe mayor variedad en lo referente á la condición de las personas. Lo corriente es que los vecinos ó moradores sean de mejor condición que los de fuera del lugar. En algunos casos esta distinción origina preceptos de una injusticia irritante. Por ejemplo, en el *Fuero* dado á Peralta por D. García, Rey de Navarra en 1144, se consigna que el hombre de fuera que matare á hombre de Peralta, debía pagar 500 sueldos; en el caso contrario, el matador no tenía que pagar absolutamente nada. En el *Fuero* dado á Marañón por Alfonso el Batallador hay una disposición idéntica.

Quienes aparecen en los *Fueros* sometidos á más miserable condición son los moros, mas no siempre sucede así: hay *Fueros* animados de un espíritu más igualitario y más humano, como los de León, Usagre y Logroño. El de Jaca (siglo XI) ordena que aquél que por delito prendiese á moro ó mora y lo metiese en el palacio del Rey, le dé pan y agua, porque es hombre y no debe ayunar como bestia. En el mismo *Fuero* de Salamanca (siglo XIII), los judíos se equiparaban á los vecinos y su condición penal era superior á la de algunos cristianos, como los aldeanos con casa propia, los aldeanos «yugueros», los patronos y mancebos de servicio, y superior á la de los moros. En el de Nájera, después de los Infanzones, les siguen en consideración ante la ley penal los «scapulatos» (monjes), después los judíos, y por último, los villanos y los moros. Estos son siempre los últimos en la jerarquía social; véase por el ejemplo esta disposición del *Fuero* de Brihuega: el cristiano que matare á moro ó mora cautiva peche XX mrs. ó pa-



que su precio al amo; si un moro matase á un cristiano muera por ello. Hasta cuando eran víctimas del delito, eran los moros de mala condición; en estos casos, la pena impuesta al delincuente era insignificante. Conocida es la disposición del Fuero de Nájera, en el que la muerte de un moro se pena como la de un asno, mientras que en el mismo Fuero los judíos tienen una situación relativamente privilegiada. En el Fuero de Navarra hay un capítulo titulado «La herida al moro ó bestia cómo debe ser probada».

En las Partidas domina un espíritu de mayor igualdad; no llega á desaparecer las distinciones legales tan arraigadas entre nobles y plebeyos, etc.; pero en muchos delitos, homicidios, robos, hurtos, malversaciones, no se tienen en cuenta. En este cuerpo legal la jerarquía social alta está representada por los «ricos omes», siguen los «fijosdalgo» y los caballeros; vienen después los escuderos; á todos ellos, en general, se les castiga con mucha frecuencia con penas pecuniarias ó con el destierro, mientras que á los moradores de las villas ó aldeas ó á los «omes viles» se les imponen crueles penas corporales. Los siervos presentaban la condición más ínfima y sobre ellos recaía la penalidad más severa.

Los fijosdalgo continuaron manteniendo sus privilegios. Carlos IV les confirmó en 1545 el de no ser presos por deudas, ni sometidos á tormento. La *Novísima Recopilación* en varias disposiciones lo confirma. En muchas leyes de esta compilación desaparece la situación privilegiada de los nobles; sin embargo, se mantiene en los delitos de hurto, porte de armas prohibidas, blasfemia; los plebeyos son, en estos casos, condenados á la pena de galeras, de azotes y á la marca con el hierro candente; los nobles eran solamente enviados á los presidios de Africa. Hasta en la ejecución de la pena de muerte se mantuvieron los privilegios; hasta los primeros años del siglo XIX los nobles fueron agarrados y los plebeyos ahorcados.

La codificación penal de 1822 concluyó con todas las prerrogativas que diversas clases sociales habían disfrutado en el orden penal y hoy día en el sistema penal reinante en España, como en el de todos los países constitucionales, no se consignan más privilegios penales que el del Rey, el de los miembros del Parlamento y el establecido á favor de los soberanos extranjeros. Pero estas excepciones no tienen en los Estados modernos el carácter de un privilegio personal ó de clase, como que asumen, como dice Manzini, el aspecto de prerrogativas concedidas, para asegurar el ejercicio digno, libre y eficaz de determinadas funciones públicas.

● En las páginas anteriores expone el Sr. Aramburu la legislación española relativa á las prerrogativas de que gozan, en el orden de la ley penal, el Rey y los miembros de los Cuerpos colegisladores. Debe añadirse á lo que allí se dice la prerrogativa que se concede en nuestro derecho positivo (Ley orgánica del Poder judicial, art. 334) á los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes ó Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipotenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las Legaciones, los cuales, cuando, delinquieren, serán puestos á disposición de sus Gobiernos respectivos».



## CAPITULO III

### De la extradición (1)

«Las naciones deben ayudarse en hacer respetar los derechos de la justicia».

Haus: «Cours de Droit Crim...», n. 454.

§ 25. Para completar la doctrina de la eficacia de la ley penal, es preciso tratar de una institución que forma parte del Derecho internacional, y que consiste en el auxilio que las diversas naciones se prestan recíprocamente para que la acción y la eficacia jurídica de la ley penal de los diversos Estados no resulte inútil al refugiarse un criminal en territorio que no es el del Estado llamado á castigarle. Con frecuencia sucede que un procesado criminalmente, al ser perseguido por la justicia penal de un Estado, busque en territorio distinto de aquél, un asilo que le asegure la impunidad ó le

(1) Goertner: «De eo quod justum est circa exhibitionem reorum», Leips. 1729. Zeller: «De remissione delinquentium», Leips. 1770. — Gutjahr: «De exhibitione delinquentium», Diss. II. Leips. 1795, 1797. — Winkler: «De remissione reorum» en sus Opus. min. IV. Dresd. 1792-97). — De Ranitz: «Comment. de recipiendis exteris» (en los An. de la Univ. de Leida 1818, 1819). — Leclercq: «De transfugis reddendis», Lugd. Bat. 1823. — Phoo-K uit: «De deditione profugorum» Leod. 1829. — Bulmerincq: «El Derecho de asilo», Dorpat. 1853. — Morquardsen: «Art. Extradición en el Staats-Lexicon de Rotteck y Welcker». — Mohl: «Doctrina internacional del asilo» (alem.), Tubinga 1860. — Gaston de Rouges: «Art. Extradition en el Dictionaire de la Politique» por M. Block. Paris 1863. — Avio: «Della estradizione», Génova 1865. — Sciscio: «Diritto di estradizione», Pisa 1865. — Glorké: «El Derecho de extradición» (ingl.), Lond. 1867, 2<sup>a</sup> edic. 1874. — Blondel: «Monographie de l'extradition», Paris 1867. — Naumann: «Du droit d'asyle» (en la Revue de Droit internat. Año II, pág. 179). — Waymouth Gibbs: «I Trattati di estradizione» (trad. del ingl. por Cost. Arlia). Firenze 1870. — Arlia: «Del Diritto di estradizione en Inghilterra» Firenze 1871. — «I Trattati di estradizione col Regno d'Italia», vol. I. Firenze 1871. — Ducrocq: «Théorie de l'extradition». — Bonafos: «Traité de l'extradition». — Billot: «Traité de l'extradition». — Brouchoud: «De l'extradition». — Fiore: «Degli effetti internazionali delle sentenze penali e dell'extradizione», Pisa 1877. — Pascale: «Dell'extradizione», Napoli 1880. — Lacointa: «De l'extradition» (en el Bulletin de la Société des Prisons, Paris 1881).



sustraiga á la persecución, confiando en que por el espíritu de autonomía de los Estados, la soberanía de un Estado determinado, no podrá ejercer los actos inherentes á su naturaleza, como capturarle, juzgarle y someterle al cumplimiento de la pena fuera de los límites de su territorio, sin violar la independencia propia de cada Estado nacional; independencia que tiene por expresión y por garantía el principio de que la soberanía de cada Estado debe obrar con exclusión de toda otra en el territorio perteneciente á ese Estado. Precisamente á esto pone un remedio la institución internacional de la recíproca entrega de los criminales prófugas, que recibe el nombre de *extradición*, cuya etimología no es, como pretende Nicolini, una *ditio* ó *potestas extraterritorium* (*ex-traditio*), porque no debe suponerse que la ley penal de un Estado pueda tener eficacia fuera de su propio territorio: la verdadera etimología está en la *traditio* ó entrega, pues que la esencia propia de esta institución se halla precisamente en esto, en que el fugitivo es capturado por obra del Estado á cuyo territorio se refugia, y es entregado por el mismo á la soberanía de aquel otro encargado de castigarle (*ex-traditio*).

§ 26 Muy encontradas son las opiniones de los publicistas sobre el fundamento de esta institución. Algunos combaten su legitimidad, ó afirmando que cuando el fugitivo no viole las leyes del país á donde se acoge, el entregarle es atacar la libertad personal (1), ó sosteniendo que cada Estado debe castigar el delito en cuanto pueda, en cualquier parte que sea, porcuáquiera que se haya realizado y contra cualquiera en cuyo perjuicio se haya cometido (2), ó bien considerándola como un peligro de persecución contra los inocentes (3). Otros, por el contrario, han creído que el Estado tiene el deber de conceder la extradición aun sin necesidad de tratados; entre ellos se encuentra Grotio, el cual afirma que el Estado que la niega se hace cómplice del delito (4), y con él opinan Cocceio (5), Buddeo (6), Covarrubias (7) y Vattel, que la admite para los delitos graves, sobre la base de que todo Estado debe castigar á los enemigos de la sociedad humana, y esto se realiza mejor la

(1) *Conchote Lemaire et Guyot: «Appel á l'opinion publique»*. La Haye 1817.

(2) *Pinheiro Ferreira: Cours de Droit publ.* 77, p. 32, p. 179.

(3) *Schmalz: «Diritto internaz»*, p. 158.

(4) *«De Jure belli et pacis»* L. II, c. 21.

(5) *«Prælect. ad Grotii librum»*.

(6) *«Jurispr. histor. specim.»*, p. 317.

(7) *«Pract. quest»*, c. XI.



reociéndose para que los castigue aquel Estado en cuyo territorio se realizó el delito (1). Entre estas dos opiniones hay una tercera, la de aquellos que justifican la extradición por razones de interés político ó social, como institución regulada, ó por motivos de conveniencia política, ó por interés del Estado que la acuerda para obtenerla reciprocamente. De esta opinión participan Puffendorf (2), Oppenheim (3), Martens (4), Klüber (5), Feolix (6), Story (7), Mittermaier (8), Heffter (9), Marquardsen (10), Bernauld (11), Trébutien (12) y Bar: este último dice terminantemente que con frecuencia un Estado estará en condiciones de pedir á otro, auxilio para perseguir á un delincuente, que es regla del Derecho de gentes la observancia de la reciprocidad, y sólo prestando ayuda á los demás se puede pretender de ellos; por eso en esta reciprocidad, fundada sobre el interés del propio Derecho, se halla la base de la *ex traditio* (13).

A nuestro juicio, todas estas opiniones se alejan de la verdad: á la pretendida ilegitimidad y á los peligros de la institución, responde elocuentemente el creciente número de tratados sobre extradición, principalmente para los delitos comunes. Por otra parte, si es indudable que un tratado debe considerarse como vínculo de Derecho positivo entre dos naciones, también en el fondo de la convención internacional debe encontrarse un principio que legitime el tratado, pues de otro modo sería éste una injusticia internacional en daño de los individuos. Invocar como fundamento de una extradición, ya la reciprocidad (la cual es forma y no fundamento del Derecho), ya el interés político de un Estado, es lo mismo que negar la intrínseca legitimidad de tal institución. Ahora bien: un fundamento jurídico de todas las convenciones internacionales relativas á la extradición, fué considerado por algunos publicistas

(1) «Droit des gens», II, § 230 y sig.

(2) «Jus nat. et gentium», L. VIII, 6, § 12.

(3) «Sistema del Derecho internacional» (alem.), Francf. 1845, p. 192, 382.

(4) «Compendio del Derecho de gentes», § 101.

(5) «El moderno Derecho de gentes», § 61.

(6) «Derecho internacional privado», II, n. 608.

(7) «Comentario sobre el conflicto de las leyes», §§ 626, 627.

(8) «Procedimiento penal».

(9) «Derecho internacional europeo», § 63.

(10) Art. Extradición en el *Staats Lexicon* de Rotteck y Welcker, pág. 49.

(11) «Cours de Code pénal et de Législat. criminelle», Leçon XXVII.

(12) «Cours de Droit Criminel», XI, VIII.

(13) «Derecho internacional privado y penal», § 147 á 154.



como subsistente en el orden jurídico universal, el cual es superior á los intereses particulares de este ó de aquel Estado, y común á todas las naciones. Así Mohl sostiene que el delito cometido contra este orden jurídico universal es también violación del Derecho nacional, y la extradición sólo tiene lugar porque el Estado que la obtiene es el más interesado y el que se encuentra en mejor situación para investigar y descubrir la verdad (1); y Bluntschli afirma que, así como no basta que el individuo para hacer todo lo que es justo se dedique al cumplimiento de su deber, limitándose á su esfera de acción sin auxiliar á los demás á hacer lo que es justo en su propia esfera, de igual modo un Estado no cumple con todos sus deberes cuando sólo en su esfera ejerce la justicia y rehusa prestar á los otros Estados el auxilio jurídico necesario: por eso, el deber de la extradición surge de la solidaridad universal para el cumplimiento de la justicia (2). Doctrina esta que, por otra parte, no impide que un Estado, para pretender *legalmente* la extradición, tenga necesidad de un tratado sobre el que fundar su pretensión legal, no pudiendo ejercer presión alguna sobre otro Estado independiente, y no impide tampoco que, aun sin tratados, se pueda pedir y obtener la extradición, cuando á la nación que la pide responde afirmativamente aquella á quien se pide, ya que en la petición de la una y en la concesión de la otra respectivamente, encuentra su realización un principio racional en defecto de un tratado expreso. Esta doctrina fué acogida por Haus (3) y Helie (4), y nos parece la más adecuada. En suma: la extradición está fundada en el principio jurídico de que todos los Estados deben ayudarse para el cumplimiento de la justicia social; y como ya se va reconociendo una justicia común y superior á los intereses particulares de las diversas naciones, debe reconocerse también como deber de justicia internacional, la necesidad de que se estipulen tratados para que se ayuden alternativamente los Estados en el castigo de los delincuentes. Y aunque la autonomía del Estado nacional, fundamento de la inviolabilidad del territorio, es idea que está profundamente arraigada en el Derecho, no por eso debe tolerarse que esta inviolabilidad se retuerza contra el Derecho mismo, llegando á ser medio que favorezca la fuga y la impunidad del delincuente. César Beccaria dijo

- (1) Revisión de la doctrina del asilo en la obra *Staatsrecht*, p. 713 y sig.  
 (2) Bluntschli: «Diccionario político» (alem.). I, 521.  
 (3) «Cours de Droit Criminel», n. 454 y sig.  
 (4) «Théorie du C. d'Instructo Crim.»



de la seguridad de no encontrar ningún lugar en la tierra donde el delito pueda permanecer impune, sería el medio más eficaz de prevenirlo» (1); pero no sobre el fundamento de la prevención del delito, sino sobre el fundamento del deber que las naciones todas tienen de hacer que el Derecho reine, se halla colocada la institución del auxilio recíproco de los diversos Estados entre sí para el castigo de los delincuentes.

§ 27. La historia del Derecho nos demuestra de un modo claro cómo la extradición es una revelación del principio de justicia en las relaciones internacionales. En los tiempos antiguos el extranjero que se refugiaba buscando protección en los dioses del país, y sobre todo el que en su propio territorio cometía delito contra un extranjero, no era entregado; la entrega del ciudadano sólo se hacía cuando su delito contra un Estado extranjero era tan grave, que debía ser sacrificado á su venganza, y aun esto no en todos los casos. Así surge la institución contraria á los delincuentes, esto es, el *asilo internacional*, fundado en el mismo principio religioso sobre el cual descansaba el de la inmunidad de los templos ó de las estatuas de los dioses, aunque era de naturaleza completamente distinta. En la Edad Media la opinión fué generalmente contraria á la extradición de los prófugos, lo cual no es de extrañar, atendido el estado de fraccionamiento social por virtud del cual dentro de un Estado existían varios Estados particulares, y el refugiarse al amparo del vasallaje prestado á un poder, impedía la persecución del otro (*sæpe deo irato fert deus alter opem*). La Iglesia fomentó el asilo religioso, sometiendo á los delincuentes que á ella se refugiaban á prácticas de penitencia. Pero el asilo feudal originó en las naciones modernas la aversión á la entrega de los delincuentes, aunque frecuentemente la monarquía amenazara con penas á los que amparasen á los culpables fugitivos. La antigua institución de la *remissio delinquentium* reconocida en Roma dentro de los límites señalados por el interés político, cayó totalmente en desuso (2); sin embargo, como comenzó á establecerse el sistema moderno de la constitución de los Estados, y en las relaciones internacionales substituyó á la razón de la fuerza la fuerza de la razón, comienzan también á surgir tratados sobre la entrega de

(1) «Dei delit. e delle pene.», § XXI.

(2) Carpzovio dice: *Remissiones delinquentium ubi vis fere locorum in desuetudinem abiit*. Præst. Nov. Imp. Sax, § 53. — Cf. *Clar. Sent.* V, qu. 38.



los delincuentes. Los primeros que se celebraron fueron entre las repúblicas italianas, primero bajo la forma de expulsión y después bajo la forma de entrega (1). En 1376 se celebró un pacto entre Francia y Saboya, y en el preámbulo aparece de un modo instintivo el principio jurídico (2). También se celebró otro en 1617 entre Brandemburgo, la Pomerania y Mecklemburgo, y con frecuencia en el siglo xvii, la extradición se acordó voluntariamente con promesa de reciprocidad, aun en defecto de convenciones estipuladas. Pero ya en el siglo xviii, al desarrollarse el Derecho internacional, se multiplican los tratados de extradición, mereciendo nombrarse el de 19 de Agosto de 1768 entre Francia y Suiza para los delitos de asesinato, envenenamiento, incendio, falsedad en actos públicos y comerciales, fabricación de moneda falsa, hurto violento y bancarrota fraudulenta. En el siglo xix la extradición comenzó desarrollándose en el tratado de paz de Amiens, celebrado el 27 de Marzo de 1802 entre la Gran Bretaña y Francia, España y la República de Batavia, para la entrega de personas acusadas de homicidio, falsedad y bancarrota fraudulenta, y después se amplió al multiplicarse las convenciones internacionales, principalmente después del tratado entre Bélgica y Francia en 1834, que ha servido como de tipo á los tratados sucesivos sobre esta materia. De manera que puede afirmarse que la extradición ha llegado á ser hoy día una institución universalmente reconocida, y á pesar de algunas excepciones, ciertamente muy escasas, por la semejanza del contenido de los actos diplomáticos se pueden deducir algunos principios generales que vienen á constatar el *comune jus extraditionis*. «La extradición ha reemplazado al asilo, resto bárbaro de los tiempos antiguos que confundían la santa hospitalidad con la impunidad, y creían honrar la Divinidad extendiendo su protección sobre el delito. Desenvuelta con la civilización, ha llegado á ser una institución común á los tiempos modernos; más vigorosa según que las relaciones de los pueblos han llegado á ser más íntimas, según que la cultura se ha difundido y según que se ha ido progresando en las costumbres, la extradición está destinada á tener una importancia cada vez mayor en las relaciones internacionales, porque sin ayuda, la rapidez en los medios de transporte y la facilidad de la

(1) Véase *Capitoli del Comune di Firenze* y la obra de Arlia sobre los tratados de extradición (t. I, p. 12 nota).

(2) *Considerantes detestabilia crimina et actus nefarios defectu remissionis delinquentium non facte sine correctione debita committi.*



comunicaciones, librarían de la persecución á la mayor parte de los delinquentes y harían impotente la acción de la justicia» (1).

§ 28. Los pequeños Estados de Italia antes de 1860 estipularon entre sí y con otras potencias diversos tratados, cuya fuerza obligatoria desapareció por la constitución del nuevo reino de Italia, subsistiendo únicamente los celebrados por el Gobierno de Cerdeña con los Estados extranjeros. El nuevo reino de Italia ha renovado las anteriores convenciones y ha celebrado otras nuevas con muchos Estados, todas las cuales se fundan en los mismos principios que constituyen el *comune jus estraditionis* de la época actual; por eso antes de exponer las diferentes reglas que se derivan de ese Derecho común, diremos que todos los tratados están conformes con la ley belga de 1.º de Octubre de 1833, y con las leyes francesas de 1850 y la Instrucción-circular del Guardasellos de Francia de 5 de Abril de 1841, en cuyos documentos están formuladas con precisión todas las reglas referentes á la extradición, admitidas comúnmente por el Derecho de gentes.

§ 29. El primer objeto que se debe determinar en la extradición es el de la materia punible á que la misma se refiere. La extradición debe contenerse en los límites del principio de justicia comunes á todas las naciones, y por eso superiores á los intereses particulares de cada una de ellas; si en nombre de la justicia un Estado debe pretender la entrega de los delinquentes por otro Estado, preciso es que éste reconozca la justicia intrínseca del castigo, y por eso los tratados suelen indicar los delitos comúnmente considerados por todas las legislaciones como hechos criminosos y por todas igualmente castigados. Pero fuera de estos casos previstos por las convenciones internacionales, no hay inconveniente alguno en que otros delitos de semejante naturaleza puedan, aun sin tratado precedente y por voluntario consentimiento de los Estados, dar materia á la extradición. Según algunas legislaciones, entre ellas la italiana, esto se deja á la prudencia del Gobierno; pero en muchos Estados, como en Bélgica, se ha tenido cuidado de formular una ley en la que se designan y circunscriben las facultades del Poder ejecutivo sobre este punto.

Con esta cuestión se relaciona la referente á la exclusión de los delitos políticos y aun los anejos á ellos, como materia de extradición. Si es verdad que los delitos políticos deben considerarse

---

(1) *Hölie*. «Théorie du C. d'Instruct. Crim.».—De l'action publique, n. 929.



como verdaderos delitos, también lo es que su naturaleza varía según los países. «Sería odioso — dice Hélie — abandonar á la venganza de los partidos á aquellos á quienes la venganza de los partidos ha obligado á desterrar. Este sentimiento de humanidad, envuelto por el ejemplo de las disensiones civiles en la mayor parte de los pueblos, se ha elevado á la categoría de un principio. El asilo territorial de los tiempos antiguos se ha perpetuado en la política» (1). Esta determinación se halla consignada en los tratados ya estipulados, y la jurisprudencia internacional ha reconocido que aun cuando no se exprese la exclusión de los delitos políticos y sus conexos, debe tenerse por estipulada (2).

Otra consecuencia de este principio de la justicia es que las leyes del Estado reclamado no se castigara el delito por el que se reclama, el Estado no tendrá obligación de acceder á la extradición.

§ 30. Un segundo objeto de determinación es el relativo á los individuos que han de entregarse. Ahora bien, sobre este punto se presentan dos reglas:

1) Casi ningún Estado entrega sus propios ciudadanos, pero que en algunos Estados se ha establecido en forma de ley. El fundamento de esta limitación está en que el nacional no puede ser por obra del Estado sustraído á sus jueces naturales y á las formas de procedimiento establecidas por sus propias leyes. No se sabe si es ó no culpable de determinado delito. La mayor parte de los escritores están conformes en justificar la no entrega de los propios ciudadanos (4); pero para evitar que el delito quede impune por no haberse verificado la extradición, el delincuente nacional debe ser juzgado por parte del Estado que no lo entrega. Solamente Inglaterra y América no se oponen á la extradición de los nacionales, pues sujetas ambas al principio exclusivo de

(1) Cf. *Instruc. del Guardasellos en Francia*, de 5 de Abril 1841. «Los delitos políticos se realizan en condiciones tan difíciles de ser apreciadas, y nacidos de pasiones tan ardientes (las cuales muchas veces son su excusa), que Francia no admite la extradición para los delitos políticos.»

(2) Kluit: *Diss. cit.*, p. 79. — Tittmann: *Op. cit.*, p. 27. — Felix: *Droit internat.* p. 580.

(3) L. belga de 1.º Oct. 1833. — L. fond. del Braunschweig, § 806. — O. de Wurtemb., art. 6 — de Baden, § 7 — de Austria, § 36 — de Oldemb., art. 501. — L. cano de 1853.

(4) Vattel: I, § 322. — Martens: § 101. — Wheaton: I, p. 139. — Ortolan: n.º 303. — p. 668. — Felix: II, n.º 324. — Oppenheim: p. 193. — Mittermaier: § 59. — Heffner: p. 14.



territorialidad, no castigan los delitos cometidos por sus ciudadanos en territorio extranjero.

3) La extradición debe tener lugar, ya cuando el individuo reclamado por una potencia es súbdito de la misma, ya cuando es extranjero, bastando para admitir la extradición que el Estado reclamante sea precisamente el llamado á castigar el delito. En el primer caso no hay duda ninguna; pero la condición de extranjero en relación al Estado que reclama y á aquel á quien se hace la reclamación, es regulada de muy distinta manera por los tratados. Según unos, es indiferente que el fugitivo reclamado pertenezca al Estado que lo reclama; según otros, es también indiferente, pero por lo menos hay que notificar el hecho al Estado á que el individuo pertenece, y por último, hay algunos tratados en los que expresamente se establece la necesidad del consentimiento del Estado al que está subordinado el criminal.

§ 31. A las reglas de que ya hemos hablado, se añaden las siguientes que completan la doctrina de la extradición:

1.<sup>a</sup> Los tratados para la extradición están fuera de la esfera de acción judicial: son de la incumbencia de los Gobiernos, y las Autoridades judiciales no hacen más que preparar la materia, perteneciendo á los Gobiernos respectivos el pedir y conceder la entrega de los delincuentes. Sin embargo, la tendencia moderna de la ciencia es á conceder una mayor influencia á la Autoridad judicial, como protectora del derecho de la personalidad humana frente á la arbitrariedad.

2.<sup>a</sup> La forma de la extradición, ya cuando existe un tratado previo, ya cuando no se hubiera estipulado aún, es siempre, para el recíproco respeto á la soberanía é independencia de los Estados particulares, la de una demanda que lleva consigo una concesión.

3.<sup>a</sup> Dicha demanda debe contener una justificación, para lo cual se exige como documento, ó el auto de prisión, si se trata de un procesado fugitivo, ó la sentencia de condena, si se trata de un condenado (1); en todos los tratados hoy día en vigor, existe esta disposición.

4.<sup>a</sup> El fugitivo entregado no puede ser juzgado sino del hecho

(1) *Summaria inquisitio praecedat necesse est quae oriatur ex delicto istius probatione necessaria solum a requirente litteris requisitoris inserta* — Carpzov: «Practio.», P. III, qu. 120, n. 68. — Farinae: «Prax. Crimin.», I, tit. I, qu. 7, n. 34. — Grotius: II, 21, 14, n. 1.



para el que se ha obtenido la extradición, á no ser que se pida una nueva extradición para otros delitos.

5.<sup>a</sup> En el caso de concurso de demandas de extradición, deberá ser preferido el Estado que ha de castigar el delito más grave; y si los delitos son de igual gravedad, el Estado que primeramente hizo la reclamación.

6.<sup>a</sup> Finalmente, la extradición según algunos tratados, no puede pedirse ni concederse, salvo el poder ser diferida, cuando el que es fugitivo se encuentra sujeto á juicio en el territorio del Estado á que se pide, por otros delitos que se le imputan, ó cuando se halla sufriendo pena por un delito precedente. Este principio es acogido en Francia, en Alemania y en todos los tratados modernos, salvo el caso en que el delito del cual se debe responder al Estado reclamante, sea más grave que aquel otro por el cual el fugitivo se halla detenido ó sufriendo pena. Pero en ningún caso la extradición puede impedirse por obstáculos que promuevan los intereses privados ó por controversias particulares, ya que el interés particular no puede ser preferido al superior interés moral del orden y al principio mismo del cumplimiento de la justicia penal.

\*\*\* Aquella depuración del principio jurídico que se opera por el ministerio de la ciencia y baja á animar los movimientos de la conciencia pública, y aquella uniformidad á que tienden las legislaciones penales de las sociedades civiles, según hubimos de indicar en anteriores notas, refuerzan y facilitan visiblemente la acción de la justicia en el respecto que aquí se estudia. Ciertamente que aún el instituto de la extradición no aparece organizado tal y como la razón le concibe; pero cabe desconocer los adelantos conseguidos en nuestra época, si no confiar de que se logre pronto aquella aspiración del insigne Beccaria que asignaba la parte principal de la eficacia de la represión del crimen á la indefectibilidad de la pena y al convencimiento de que ningún rincón del mundo ofrecería al delincuente la esperanza de una segura impunidad.

Los dos puntos de la doctrina más controvertidos aquí, son el que se refiere á los delitos que han de comprenderse ó exceptuarse de la extradición, y el relativo al procedimiento que haya de seguirse para la reclamación y la entrega de los acusados. Sobre esto último, la tendencia, á conceder al Poder judicial una intervención decisiva (que se acuerda de un lado, con las funciones que le son propias, y, de otro, ofrece las garantías que pueden ser legítimamente apetecidas), parece próxima á obtener universal acatamiento. En cuanto á lo primero, las diferencias capitales se descubren al tratarse de los delitos políticos y sus conexos; y acerca de este particular, tanto para explicarse lo que ha venido siendo práctica común, como para darse cuenta de lo defectuoso del criterio generalmente adoptado, es preciso perder de vista lo que ha sido la historia de la mayoría de los estados europeos en los últimos lustros, y la carencia ó inconsistencia de la investigación acerca del concepto de las acciones que reciben aque-



dictado. Siglo de agitaciones y revueltas fué el siglo cuyo término vamos á presenciar, para nuestra patria, como para otras naciones, que sufrieron una profunda y rápida transformación; en las peripecias de una lucha tan accidentada y constante, doloroso fuera que la pasión política, desapiadada y violenta, no hubiera encontrado contenido para las venganzas y las represalias de los partidos beligerantes; un superior sentimiento de humanidad, beneficioso al fin para unos y para otros, se abrió camino en la opinión general, y la amplia excepción á favor de los reos políticos tuvo su razón de ser y debe asumir el beneplácito de todos los hombres de buena voluntad y noble corazón. Sin embargo, cuando hoy podemos decir, (*alea jacta est*); cuando los Estados aciertan á constituirse sobre las bases de una legalidad que permite la aparición, propaganda y triunfo de las doctrinas, por los medios que el Derecho ampara; cuando los ímputos apasionados dejan el puesto al esfuerzo reflexivo, y los excesos en el ejercicio de la facultad punitiva hallan cortapisas en la elevación y delicadeza de las creencias y los sentimientos comunes, lícito es opinar que, variadas las circunstancias del tiempo, la excepción debe ser suprimida, ó á lo menos, cercenada.

Natural es, que para venir á este resultado sin temor y con plena conciencia, importaría fijar la verdadera inteligencia del delito político; y es cabalmente éste uno de tantos problemas como en la ciencia penal aguardan saludable y satisfactorio esclarecimiento. Siquiera se trate de adversarios que no suelen pecar de corteses con los suyos, nosotros confesamos que la tarea acometida por Lombroso y Laschi acerca del particular, es digna de encomio y no ha de ser infructuosa para el efecto que dejamos consignado. Perfeccionado este intento y dada la situación política actual de las naciones que marchan resueltamente sobre los rieles de las ideas modernas, es para nosotros incontrovertible la necesidad y justicia de una reforma en la materia que nos ha sugerido estas breves indicaciones.

\* En los antecedentes histórico-legislativos que el autor aduce, no figura uno que Carrara, en su *Programa*, hace constar y que no debemos omitir por afectar á nuestra patria.

El ilustre maestro escribe, que uno de los primeros tratados, dignos de este nombre, de que hay noticia, es el celebrado entre España y Portugal en 20 de Mayo de 1499, cuyas disposiciones aún figuran en la Novísima Recopilación. Los delitos allí especificados son el de homicidio y hurto en la vía pública.

*Legislación italiana.*—No hay en Italia una ley penal relativa á la extradición, como existe en algunos países (Bélgica, Holanda, Inglaterra), aunque sí un proyecto. El Código penal en un solo artículo, al 3.º, trata de fijar los principios generales sobre tan importante materia, dejando su desarrollo al Derecho internacinaal según los tratados que con cada nación en particular se celebren.

Empieza dicho artículo por sentar, como regla que no admite excepción alguna, la no entrega de los nacionales. Con expresivo lacónismo dice: «No se admite la extradición del ciudadano»; el que comenta, pues, un delito en territorio extranjero, estará sujeto á lo que determina el art. 5.º ya examinado. En cuanto á los extranjeros: «La extradición del extranjero no se admite para los delitos políticos ni para los reatos que sean conexos de los mismos.» No establece el criterio que ha de servir para distinguir los delitos comunes de los políticos, y cuáles hayan de considerarse como conexos de éstos, y no



hubiera estado de más que lo determinase expresamente, como principio general á que después habían de acomodarse los tratados; y así, pues, á lo establecido por éstos y á la costumbre internacional.

En cuanto al procedimiento que ha de emplearse en la extradición, suelen practicarse por las diferentes legislaciones tres sistemas distintos: el francés, seguido también en España, según el cual la extradición se tramita por la vía administrativa; el anglo sajón, seguido en Inglaterra y Estados Unidos, por el que se encarga á la Autoridad judicial de conceder ó negar la extradición, examinando si hay lugar á la misma, y por último, á la vez judicial y administrativa, seguido en Holanda y Bélgica, entendiéndose un tribunal de la competencia ó improcedencia de la extradición, y concediéndola ó negándola en definitiva el Gobierno. Este último sistema, indudablemente el mejor, es el seguido también por el Código italiano, el cual, en el artículo que estamos examinando, dice: «La extradición del extranjero no puede ofrecerse ni concederse sino por el Gobierno del lugar, previa deliberación conforme de la Autoridad judicial del lugar en el extranjero se encuentre.» Como se ve, el Gobierno necesita la conformidad del tribunal competente para conceder la extradición, y esto se diferencia de la ley belga, según la cual la decisión del tribunal de apelación de Bruselas tiene carácter meramente consultivo. El Gobierno queda en libertad de conceder ó negar en definitiva la extradición.

Por último, el Gobierno, independientemente de la deliberación de la Autoridad judicial, puede detener provisionalmente al extranjero. «Sin embargo, dice el último párrafo de este artículo, en vista de la petición ú oferta de extradición, puede ser ordenada la detención provisional del extranjero.»

*Legislación española.*—Tampoco hay en España una ley especial sobre la extradición, aunque sí un proyecto presentado en el año 1880 únicamente los arts. 824 á 833 de la ley de Enjuiciamiento criminal, indican de la forma en que los españoles deben pedir la extradición de los delinquentes que se hallen en el extranjero. De los tratados particulares celebrados con cada nación y de la costumbre internacional se deducirán los principios que han de regir en este punto, y que en general son los mismos señalados por Pessina en el capítulo precedente. He aquí la lista de los principales tratados en vigor:

1. Alemania, 2 Mayo 1878.
2. Andorra, 17 Abril 1811.
3. Argentina (República), 7 Mayo 1881.
4. Bélgica, 17 Junio 1870. (Protocolo adicional.—28 Enero 1871).
5. Brasil, 16 Marzo 1872.
6. Estados Unidos, 5 Enero 1877.
7. Francia, 14 Diciembre 1877.
8. Italia, 3 Junio 1878.
9. Luxemburgo, 5 Septiembre 1879.
10. Marruecos, 20 Noviembre 1861.
11. Méjico, 17 Noviembre 1881.
12. Mónaco, 3 Abril 1882.
13. Países Bajos, 6 Marzo 1879.
14. Portugal, 5 Junio 1867.
15. Rusia, 9 y 21 Marzo 1877.
16. Salvador, 22 Noviembre 1884.
17. Suecia y Noruega, 15 Mayo 1885.
18. Suiza, 31 Agosto 1883.



● He aquí una rápida ojeada histórica sobre el desarrollo de la extradición.

Roma ya conoció esta práctica. La extradición se pedía por la suprema autoridad del Estado; respecto de los estados dependientes de Roma representaba una manifestación de supremacía, respecto de los estados que no se encontraban en esta relación de dependencia tenía el carácter de una satisfacción exigida á causa de las ofensas inferidas por el delincuente al Estado ó á un simple ciudadano; la no concesión implicaba la amenaza de una guerra. También se reguló, á veces, en los tratados internacionales.

En el Derecho de la Edad Media ya se encuentran en Italia tratados de extradición en el siglo ix, entre Sicardo, Príncipe de Benevento y los Magistrados de Nápoles, entre Venecia y el Emperador Lotario. Para conocer su desarrollo en los tiempos que siguieron véase Pessina.

En cuanto á nuestro país el primer tratado de que yo tengo noticia, lo he encontrado en las «Crónicas de los Reyes de Castilla»; en la del Rey D. Pedro I, se halla un convenio llevado á cabo con el Rey de Portugal en el año 1360, sobre la recíproca entrega de varios caballeros condenados á muerte y refugiados en ambos reinos. Los Reyes Católicos hicieron otro tratado con Portugal («Asiento de España con Portugal sobre entrega de los delinquentes fugitivos de un Reyno á otro»), por pragmática de 20 de Mayo de 1499. Este tratado comprendía los delinquentes que matasen con ballesta, ó por apoderarse de dinero, á los salteadores y ladrones de caminos y á los que cometiesen delitos semejantes. Felipe II, en pragmática del 29 de Junio de 1569, dispone el cumplimiento de un nuevo convenio con Portugal, que comprendía los delitos de lesa majestad, robo y hurto, rapto, homicidio ejecutado con ballesta, arcabúz ó escopeta y quebrantamiento de cárcel. Carlos III, hizo, en 1765, otro tratado con Francia para los delitos de robo en caminos reales, iglesias, robos con fractura en lugares habitados, asesinatos, incendios, envenenamientos, estupro y falsificación de moneda. Disponía la entrega de los delinquentes aun cuando se hubiesen refugiado en iglesia ó en cualquier otro asilo privilegiado, pero en este caso no se les podía imponer pena de muerte.

● Desde luego, como observa Pessina, los delitos políticos no dan lugar á extradición y esto se consigna formalmente en los tratados. Este principio aparece consignado por primera vez en el tratado de 22 de Noviembre de 1834 entre Francia y Bélgica y fué acogido después por todos los demás países.

La noción del delito político es muy difícil de precisar y esta indeterminación se refleja naturalmente en lo relativo á la regulación de la extradición. Esta noción, que en un principio tuvo una amplitud extraordinaria, como reacción contra las crueles persecuciones del pasado, se ha limitado mucho y va limitándose cada vez.

Hoy día, desde el punto de vista de la extradición, no se considera como político el delito de regicidio. En todos los tratados de extradición, menos en los celebrados por Inglaterra, Italia y Suiza, figura este principio, que constituye lo que se denomina la «cláusula de atentado», introducida por primera vez en la convención llevada á cabo entre Francia y Bélgica en 22 de Marzo de 1856 á consecuencia del atentado cometido por Jacquin contra Napoleón III; esta cláusula, reproducida en casi todos los tratados, dice: «No se considerará como delito político ni como hecho conexo con semejante delito el atentado



realizado contra la persona del Jefe de un Gobierno extranjero, ó contra alguno de los miembros de su familia, cuando este atentado constituya un acto de homicidio, de asesinato ó de envenenamiento.

Respecto de los demás delitos que se denominan políticos, en la reunión celebrada por el Instituto de Derecho internacional en Oxford en 1882 se adoptó una resolución encaminada á regular la extradición de los delinquentes políticos; sin embargo, no prosperó á causa de dejar muchos delitos fuera de su reglamentación. Por fin, la sesión que el mismo Instituto celebró en Ginebra en 1892, resolvió satisfactoriamente la cuestión adoptando estas resoluciones: «Art. 1.º La extradición no puede concederse en el caso de crímenes ó delitos puramente políticos.—Art. 2.º Tampoco se admitirá para las infracciones mixtas ó conexas á los crímenes ó delitos políticos, denominados delitos políticos relativos, á no ser que se trate de los crímenes más graves, desde el punto de vista de la moral y del derecho común, como el asesinato, el homicidio, el envenenamiento, las mutilaciones y las heridas graves voluntarias y premeditadas, la tentativa de los delitos de este género y los atentados contra las propiedades por medio de incendio, explosión, inundación, así como los robos graves, sobre todo los cometidos á mano armada y con violencia.—Art. 3.º En lo referente á los actos ejecutados durante una insurrección ó una guerra civil por uno ú otro de los partidos empeñados en la lucha en el interés de una causa, no podrán dar lugar á la extradición más que si constituyeran actos de barbarie y de vandalismo prohibidos por las leyes de la guerra y solamente cuando la guerra civil haya terminado.»

Los delitos denominados anarquistas, delitos que los autores denominan *sociales* ó *contra la humanidad*, porque no van dirigidos contra un régimen político determinado, sino contra las bases de la organización social comunes á todos los estados (1), no gozan tampoco del beneficio de la extradición.

En 1882, en la ya citada reunión del Instituto de Derecho internacional celebrada en Oxford, Bluntschli exponía el nuevo carácter que presentaban ciertos delitos, y examinando las causas de las inmunitades de que disfrutaban los delinquentes políticos, decía: «Estas razones no existen en los casos en los que no sólo se ataca el orden de un Estado determinado, sino el orden público y legal de todas las naciones civilizadas. Por el contrario, cuando esto sucede, la solidaridad que une á todos los Estados en la lucha contra las lesiones de semejanza naturaleza, debe realizarse plenamente, y es un deber internacional prestarse mutuo apoyo para la persecución de estos criminales peligrosos para todos. Este es el caso de la persecución contra los piratas, enemigos del género humano. Este es también el caso de los conspiradores comunistas y nihilistas que tienen un carácter internacional y amenazan á las autoridades de todos los países. A males internacionales, son precisos remedios internacionales». No obstante estas palabras, ninguna resolución recayó sobre este extremo en la reunión de Oxford; pero diez años más tarde, en la celebrada en Ginebra, se adoptaba la siguiente enunciada á continuación de las tres antes citadas: «4.ª No se consideran políticos, desde el punto de vista de la aplicación de las reglas que preceden (relativas á la extradición), los hechos delictuosos dirigidos no solamente contra un Estado determinado, sino contra una forma de gobierno, sino contra las bases de toda organización social».

(1) Mancini, loc. cit., p. 313, censura esta opinión.



● Uno de los principios dominantes en los tratados de extradición es el relativo á la no entrega de los súbditos del país cuando son reclamados por la justicia de un país extranjero. Pessina expone en las páginas anteriores el fundamento de esta limitación.

Hoy no son pocos los autores que piden que cese esta excepción en favor de los nacionales y que éstos sean entregados á los Gobiernos extranjeros que pidan su extradición. En materia criminal, dicen, el Juez natural del acusado es el Juez del lugar donde se cometió el delito; aquí es donde se ha causado la alteración en la tranquilidad social, aquí es precisa la represión. Además, los elementos para la instrucción del delito pueden reunirse aquí más fácilmente y se tendrán, por consiguiente, más probabilidades de llegar al descubrimiento de la verdad.

Una de las causas que más han influido para negar la extradición de los nacionales es la desconfianza que siempre se siente por la justicia extranjera. Pero se está unido mediante un tratado con el país que pide la extradición, ó no existe lazo alguno. En el primer caso, al hacer un tratado de extradición con este país, ¿no se rinde implícitamente un homenaje á su organización administrativa y judicial? Y porque esta organización ofrece garantías de justicia y de imparcialidad, es por lo que entregamos á esta potencia los malhechores que buscan un refugio en nuestro suelo. En el segundo caso, puesto que la extradición es facultativa, debemos examinar si puede comprometer la condición de nuestros nacionales y rehusarla si el funcionamiento de la justicia extranjera nos parece irregular (1).

En la sesión celebrada por el Instituto de Derecho internacional en Oxford en 1882 se adoptó una resolución que decía: Entre países cuya legislación penal se funde sobre bases análogas y que tengan confianza en sus instituciones respectivas, la extradición de los nacionales sería un medio para asegurar la buena administración de las justicia penal, porque debe considerarse como un desideratum de la ciencia que la jurisdicción territorial sea la llamada á juzgar el delito.

Este voto, á propuesta del Profesor de la Universidad de París M. Garçon, fué adoptado hace poco, en 1900, en el Congreso penitenciario internacional de Bruselas.

● Las disposiciones relativas á la extradición están contenidas principalmente en la vigente ley de Enjuiciamiento criminal.

Según esta ley (art. 826) sólo podrá pedirse ó proponerse la extradición: 1.º De los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero. 2.º De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado se hubieren refugiado en país distinto del en que delinquieron. 3.º De los extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se hubieren refugiado en un país que no sea el suyo.

Procederá la petición de extradición (art. 827): 1.º En los casos que se determinan en los Tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se hallare el individuo reclamado. 2.º En defecto de Tratado, en los casos en que la extradición proceda según el derecho escrito ó consuetudinario vigente en el territorio á cuya nación se pida la extradición. 3.º En defecto de los dos casos anteriores, cuando la extradición sea procedente según el principio de reciprocidad.

(1) Vid. Garraud, *Précis de Droit criminel*, 9<sup>me</sup> édition, p. 129; Beauchet, *Traité de l'extradition*, núm. 98.



La petición de extradición se haría en forma de suplicatorio dirigido al Ministro de Gracia y Justicia. Se exceptúa el caso en que por el Tratado vigente con la nación en cuyo territorio se hallare el procesado, pueda pedir directamente la extradición el Juez ó Tribunal que conozcan de la causa (art. 831).

Con el suplicatorio ó comunicación que hayan de expedirse, según lo dispuesto anteriormente, se remitirá testimonio en que se inserta literalmente el auto de extradición, y en relación la pretensión ó dictamen fiscal en que se haya pedido y todas las diligencias de la causa necesarias para justificar la procedencia de la extradición con arreglo al número correspondiente del citado art. 826 en que aquélla se funda (art. 832). Cuando la extradición haya de pedirse por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia, se le remitirá el suplicatorio y testimonio por medio del Presidente de la Audiencia respectiva. Si el Tribunal que conociere de la causa fuere el Supremo ó su Sala segunda, los documentos mencionados se remitirán por medio del Presidente de dicho Tribunal (833).

Los demás principios que en nuestro país regulan la extradición hay que buscarlos en los Tratados celebrados con los diversos estados.

Se consignan en estos tratados la excepción relativa á la no entrega de los nacionales. Los delitos que dan lugar á la extradición se enumeran detalladamente.

Respecto de los delitos políticos se dispone «que no será entregada persona alguna sentenciada ó procesada si el delito por que se pide la extradición está considerado por la parte de quien se reclame como delito político, ó como hecho conexo como semejante delito.» No todos los Tratados preveen la «cláusula de atentado», otros, en cambio, la reproducen (como los celebrados con Alemania, Brasil, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Guatemala, Perú, Salvador, Uruguay y Venezuela), declarando que no se considera delito político el atentado contra la vida del Jefe del Estado y los miembros de su familia cuando constituya el crimen de homicidio, asesinato ó envenenamiento. El Tratado con Cuba, añade, que tampoco se considerarán como delitos políticos los atentados anarquistas.

La demanda de extradición deberá entablarse siempre por la vía diplomática.

Se concederá la extradición mediante presentación de un mandamiento de prisión expedido contra el individuo reclamado ó de cualquier otra providencia que tenga al menos la misma fuerza que dicho mandamiento, y expresando igualmente la naturaleza y gravedad de los hechos que se persiguen, así como la disposición penal aplicable á los mismos. A estos documentos acompañarán, en cuanto sea posible, las señas personales del individuo reclamado y una copia del texto de la ley penal aplicable al hecho incriminado. Algunos Tratados no exigen copia del texto legal.

A los Tratados enumerados por el Sr. Aramburu hay que añadir los siguientes:

Colombia, 23 de Julio de 1892.

Costa Rica, 16 de Noviembre de 1896.

Cuba, 26 de Octubre de 1905.

Chile, 30 de Diciembre de 1895.

Dinamarca, 12 de Octubre de 1889.

Estados Unidos de América del Norte, 15 de Junio de 1904.

Guatemala, 7 de Noviembre de 1895.

Holanda, 22 de Octubre de 1894.



Inglaterra, 4 de Junio de 1878.

Perú, 23 de Julio de 1898.

Rusia, 12 de Abril de 1888.

Uruguay, 23 de Noviembre de 1885.

Además de éstos España ha celebrado Tratados de extradición con Siberia (12 de Diciembre de 1894), el Congo (30 de Julio de 1895), Santo Domingo (14 de Octubre de 1871). En cuanto á Marruecos, el Tratado de 30 de Octubre de 1861, autoriza á los Cónsules y agentes consulares para arrestar á los súbditos españoles y á que presten las Autoridades marroquíes el auxilio necesario.

● Antes de terminar las notas á este capítulo quiero decir dos palabras, pues este es el lugar adecuado, sobre el Derecho penal internacional, aspecto del Derecho penal que por múltiples causas comienza á tener cada día mayor importancia.

Este Derecho penal internacional, dice Liszt, está formado por aquellas prescripciones penales que emanan, no de un estado particular, sino de la comunidad de los Estados civilizados, de la colectividad de Estados sometidos al derecho de gentes. Los primeros elementos de este derecho internacional se encontrarían en la facultad de reglamentación penal de las comisiones internacionales fluviales y sanitarias. En este derecho comprende también el autor citado, que aquí se refiere á disposiciones de la legislación alemana, análogas ó iguales á otras contenidas en las legislaciones de los países civilizados, los convenios internacionales relativos á la protección penal de los bienes jurídicos, como los convenios relativos á la filoxera, á la protección de cables submarinos, á la represión de la trata de esclavos, etc. Estos convenios establecen para los estados contratantes el deber de publicar leyes penales nacionales correspondientes. Mediante el cumplimiento de esta obligación se forma un derecho igual, en cuanto á su contenido, en Estados diferentes. Pero la fuente de su obligatoriedad en el derecho del Estado es la ley nacional, no el Tratado internacional.

Además cada Estado tiene la obligación de tener en cuenta en su legislación la legislación de otros Estados para evitar usurpaciones y llenar las lagunas que puedan existir. Así se forma una serie de normas de derecho de gentes, cuyas exigencias deben ser atendidas por el legislador nacional. Dichas normas integrarían por tanto el Derecho penal internacional. Y por último, las reglas jurídicas que regulan la extradición también formarían parte de este derecho (1).

No faltan, sin embargo, autores que nieguen la existencia del Derecho penal internacional. Las relaciones entre el Derecho penal y el internacional son muchas é importantes dice Manzini (2), pero no existen ni delitos ni penas de derecho internacional, y, por tanto, no existe un Derecho penal internacional en sentido propio.

Pueden existir, dice, delitos internacionales en cuanto hayan sido ejecutados, contemporánea ó sucesivamente en países distintos, pero no hay delitos de derecho internacional.

La confusión nace respecto de los delitos que son objeto de acuerdos ó convenciones entre varios Estados, ó proviene de la existencia de normas consuetudinarias internacionales.

En el caso de delitos objeto de convenio debe tenerse presente que

(1) Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 18 edic., pág. 105 y siguientes. Además Liszt, *Völkerrecht* § 31. III. Berlin, 1902.

(2) Ob cit, vol. I, pág. 113 y siguientes.



éstos no se convierten en delitos perseguibles, por el mero hecho de la convención concluída entre varios Estados; no, la norma no se hace obligatoria para los súbditos de cada Estado si antes no la ha provisto éste de aquella fuerza que es propia de su legislación interna. En efecto no se obtiene, sino con una disposición de carácter interno (ley, decreto, etc.), la cual no sólo pone de manifiesto la obligación adoptada en el convenio, sino que, además *crea* el precepto jurídico obligatorio para los súbditos.

Un ejemplo de convención convertida en ley interna por una disposición legislativa es la convención internacional sobre la *trata de blancas*, verificada en París, el 15 de Julio de 1902, convertida en norma jurídica interna en nuestro país, mediante la ley de 21 de Julio de 1904.

Respecto de las normas consuetudinarias internacionales se cita el autor citado en el delito de piratería especialmente, y sostiene que el pirata aun cuando es cierto que viola el derecho objetivo de todos los Estados civilizados, viola al mismo tiempo sus leyes internas y no el derecho internacional. Por tanto, concluye, la piratería es esencialmente y siempre un hecho contra el derecho interno.

No obstante la opinión de este autor, aun siendo muy autorizada yo creo que no admite duda el hecho de que cada día es más fuerte y más extendida la convicción de que el delito lesiona más intereses que los puramente nacionales, que, como sostiene Dorado (1), atenta contra muchos más intereses jurídicos y sociales que aquellos que parecen hallarse encerrados dentro de las fronteras de un Estado, que el delito cometido en un país puede afectar y afecta casi siempre de manera más ó menos directa á los habitantes de los demás, los cuales, por lo mismo no pueden ver con indiferencia que se castigue ó se deje impune á su autor.

Existen intereses comunes á todos los países civilizados que exigen el castigo de los actos que atentan contra ellos sin tener presente el lugar del delito y con arreglo á la ley del Estado que captura al delincuente. Como pertenecientes á este grupo de intereses suelen citarse (2): el comercio internacional con todas sus necesidades, la seguridad de las grandes vías de comunicación, la seguridad de la circulación monetaria, la defensa contra los enemigos de todos los países, los *hostis generis humani*, como los piratas, los traficantes de esclavos y los anarquistas.

Liszt (3), cree que no es conveniente ir más allá de garantizar este género de interés y opina que sería científicamente insostenible y prácticamente inexecutable la realización del «principio de absoluta extraterritorialidad de la ley penal», del «principio de universalidad» ó del «sistema de administración de justicia mundial (System der Weltrechtspflege)». Sus partidarios quieren que cada Estado en nombre de la comunidad internacional y cultural que representa, tome por sí el encargo de castigar por lo menos subsidiariamente á todos los delinquentes que capture, cualquiera que sean sus delitos y cualquiera que sea el país donde fueron realizados. Esta doctrina no se da cuenta de las profundas diferencias existentes entre las leyes penales de los diversos Estados; obliga al juez á aplicar el derecho extranjero que le

(1) *Derecho penal preventivo*, Madrid, págs. 79 y sigts.

(2) Von Liszt, *Lehrbuch*, pág. 108.

(3) Liszt loc. cit., pág. 107.



es desconocido y provoca grandes dificultades procesales sobre todo en lo relativo á las pruebas. A pesar de estos inconvenientes que presenta esta teoría, ha sido defendida por numerosos penalistas especialmente alemanes como Geyer, Hälschner y sobre todo Lammasch y Martitz.

Hasta hace poco tiempo todas las instituciones de Derecho penal internacional se reducían á la extradición; en la actualidad son ya muchas las disposiciones penales que salen del orden estrictamente nacional; son cada vez más numerosas las instituciones represivas de carácter internacional que aparecen en el orden científico, ó que son reconocidas por el derecho positivo.

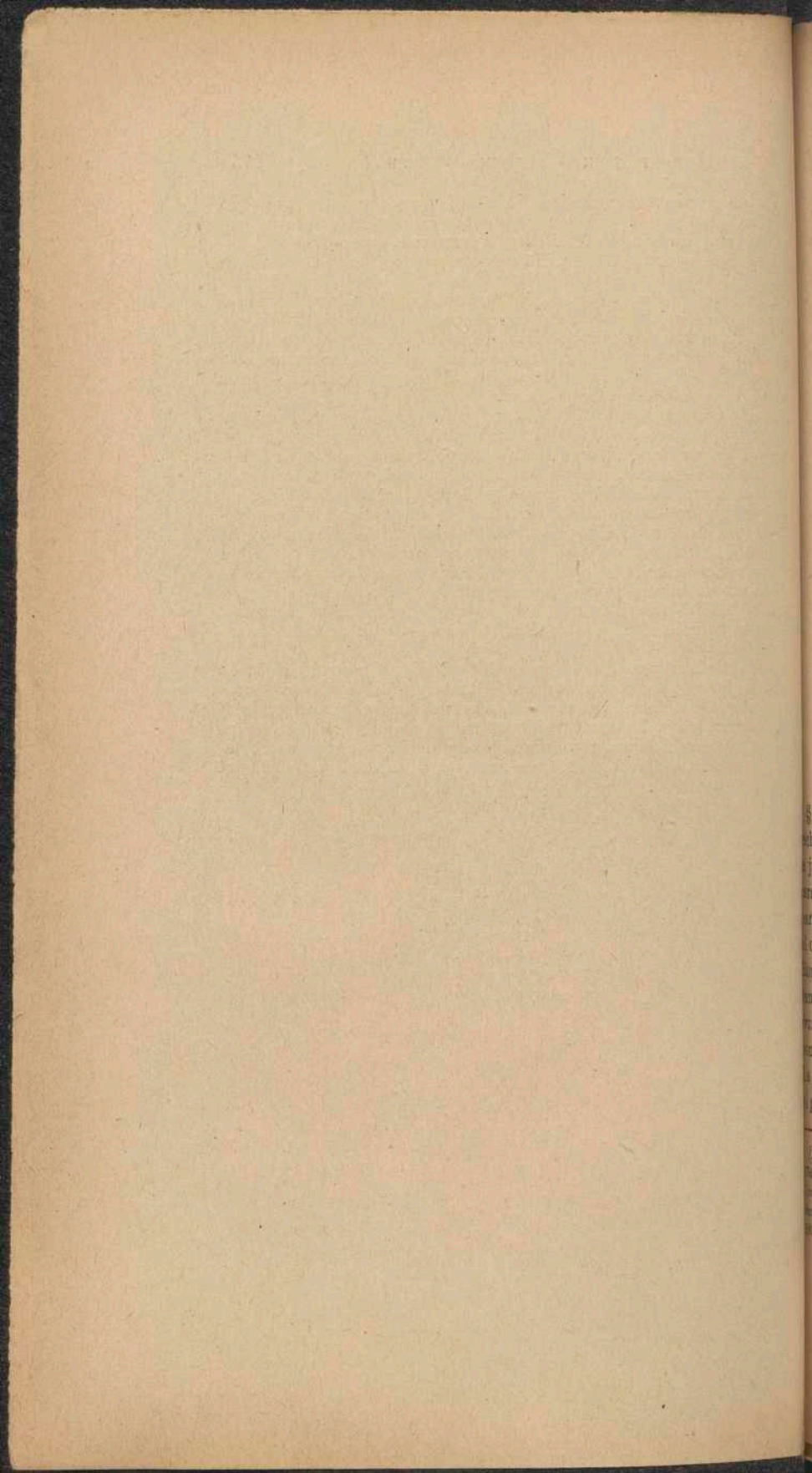
Los Estados, obedeciendo á una tendencia que se acentúa más y más, concluyen con gran frecuencia convenciones, acuerdos internacionales con el fin de prestarse mutuo apoyo, ya para asegurar sus transacciones comerciales, sus medios de comunicación para perseguir determinadas formas de delincuencia peligrosa, etc. Pues bien, siguiendo este camino emprendido, sería de desear que los Estados formularan en una convención internacional los principios generales del Derecho penal en la materia de delitos internacionales.

Algunos pasos se han dado en esta materia como lo atestiguan la conferencia internacional contra la criminalidad anarquista celebrada en Roma, el 21 de Noviembre de 1899, cuyos acuerdos han permanecido secretos y la conferencia de París de 15 de Julio de 1902 contra la trata de blancas.

Pero la actividad penal en el orden internacional no se detiene en estas convenciones y tratados, se manifiesta hoy también en los actos de cooperación y ayuda en la persecución de la delincuencia internacional. Con este fin, ya se ha establecido entre la policía de casi todos los países el cambio de fichas antropométricas y de dactilogramas, relativas á determinados delincuentes, de fichas del casillero judicial, etc.

---







# LIBRO SEGUNDO

## DOCTRINA GENERAL DEL DELITO

### CAPITULO PRIMERO

#### Noción del delito y sus aspectos esenciales (1)

La palabra *delito*, tomada en su significación originaria, y al mismo tiempo la más amplia, denotaría toda desviación ó en otros términos, toda violación, cualquiera que sea, del Derecho; pero el uso ha venido á restringir en diferentes grados esta primitiva significación.

Ortolan: «Eléments de Droit Pen.», núm 561.

§ 32. La rebelión de la individualidad humana contra el Derecho: en virtud de la cual debe aparecer la acción reparadora de la justicia penal, debe ser designada con un nombre que fije sus caracteres generales. La palabra *maleficio* sería la más á propósito para expresar aquella realización del mal que ha de ser negado por el castigo de que fué su causa, y esta palabra se halla adoptada en el Derecho romano. Pero además de ella los jurisconsultos romanos emplearon también las de *flagitium*, *scelus*, *facinus*, *peccatum*, *crimen*, *delictum*, *iniuria*, *maia* è *injuria*. De todas estas denominaciones, sólo dos fueron las más usadas en cierto sentido especial: *crimen* y *delictum*. La palabra *crimen* (de cerno, κρίνω, *judico*) significó primitivamente *publicum iudicium*, pasando después á expresar la materia de los

(1) Schertz: «De delictis». Argentor 1739. — Claus: «De natura delictorum». Jen. 1810. — Hansel: «De natura delictorum». Leipz. 1810. — Van der Ton: «De delictis». Amsterdam. 1822. — Berner: «De la idea del delito». Diss. en el Arch. del D. Crim. N.º 1849, pág. 442. — Karcher: «Diss. acerca de la idea del delito» (alem.). Rastadt. 1849. — Hertz: «Lo injusto y las doctrinas generales del Derecho penal» (alem.), 1880, Elementos de Derecho penal.



juicios públicos, esto es, el grave delito castigado por el Estado en razón del interés público (*crimina publica*), además de los hechos castigados *extra ordinem judiciorum publicorum* (*crimina extraordinaria*); y la palabra delito (*a delinquendo*), significó aquel hecho que daba lugar á un simple juicio penal pretorio (*delicta privata*). Estas dos voces *crimen* y *delictum* se conservaron como técnicas en el Derecho penal de la Edad Media y en la práctica forense, donde frecuentemente se dió á la palabra *crimen* el significado estricto de un delito grave, y á la palabra *delictum*, el de delito leve, pero adoptándose alguna vez indistintamente una ú otra para significar la transgresión de la ley que da lugar á punición. También fueron empleadas al inaugurarse la serie de los códigos modernos, y así en el Código francés de 1810, *crime* significó propiamente el delito grave castigado con pena afflictiva ó infamante, *délit* el delito leve castigado con pena correccional, añadiéndose un tercer término, la palabra *contravention*, para indicar la transgresión castigada con levisimas penas de policía. El Código napolitano de 1819 adoptó una palabra genérica para toda clase de hechos punibles, las de *reato* (2); pero no por eso dejó de admitir la división tripartita francesa, llamando *misfatto*, al delito grave castigado con pena criminal; *delitto*, al delito leve castigado con pena correccional; *contravvenzione*, al delito levisimo castigado con pena de policía. Este sistema de denominación fué seguido por el Código Alostiano de 1839 y por el Código italiano de 1859, con la única diferencia de que la palabra *misfatto* fué sustituida por la de *crimine* (3).

(1) Cf. Birnbaum: «De la diferencia entre *crimen* y *delictum* entre los romanos (alem.), en el N. Arch. del D. Crim. VIII, págs. 396 y sigs., 618, IX, pag. 10. De Hahn: «Comm. de questione quale sit discrimen inter delicta publica et ordinaria quam extraord. atque privata ex principiis Juris romanis. Com. p. 10.

(2) *Reatus*, en el lenguaje jurídico de los romanos, significaba el estado de aquel que se hallaba sometido á procedimiento criminal (1 25, D. de pœnis L. 2 § 1, D. de bonis eorum.)

(3) La división trimembre del Código francés fué censurada por P. Rossi considerándola como una especie de despotismo sobre la opinión pública. La censura como ya hizo notar Nicolini, era exagerada, porque no es que el legislador considere que es *crimen* un delito dado, por castigarlo él con pena criminal, ó más bien si lo castiga con pena correccional, sino que se trata únicamente de indicar la pena como criterio exterior y práctico de reconocimiento. El Código de 1810 empleaba una fórmula que hacia inútil la censura, al decir: «Todo delito será castigado según su naturaleza con penas criminales, correccionales ó de policía». La división tripartita no fué admitida por los Códigos alemanes posteriores excepto el Código prusiano de 1851, porque se consideró como una superfluidad que sólo era útil para determinar la competencia de los jueces penales. Así también, la legislación toscana no reconoce más que delito y transgresión de



El Código de 1889 (1) evita la definición del hecho punible, como en general evita todas las definiciones, y establece en el artículo 1.º con fórmula negativa que la punibilidad tiene como único fundamento, la ley. Adopta para todos los hechos punibles la denominación genérica de *reato*, y abandonando la división tripartita del Código francés, seguida por muchos códigos italianos, conserva la doble nomenclatura de la legislación toscana, dividiendo los hechos punibles en *delitos y contravenciones*, no distinguiéndolos entre sí con el criterio de la penalidad, sino con el de la índole criminosa ó no criminosa de los hechos.

§ 33. Vista ya la denominación que debe llevar el hecho punible, es preciso determinar su esencia propia y su definición ante el Derecho positivo. El Derecho romano no dió una definición del delito, pero los intérpretes trataron de suplir esta omisión, y así Tiberio Deciano definía el *maleficium: factum hominis vel dictum vel scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub pœnia prohibitum, quod nulla justa causa excusari potest* (2); y Antón Mattei decía que era: *quod publicæ vindictæ gratia apud eum accusatur qui potestatem gladii habet ad animadvertendum in facinerosos homines* (3); definiciones ambas que carecen de rigor científico, pues la primera es una descripción en que entran como supuestos muchas nociones que á su vez presuponen ya la idea del delito; y la segunda viene á comprender el definido en la definición, al señalar como carácter esencial, el ser acusado ante quien tiene la *potestas gladii* para castigar á los *facinerosi homines*, como si se pudiera saber en qué consiste el ser *facinerosus*, sin saber que es el *facinus*. Algunas legislaciones modernas dieron una definición del hecho punible; así la ley napolitana de 1808 definía el *delito*: «toda acción ú omisión contraria á las leyes penales» (art. 1.º); pero puede haber acción ú omisión contraria á la ley penal, es decir, puede haber violación de la ley

---

determinándose que los delitos son materia del Código penal, y las transgresiones, de los Reglamentos de policía punitiva. Mittermaier censuró la tripartición como *arbitraria é inútil* (Véase *Gerichtssaal*, 1862, p. 243).

(1) En este, como en todos los lugares donde el autor consigna la legislación vigente italiana, hemos sustituido á la que trae el texto (que por haberse publicado en los años 1882-86 establece la vigente entonces, esto es, la de 1859), la del moderno Código de 1889. La insertamos en el texto mismo y no en notas, porque las observaciones y comentarios que hacemos, están inspirados en la última obra de Pessina «Il nuovo Codice penale», cuando no son copia literal de la misma. —(N. T.)

(2) «Tract. Crim.» Lib. II, c. 3.

(3) «De Crimin.» Prolegom. c. 1.



penal, sin que por eso exista delito; así por ejemplo, una conducta puede contener una violación de la ley penal sin que constituya delito. Ni es tampoco mejor definición, en su aspecto puramente práctico, la que se contiene en el Código de los antiguos Estados Estenses: «La comisión u omisión de una acción vedada o mandada por la ley, constituyen delito», pues hay muchas cosas que la ley manda o veda sin que la sanción penal acompañe á la transgresión del mandato ó de la prohibición, sino limitándose á declarar nulo el acto que contiene aquella transgresión, ó á hacer caer una responsabilidad meramente civil sobre el autor de la misma. Además, estas definiciones, si pueden tener una importancia práctica, carecen de valor científico; porque en vez de explicar la esencia del delito, se limitan á decir que el delito es tal. Con mejor acuerdo, el Código napolitano de 1819 dejó de definir el delito, abandonando su definición á la ciencia. Pero el Código de 1859, dice: «cualquier violación de la ley penal es, un delito»; sin embargo, nosotros consideramos estas palabras, no como una verdadera definición que se haya querido dar de la esencia del delito, sino como una indicación del nombre que la ley da al mismo.

Ya hemos dicho en los Prolegómenos, que el delito es la transgresión del Derecho, noción completa en su aspecto teórico ante el Derecho racional, pero que exige ser integrada por algún otro elemento que responda á las exigencias del Derecho positivo. Si por un lado es indudable que del Derecho en sí mismo considerado deriva la determinación intrínseca de que una acción sea delito, por otro es para nosotros seguro que fuera de la ley no debe considerarse una acción como punible y castigarla como tal (*delictum crimen sine lege*). Es por tanto necesario que concurren los dos elementos de la intrínseca contraposición al Derecho, y de la determinación legal de tal contraposición, en una noción compleja de delito, en su sentido legal, podría pues, definirse: *la acción humana que la ley considera como infracción del Derecho y que por tanto produce la pena bajo la amenaza de un castigo*. Hälschner declaró terminantemente, que si la ley es la forma necesaria en que el Derecho tiene su existencia concreta, el delito, no en su esencia ideal, sino en su finita aparición, tiene como supuesto la ley, y aparece como acción contraria á la misma (1).

(1) «Sistema del Derecho penal prusiano», I, p. 19.



§ 34. De esta noción legal se deducen los elementos esenciales del delito. En primer lugar, el delito según su esencia, tiene por objeto el Derecho, del cual constituye una violación. El objeto general de tal violación lo forma, pues, el Derecho en sí mismo; el objeto especial es aquel determinado dictado jurídico que la acción humana infringe. La esencia íntima del delito está en el *jus frangere*, y por eso el *objectum*, aquello que está frente al delito en el momento de su aparición, es el Derecho en su autoridad general y en cada uno de sus preceptos particulares. La relación entre el delito y el Derecho es de repugnancia, de oposición, de contradicción absoluta: uno de los términos es el delito, el otro es precisamente el Derecho. El delito no tiene por objeto negar la religión, la ciencia, la moral, la industria, la educación de la humanidad ó del individuo. Estos fines particulares del humano destino pueden ser objeto indirecto de la realización del mal; pero el objeto propio, directo é inmediato, es el Derecho mismo, del que aquél es una rebelión, en que se trata de sustituir al imperio del Derecho sobre la voluntad humana, la propia voluntad que está en oposición á sus preceptos. El Derecho se refiere á la religión, á la ciencia, á la moralidad, al arte, á la industria, sin confundirse con ninguna de estas cosas, sino que buscando en cada una de esas direcciones de la actividad humana sus propias condiciones exteriores de vida y desarrollo, llega á existir el Derecho de la religión, el Derecho de la ciencia, el Derecho de la industria, el Derecho de las artes bellas, el Derecho de la educación; y el delito, al tener como objeto de negación cada uno de estos fines, viola en todos ellos el Derecho. De igual modo, ni el individuo, ni la sociedad humana son objeto del delito, sino únicamente el Derecho, que asegura y protege la existencia y desenvolvimiento de la vida individual y social.

§ 35. En segundo lugar, *frangere jus* no es posible más que por obra de aquellos seres sobre los cuales el *jus* debe imperar. Cuando uno de aquellos hechos cuya realización quiere el Derecho de un modo determinado no se realiza de aquel mismo modo, no existe por esto el delito; la muerte de un hombre, el incendio de una casa, la explosión de una mina, ciertamente que no son cosas que el Derecho quiere, pero pueden considerarse como *infelicitas fati*. El delito únicamente aparece cuando el hombre que tiene el deber de acomodarse al Derecho obedeciendo sus principios, resuelve contra el Derecho mismo aquella actividad que



legítimamente se le consiente y protege para que la atempera los mandatos de la ley. Sólo el hombre puede ser causa de que se consideren como contradictorios al Derecho: éste no es infringido más que por los seres racionales y libres, y por lo tanto únicamente el hombre puede presentarse como causa de la infracción jurídica. Esta posible causalidad del delito hace al hombre el único sujeto posible del mismo: de aquí que deban darse por absurdas aquellas leyes que consideraban á los seres inferiores al hombre como capaces de infringir el Derecho. Y nótese cómo aquellas leyes aparecen ó antes (2), ó después del Derecho romano, pero no durante la existencia del mismo: tan clara parecía en él la conciencia de la propia entidad del Derecho. El autor de un delito puede ser desconocido; pero no el delito si no existe por lo menos un hombre que sea culpable de él: sin delincuente no hay delito.

§ 36. Entre el sujeto transgresor, que es el hombre, y el objeto transgredido, que es el Derecho, hay un elemento intermedio: la materia de la transgresión, la substancialidad del delito. Si el Derecho es la norma que gobierna á la actividad humana, su realización tiene como esfera de acción el humano obrar, y por lo tanto no puede ser violado más que en la manifestación misma de la actividad del hombre, en el obrar humano, en la acción. La acción es el movimiento de nuestra fuerza interna que se desenvuelve hacia fuera obrando sobre las fuerzas circunstantes: *agere* y *facere* son voces que se corresponden con relación á su significado.

(1) *Sommer*: «De poenis brutorum». — *Mayer*: «De peccatis et poenis brutorum». (Estas dos monografías son citadas por Charma en las *Leçons de logique*, p. 100.)

(2) Zoroastro condenaba á la pena de mutilación al perro que moritiera. (Cf. *Didad Sade*, c. 13, p. 383. — Moisés hacía lapidar al buey homicida. (Exod. XXI, 17 y 18. — Levit. XXI, 18 á 21.) — Dracón en Grecia condenaba á muerte al asesino homicida (Plut., Vida de Solón): y en Atenas el *Epitrateo* juzgaba los hechos de muerte del hombre realizados por seres inanimados. (Demosten en Aristoteles lib. VIII, c. 10.)

(3) En los tiempos supersticiosos de la Edad Media se aplicaba el exorcismo contra los animales maléficos abandonados al brazo secular (*Légende: Traité de l'opinion*, t. IV, p. 113). Jousse habla de un cerdo ahorcado en Francia en el siglo XV por haber matado á un niño. (Traité de la Justice criminelle, t. I, p. 113.) Hasta en el Derecho canónico encontramos este absurdo, aunque él mismo no lo admite: la criminalidad de los seres irracionales: *Mulier quæ accesserit auid omne peccatum vult asceddi ab eo, interficietis mulierem et pecus — morte moriantur, rei sunt, quoniam quomodo sit reum pecus cum sit irrationale nec ullo modo legis capax. — Pecora interdicendum est iussa interfici quia tali flagitio contaminata refricant facti membra* (Can. 4, Caus XX, qu. 1) — Cf. *Clarus*, § fornic. n. 27. — *Grimm*: «Antiquités de la Germ», p. 604. — *Michelet*: «Orig du D. fr.», p. 354.



obrar consiste por lo tanto, en un movimiento exterior de un ser cualquiera, proveniente de su interior energía. La materia del delito es, pues, la acción. Pero respecto á este punto hay que hacer algunas consideraciones.

I. Ante todo, la acción no es siempre una modificación que se imprime por nuestro movimiento en la realidad de las cosas, pues muchas veces, por causa nuestra se verifica un cambio en la realidad que nos rodea, y en tal caso, el que hayamos puesto un modo de ser en la realidad, origina la acción que se llama positiva: pero á la inversa, aquella realidad que nos rodea, en vez de ser modificada por nosotros, permanece en el estado anterior, pudiendo decirse que por nuestra causa no muda, en cuyo caso nuestro obrar se presenta como un estancamiento del hacer, como un no hacer; pero aun en este no hacer el hombre es siempre activo, aunque las apariencias nos lo muestren inerte, porque la actividad se repliega sobre sí misma determinándose á no obrar, y persistiendo en tal determinación; así la *omisión* es una especie de acción, y de igual modo que el hacer positivo ó *comisión*, se puede presentar como materia del delito. Pero es preciso hacer una distinción. Cuando una omisión es causa directa de que se verifique en la realidad de las cosas una modificación contraria á las exigencias del Derecho (como negar alimentos al ser recién nacido encerrándole en un lugar á donde no le pueda llegar el socorro de los demás hombres), se convierte en un hacer, porque aquella modificación de la realidad, en que consiste el suceso antijurídico es consecuencia de nuestra misma actividad (1): fuera de este caso, la omisión sólo es punible en cuanto es violación de un deber especial de hacer alguna cosa.

II. Por otra parte, nuestro hacer positivo puede distinguirse en las dos formas principales que adopta nuestra actividad: la palabra y la obra en sentido estricto. La palabra es un hacer como la obra, en cuanto es el acto de hablar, no en cuanto á su significado

(1) En este sentido tiene razón el jurisconsulto Ulpiano, al decir: *Nihil interest, occidat quis an causam mortis præbeat* (L. 15. D. ad L. Corn. de Sic.); y también es cierto lo que dice Paulo: *Qui non facit quod facere debet videtur facere adversus ea quia non facit* (l. 121 D. de reg. jur.). Pero sería una exageración aplicar rigurosamente en la esfera de la justicia penal el principio del Derecho canónico: *Qui non repellit a socio injuriam si potest, TAM EST IN VITI® QUAM ILLE QUI FACIT* (C. 7, Caus. 23, qu. 3).—Cf. Cap. 6, D. sent. excom. in VI.—Can. 7, quæst. 35, c. 6.—V. Winkler: «De crimine omissionis.» Leips. 1766. — Spangerberg: «De los delitos de omisión» (alem.). Arch. del D. crim., t. IV, págs. 527 á 555. — Wries: «De delictis omissionis», Amstelod. 1831.



si éste indica ya de por sí una acción material positiva ó negativa. El decir que se quiere matar, ciertamente que no es un *hacer* en el sentido de matar, ó por mejor decir, no es el delito de homicidio; pero tiene su propio contenido, y es una especie de *hacer* que consiste precisamente en exteriorizar por medio de la palabra reveladora, nuestro pensamiento criminoso; y el pronunciar palabras que revelen el propósito de matar, independientemente del *hacer* de matar, puede considerarse como un hecho punible por sí mismo, porque atemorizando á los demás, se viola con una amenaza el derecho de la tranquilidad personal. En este sentido puede constituir materia del delito, tanto la *acción* en sentido estricto, esto es, la acción material, la obra, como la *palabra*, que es también una especie de acción, casi más íntimamente que la acción material ligada con nuestra actividad interna. De aquí que sea muy acertada la distinción de los delitos en materiales, como la muerte, las heridas, etc., y meramente verbales, como la amenaza, la injuria, la revelación de secreto; y con razón se ha dicho que se puede delinquir *aut verba, aut opere* (1).

III. Cuando se dice que la acción constituye la materia del delito, se enuncia una proposición que consta de dos elementos esenciales, ya se trate de una acción positiva, ya de una acción negativa, sea cuando la acción se limita á la palabra hablada ó escrita, sea cuando tenga por contenido un hecho material. La acción es un evento exterior que tiene su raíz en un hecho interno del hombre, que es precisamente la volición de aquel evento; es pues, en cuanto es consecuencia de la volición es ejecución de un propósito que tiene por contenido un evento posible que debe convertirse en real. La obra no es puro propósito, y aunque ésta es también una manifestación de nuestra actividad, porque en ella dicha actividad se concentra en sí misma, mientras no produzca fuera de nosotros cualquier efecto, cualquier fenómeno, no puede llamarse propiamente *acción*. La acción no es un puro evento exterior al que no sirva de fundamento nuestra actividad volitiva; por eso, el delito no se realiza si la violación de un principio jurídico no se manifiesta á la vez como querida por un sér dotado de inteligencia y libertad, y como algo que en virtud de cualquier hecho suyo exterior se traduce en ejecución efectiva. El hombre, pues, no es realmente sujeto de delito sino en cuanto lo ha querido.

(1) *Aut facta puniuntur, aut dicta, aut scripta, aut consilia*; l. 16, D. de premiis.



do y lo ha realizado. Por consiguiente, para que haya oposición entre el hombre como fuerza libre, y el Derecho como ley de la libertad, se exigen dos condiciones: el propósito y la ejecución; el intento y el evento; la *voluntas sceleris* y el *effectum sceleris*, ó como se dice en el lenguaje de las escuelas, el *dolo* y el *daño*. Y por eso: 1.º Los eventos exteriores de los cuales la actividad humana puede ser causa física, no llegan á constituir materia del delito sino dentro de los límites de lo que se ha querido. *Consilium uniuscuiusque non factum puniendum est* (1). 2.º Las voliciones internas, por criminosas que sean, no llegan tampoco á constituir materia del delito sino dentro de los límites de su realización exterior. *Cogitationis pœnam nemo patitur* (2). Estas dos afirmaciones están entre sí intimamente relacionadas en el concepto jurídico de la acción criminal, ya que el *dolo* y el *daño* son dos lados, aspectos ó momentos necesarios de una sola y misma sustancialidad, esto es, la *acción*, que forma la materia del delito, lo cual expresaba con admirable precisión el jurisconsulto Paulo, en aquellas célebres palabras: *Post veterum auctoritatem eo perventum est ut nemo ope ferisse videatur nisi consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse nocet nisi et factum secutum fuerit* (3).

§ 37. El delito tiene también una *forma* de aparición, por la cual la acción criminal se distingue de todas las otras manifestaciones de la actividad humana. La forma común de todos los delitos está determinada por la esencia misma del delito: si éste consiste en que la voluntad racional de la ley jurídica sea violada, en lugar de imperar sobre la voluntad libre é inteligente, es de necesidad que se presente en esta misma forma como la contradicción del orden jurídico. El orden del Derecho se manifiesta, haciendo que la fuerza humana se someta á la fuerza moral y material jurídica, coordinándose en recíproca ayuda para el cumplimiento del fin humano. La fuerza necesaria del delito es, pues, la lucha de la libertad humana contra las fuerzas circunstanciales individuales ó sociales protegidas por el Derecho, esto es, contra la fuerza del Derecho. En esta lucha puede oponer el hombre á la fuerza del Derecho su fuerza individual, y en tal caso ocurre la *violencia*, ó puede por el contrario, emplear el *discurso de la mente*, abstenién-

(1) Paul. V, 23. — Cf. I. 7, 14 D. ad L. Corn. de Sicar.

(2) L. 16, D. de pœnis.

(3) L. 53, D. de verb. significatione.



dose de perturbar el orden jurídico con hechos materialmente lentos, y en tal caso ocurre la hipocresía del obsequio al Derecho, esto es, el *fraude* (1).

Esta doctrina de la doble forma del delito la afirmó ya Cicerón en aquella brillante sentencia, que dice: *Duobus modis fit iniuria au vi—aut fraude* (2); y el supremo poeta italiano hizo de ella una elegante traducción al decir en el Canto XI del Infierno:

D' ogni malizia ch' odio in cielio acquista  
*Ingìuria* è il fine;—ed ogni fin cotale  
 O con FORZA ó con FRODE altrui contrista.

§ 38. Finalmente, hay una categoría en el delito constituida por la necesidad de que aparezca como un hecho individual: esta categoría es la de las contingencias que especifican el hecho probable en su concreción, y que afectan á las especies criminosas por las gradaciones de cada una de ellas.

No sólo es necesario que el delito se verifique como una especie determinada de violación, conculcando una dada relación jurídica (homicidio, hurto, falsedad, etc.), sino que cada especie presenta, no como una realidad de hecho, si como un hecho individual y concreto, esto es, como el homicidio de Fulano, cometido contra Zutano, en tal lugar, en tal tiempo, con tales armas, como la falsificación de un título dado; como el robo de tal ó cual valor, en perjuicio de un individuo determinado, etc. Esta forma constituye la *individualidad* del delito, haciendo que en los delitos singulares que pertenecen á una misma especie, venga á presentarse como varía la intensidad criminal por la variedad accidental de las condiciones exteriores que les acompañan. Esta variedad constituye lo *accidental* del hecho criminal, mientras que en su naturaleza específica constituye lo esencial para ser comprendido en tal ó cual clase de delitos. En esto se halla fundada la doctrina de la accidentalidad ó *accidencias* del delito (*circumstantiæ delictorum*).

La base común de la intensidad criminal de los delitos singulares pertenecientes á una misma especie, está en el punto de vista de la misma especie criminal, la cual, contemplada en sus elementos esenciales, tiene un valor propio, exclusivo, en comparación con los demás delitos é independientemente de todas las

(1) A veces pueden darse en un mismo delito la violencia y el fraude, como sucede, v. gr., en el homicidio por sorpresa, en el envenenamiento, etc.

(2) Cicer: «De officiis», Lib. I, c. 12.



contingencias individuales. Esta base constituye la medida común de cantidad media: las circunstancias pueden aumentarla ó disminuirla. De modo que las contingencias individuales de los delitos singulares pueden dividirse en dos órdenes: uno formado por las *circunstancias agravantes*, otro por las *circunstancias atenuantes*: las unas traspasan la cantidad media aumentándola, las otras la rebajan disminuyéndola; y por eso las primeras deben producir la exasperación de la pena, las otras su mitigación.

Hay también otro criterio de división de las circunstancias, cual es el que se deduce de su diversa eficacia sobre la cualidad del delito.

En efecto, hay algunas modificaciones que tienen su fundamento en las especialidades mismas del hecho criminoso, en la objetividad de éste y podrían llamarse objetivas; mientras que otras, por el contrario, lo tienen en la especial determinación de la persona del delincuente. Las primeras hacen relación al delito independientemente de quién fué su autor; las segundas tienen por base la propia condición del delincuente. Por eso á las unas, deducidas *ex rerum qualitate*, se les ha dado el nombre de *circunstancias materiales*; las otras, deducidas *ex personarum conditione*, son llamadas *circunstancias personales* (1). A su vez las circunstancias personales se subdividen en dos categorías, pues entre ellas, unas no tienen relación alguna con el hecho criminoso, permanecen puramente circunscritas á la persona del culpable, y pueden considerarse como subsistentes y eficaces independientemente de la naturaleza del delito que el culpable ha realizado, mientras que otras nacen de la concurrencia de la condición personal con la naturaleza especial del delito cometido. Así, por ejemplo, la circunstancia de ser empleado público, puede agravar, no todos los delitos que un empleado público cometa, sino aquellos que realice abusando de su condición, ó los que por razón de su deber tenía la obligación especial de prevenir; así también, el parricidio no es tal por cualquier homicidio, sino únicamente cuando éste se realiza contra determinadas personas; y así, por último, la circunstancia de próximo parentesco, si agrava el delito de sangre, puede ser causa de impunidad en los delitos contra la propiedad. Pero ambas

(1) L. 4, § 1, D. de incend. *Et omnino, ut in ceteris ita hujusmodi causis, EX PERSONARUM CONDITIONE ET RERUM QUALITATE sunt aestimande, ne quid aut durius aut remissius constitutur, quam causa postulabit* —Cf. I, II, § 1, D. de poenis.—I, 6, D. ad L. Jul. pecul.—I, 45, D. de injur.



circunstancias son personales, y por eso el verdadero criterio de diferenciación entre las circunstancias materiales y las personales está en que sólo deben considerarse como materiales aquellas que absolutamente traen su fundamento *ex rerum qualitate*, independientemente de toda referencia á la persona del criminal; y cuando la condición del delincuente es precisa para que una circunstancia agrave el delito, la circunstancia es siempre personal. Así es que bien puede decirse que las circunstancias materiales son independientes de todo elemento subjetivo; y las personales pueden á veces tener alguna relación con la objetividad del delito, sin dejar por eso de ser subjetivas (1).

§ 39. De todo lo dicho podemos deducir los siguientes principios que rigen toda la materia del delito:

1.º No hay delito sin la violación del Derecho en alguno de sus preceptos (*objeto*).

2.º No hay delito si no es causa del mismo el hombre como ser inteligente y libre (*sujeto*).

3.º No hay delito ni delincuente sin una *acción* que sirva de materia á la infracción del Derecho. La acción consta del elemento interno del querer criminoso (*volición*), y del elemento externo de la ejecución de aquel querer (*evento*): *dolo* y *daño*.

4.º La nota exterior para distinguir si una acción constituye delito es la *forma* que necesariamente ha de acompañar al delito: esta forma, ó es la *violencia*, ó es el *fraude*.

5.º El delito debe ser considerado, no sólo en su forma general y abstracta, sino también en su concreta individualidad, teniendo en cuenta todas las circunstancias que puedan agravar ó atenuar la pena correspondiente al mismo; circunstancias que en parte tienen su fundamento en el propio delito, y en parte lo tienen en la persona del delincuente.

\*\*\* En la historia de la penalidad, no sólo aparece confundida la idea del delito con otras ideas tocantes á la irregularidad de la conducta (vicio, pecado), sino que en la consagración de los fenómenos singulares en que se determina, pudo entrar por mucho la imposición arbitraria nacida del fondo común de las preocupaciones existentes de los excesos autoritarios de la fuerza dominadora. Haber circunscrito al campo de las infracciones jurídicas aquel capital conceptual

(1) Feuerbach en el art. 118 del Código bávaro ha precisado muy bien la doble naturaleza de las circunstancias personales, diciendo: *Las circunstancias personales son aquellas que resultan de la cualidad de las personas ó de sus hechos, etc.*



haber proclamado que los hechos por su naturaleza intrínseca contienen ó no que se los considere como verdaderos delitos, con todas las consecuencias que de aquí se derivan, constituyen, según usualmente se dice, dos preciosas conquistas de la ciencia que estudiamos. Sin negarlo nosotros, fácil es percatarse de las diferencias y errores que caben todavía dentro del problema así planteado; porque según el que del derecho se piense, y según la posible lucidez del juicio respecto al aprecio concreto de los hechos mismos, resultarán una doctrina y una práctica más ó menos razonables, firmes y satisfactorias.

Los autores que llamaremos *clásicos*, han formado empeño en distinguir el concepto científico y el concepto legal del delito, y, dentro del primero, el delito que se da en la esfera immanente, que no arguye una demostración exterior evidente, y el que toma estas notas permitiendo el ejercicio de la acción punitiva oficial. Más frecuente es aún separar las acciones que vulneran los *derechos ajenos* de aquellas que no tienen este alcance, y aplicar á las primeras, cuando no obtienen expresión cumplida por sanciones que no son penales, la denominación de *delitos*. La moderna escuela positivista, tras de mostrar visible regencia á las investigaciones realizadas sobre este punto, tanto por el sentido en ellas dominante como por la vacuidad del objeto á que se referenzaban, y de proponer como materia de estudio lo único que á su entender ofrece los caracteres de realidad apetecida, esto es, el criminal, incidió al cabo en el propósito de definir el delito desde un punto de vista nuevo, ó sea como un fenómeno *natural* cuya genesis importa, ante todo, perseguir y esclarecer mediante los procedimientos que la ciencia abona. En su virtud, á las distinciones ya conocidas se adiciona la del delito *natural* y el delito *jurídico*, refiriendo aquél á las lesiones de los sentimientos altruistas fundamentales, y éste á las restantes, que, sin revestir igual importancia, no pueden ser indiferentes á la vida y desarrollo del organismo social.

Hay en todo esto menos discrepancias efectivas de las que parece, y más trastrueque y confusiones de dicción que de concepto. No es de ahora el crearse y prosperar en el penoso camino de la ciencia una suerte de ilusión que consiste en figurarse una renovación del conocimiento ó una solución de los problemas sometidos á examen, á medio de cambios de postura ó transporte de locuciones que permite hasta cierto punto la realidad, por las afinidades existentes en todos los órdenes de ella (vista en nosotros) y la elasticidad ó indeterminación de los signos expresivos de nuestras ideas. ¡Cuántas veces á una palabra prestigiosa otorgamos los honores de una victoria científica!

Desde nuestro punto de vista, aparece perfectamente aceptable la fórmula que el autor recuerda aquí: *el delito es la negación del Derecho*. Carrara hubo de consignarla ya en su magistral *Programa* (volumen I, pág. 245 de la 5.<sup>a</sup> edición); y aunque lo breve suele ser enemigo de lo claro, no puede ser dudoso para nadie el mérito de esa concisa frase, siempre que en quien la recoge para expresar la idea primaria del delito, exista una lúcida comprensión del principio jurídico, y un reflexivo aprecio del fenómeno que la negación supone. Sin embargo, si es verdad que por el delito resulta negado el derecho, no ha de entenderse que en el delincuente se produzca la negación como por una suerte de exigencia racional ó imposición de la evidencia contraria á algo que de antemano se afirma: yo niego, v. g., que ahora sea de noche, porque advierto la plena presencia de la luz solar, y cuando ésta se da ante mis ojos sanos, la idea de la noche se me aparece como opuesta ó inadmisible en tal momento. Cuando Pascal dice que el que



niega á Dios le ha buscado, insinúa otra suerte de negación que ya no tiene los caracteres todos de la del caso anterior. Cuando por último se nos refiere que Pedro *negó* á Cristo en determinadas circunstancias, tanto como las conocidas, la negación de que entonces se habla, si conviene con las precedentes en ser tal negación, fácil es advertir las diferencias que de ellas la separan, y los *elementos* ajenos á la pura repugnancia intelectual (si cabe expresarse de este modo) que han venido á intervenir en la producción del hecho. En suma, la negación del derecho por el delincuente lleva embebida una enfermedad de la voluntad, que no priva absolutamente á su razón de reconocer la existencia y el valor de lo mismo que con sus actos quebranta. — Hecha esta salvedad, y sorteado ese escollo contra el cual se estrellaría de otra manera la propia idea del fenómeno que se trata de reducir á una breve fórmula, no creemos factible encontrar otra más feliz, y menos creemos que deba abandonársela como propia tan sólo de la teoría, é insustancial para las necesidades de la práctica legal y forense. En cualquier esfera de la actividad libre, en cualquier orden de la condicionalidad jurídica en que se pronuncie aquella negación, demostrativa de un estado anormal del sujeto humano (estado que Magri quiere dar como consistente en «la mancanza de abilità per diffeto organico e psichico a conservare una forma di attività definitiva»), el delito surge con las mismas sustantivas de su naturaleza y genera en la vida todas sus lógicas consecuencias. Ciertamente el delito así considerado no entra por completo en lo que se llama delito legal, como no entra en la ley todo el derecho, ni todo el *estado* en el Estado por antonomasia; pero esa diferencia de alcance, digámoslo así, que en parte puede depender de imperfección histórica, obtiene satisfactoria explicación, que en nada altera la común naturaleza de todos los hechos criminosos, y sólo de modo accidental afecta á lo que cabría calificar de dinamismo punitivo. Los tratadistas, al restringir de aquella suerte el concepto del delito, afirman de ordinario que el delito legal, para serlo, necesita: 1.º, que el hecho prohibido y penado sea intrínsecamente malo; 2.º, que la calificación de delito la reciba de una ley penal; y 3.º, que esta calificación proceda de una disposición expresa y directa; pero antes que estos requisitos, en los cuales se echa de ver el intento de reforzar las garantías contra el abuso de legisladores y jueces arbitrarios, importa á nuestro parecer, fijar otros que reclama la pura doctrina.

Si el delito que se dice legal es aquel que ha de consignarse en el Código y juzgarse por los tribunales de justicia, bien se alcanza que tiene por necesidad que ofrecer condiciones de producción que lo hagan patente y apreciable á los demás hombres que conviven junto al criminal. Todo lo que éste realice de modo tal que se oculte á las miradas y al juicio de los otros ciudadanos, podrá ser delito si implica la negación á que venimos refiriéndonos; pero claro es que nunca será el delito que, una vez evidenciado y atribuido á su autor, atrae la aplicación de la pena forense. — A más de esto, como quiera que en la vida de la personalidad hay que reconocer una esfera que ésta rige con exclusión del poder público, el cual, sólo por excesos reprobables que empiezan por aparecer así desde el punto en que carece de medios eficaces para hacer posible y fecunda su acción, ha podido pretender una ingerencia injustificada, claro es que el delito legal no abraza las infracciones que caen de lleno dentro de tal esfera, y no causan en el medio exterior la lesión correspondiente. El delito (volvamos á repetir) existe: faltan los términos indispensables para que, con posibilidad de pruebas y sin mayor detrimento del derecho, ese delito sea



delito en que legisladores y jueces tienen razonable competencia. Por eso el delito legal puede ser definido «como la negación, demostrable y transcendente, del Derecho, puntualmente consignada y penada en la legislación criminal de la nación.»

Reducida á esos simples términos la diferencia señalada con más repetición por los autores, declaramos nuestra disconformidad con la establecida entre el delito *natural* y el *jurídico*, toda vez que para nosotros todo delito es jurídico (en el sentido de que viene á quebrantar un orden ético con el único quebrantamiento real de tal orden), y no constituye nunca un momento inexcusable y connatural en la existencia del derecho. Si con el empleo de tales calificativos se pretende otra cosa que la ya antigua y no bien interpretada de separar los hechos criminosos, *mala per se et mala quia prohibita*, su aceptación, sin aportar ventaja alguna, nos volvería á pasados errores y contribuiría á aumentar la oscuridad del problema.—Las disquisiciones de Garofalo sobre el pretendido *delito natural*, han sufrido contundentes ataques de la crítica y elocuentes rectificaciones de parte del autor mismo; y á los reparos por nosotros hechos en *La Nueva ciencia penal* (páginas 93 y siguientes), no sería difícil adjuntar una observación mediante la cual se viese claramente que, á partir de un apriorismo tan censurable como cualquiera otro, el ilustre criminólogo, ganoso de libertarse del canon oficial para alcanzar un concepto típico del delito, acaba por dar valor decisivo en el terreno de la práctica á aquello mismo de que parecía huir. Si es el delito una especie particular de inmoralidad, que vulnera los capitales sentimientos altruistas en el grado medio de su difusión en el ambiente social ¿cómo, si no por autoridad y obra del legislador, que habría de obedecer al influjo dominante en los respectos aludidos, sin otro criterio ni otro ideal, podría tomar consistencia la definición de los delitos *justiciables*? ¿Dónde sino en la ley escrita habría de darse la *expresión* de aquel grado medio, oscilante como los grados del termómetro y producto inmediato del hecho ciego de la vida?—He aquí por donde el *delito natural*, invocado por un experimentalismo aparente, ó es el más incoercible y fantástico de los conceptos, ó termina por confundirse con el viejo concepto del *delito legal*.

\* Se ha dicho que el legislador no tiene para qué definir el delito, y menos aventurar un concepto con pretensiones de científico, exponiéndose á todos los riesgos que esto traería consigo, pero que debe procurar con empeño definir los delitos, á fin de precisar claramente su mandato (imperativo ó prohibitivo), facilitar la acción del juzgador y no comprometer la libertad de los ciudadanos. No es difícil advertir el fundamento de esta doctrina, mas como quiera que en todo hecho criminoso han de darse las notas generales que le separan del hecho lícito, las peculiares que le separan de los demás hechos ilícitos, y las accidentales que, sin alterar esta peculiar naturaleza, le separan de otro hecho de igual clase cometido en circunstancias distintas, nunca puede ocurrir que, ya por medio de una definición expresa, ya por lo que resulte del conjunto de sus preceptos, falté en los Códigos el criterio indispensable para hacer efectiva la imputación.

Desde que la reforma penal se abrió camino en las modernas legislaciones, suele figurar á la cabeza del Código una especie de definición general que, como el autor indica, no aspira á satisfacer el rigor científico, sino á servir un interés práctico. Y en este punto, nuestros Códigos del presente siglo reclaman algunas breves palabras. El de 1822



define separadamente el *delito* y la *culpa*, y dice que «comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena», y comete culpa «el que libremente, pero sin malicia infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar». El Código de 1848, en vez de distinguir el delito y la culpa, distingue el *delito* y la *falta*, y asigna á ambos términos una definición común: «es delito ó falta toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley». El Código de 1870 acepta este mismo criterio, y sólo varia ligeramente la definición: «son delitos ó faltas las acciones y las omisiones voluntarias penadas por la ley».— Alguno de los proyectos posteriores (el del Sr. Silvela), vuelve á hablar de la *malicia*, según se consignó en el primero de estos Códigos.

Entre las varias consideraciones que sugieren estas citas, importa dejar consignado que los legisladores de 1822 fijaron la distinción más capital de los hechos punibles (de dolo y de culpa), según habrá ocasión de advertir mejor en el cap. 4.º de este libro, é imprimieron á las palabras *libre*, *voluntario* y *malicioso*, aplicadas á aquellos hechos, un sentido que se adoptó y explicó por los comentaristas (por Pacheco singularmente), al desenvolver el texto legislativo posterior, en el cual sólo se usa la palabra *voluntario*. El nombre de *falta* carece en realidad hasta hoy de una significación precisa, pues no puede tomarse como el equivalente de la *culpa*, sino como referente á acciones de menor importancia que los delitos, sin que dejen de ser *maliciosos*. La palabra *imprudencia* es la que obtiene con mayor propiedad (mediante el uso), aquella equivalencia; pero la imprudencia así puede ser delito como falta (imprudencia temeraria, simple, etc.).— Esta vaguedad y discordancia en las voces usadas por el legislador ó establecidas por los intérpretes, da margen á cierta confusión, que sería buena disipar, y á opiniones tan aventuradas, á nuestro juicio, como la del Sr. Silvela, que cree que en el art. 1.º del Código vigente no están definidos todos los hechos punibles, y que es necesario completarlo con el 581.

Si la palabra *falta* se reservase á los hechos provenientes de culpa, no ganaría poco la claridad de los conceptos, y se expresaría una idea exacta, porque al que delinque por culpa, le *falta* aquella atención y prudencia en el obrar á que todos estamos obligados, siquiera no demuestre aquella malicia ó aquella *intención* que acusa el que delinque por dolo.— La palabra *voluntario* referida á todo hecho digno de pena, la descomponen algunos tratadistas, según dijimos, comprendiendo en ella lo *libre*, lo *voluntario* y lo *intencional*; pero si así se entiende, claro es que hay distinguir lo voluntario *genérico* y lo voluntario *especie*, y no entrarían dentro de los hechos voluntarios, según el primer concepto los ejecutados sin malicia, aunque con daño. Restringir la denominación de *libre* al acto en que no ha intervenido ninguna persona ni fuerza material extraña al agente que le causa (por lo que se dice que es libre el acto del loco ó del niño), y restringir también la denominación de *voluntario* al acto que se ha querido como tal acto sin previsión del evento dañoso (por lo que se diría que era *homicidio voluntario* el causado por un cazador que, queriendo disparar el arma sobre un animal en sitio frecuentado por las gentes, matase á una persona que se encontrase oculta en la dirección del disparo), se nos figura poco conforme con el lenguaje usual y más inteligible para todos, lenguaje que no debe desnaturalizarse por puro prurito de sutilizar.

Rózase esto con la magna cuestión del libertismo y el determinismo, que no hemos de desenvolver en una breve nota; pero sin aspirar



Y tanto, sostenemos que con decir simplemente que todos los actos punibles han de ser voluntarios (sin descomponer este calificativo), se expresa por modo cumplido y comprensible la idea general del caso. El acto del asesino es voluntario, porque éste quiso dar muerte á un hombre con las circunstancias propias del asesinato; el acto del cazador es involuntario como homicidio, pero es voluntario como ilícito, porque quiso omitir la previsión y cuidado con que estaba obligado á proceder. Con intensidad *total ó parcial*, por así decirlo, la voluntad no es nunca ajena á los hechos punibles, y hasta pudiera afirmarse otro tanto de la *malicia*, porque cierta malicia hay en el *egoísta* que, sin tener para nada en cuenta el mal que pueda ocasionar á los demás, busca torpe y ciegamente la satisfacción de su inmediato deseo personal. No es la malicia que, aguzada y recta, como saeta que va del arco al blanco, auna en un momento dado el esfuerzo y el daño; pero es la *malicia acumulada* que á ojos cerrados descarga el golpe con reprochable indiferencia.

Reconociendo todo su valor á la intervención del elemento *intencional* directo, no ha de negarse el suyo á aquel defecto del *mecanismo de la atención* (típico en el idiota), que tantos peligros entraña para la sociedad y tanto revela la deficiencia del influjo educador y la tosqueza del sentido moral. La insistencia que Magri muestra para delatar una *anomalía* en el hombre *des-tento* é imprudente, nos parece estimable y muy justificada dentro del criterio positivista.

● La noción del delito es sin duda alguna una de las más inciertas del Derecho penal. Desde las primitivas definiciones que del delito dieron los autores hasta las más modernas, ninguna ha conseguido fijar de modo satisfactorio los caracteres de la infracción penal. Son solamente reflejo del punto de vista individual de su autor, unas tienen más partidarios que otras; pero ninguna ha aportado una noción precisa y clara que sirva en todos los momentos de la vida para indicarnos si una acción *en sí* es inocente ó delictuosa.

Entre los conceptos modernamente aparecidos sobre el delito, examinaremos el denominado delito natural.

Su principal defensor, el ilustre criminalista italiano Garofalo (1), lo expone así:

Para determinar qué es el delito, hay que abandonar el examen de los hechos, único llevado a cabo por los penalistas, y dedicarse al de los sentimientos, pues el delito siempre hiere sentimientos que forman lo que se ha convenido en llamar el sentido moral de una agregación humana, sentido moral que se ha formado lentamente y que está sujeto á variaciones dependientes de los tiempos y de los pueblos. Después de hacer el análisis de estos sentimientos Garofalo se cree autorizado para afirmar que para que el delito exista, es preciso la violación de los sentimientos altruistas fundamentales, la piedad y la probidad; esto se requiere la ofensa de dichos sentimientos en su parte superior y más delicada, basta con que sean violados en la medida media en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo á la sociedad. Como consecuencia de este concepto no forman parte de la criminalidad natural los hechos que lesionan el sentimiento religioso, los que atacan al pudor, los atentatorios al buen orden de la familia, los delitos políticos.

(1) *La criminología* (trad. española), primera parte, cap. I, I.  
*Elementos de Derecho penal.*



Esta teoría ha sido duramente criticada. No sólo es arbitraria Alimena (1), sino inútil para el derecho penal porque sólo daría aplicación de la criminalidad de una parte mínima de los delitos contenidos en el Código; además es falsa ante la historia y la psicología, pues sólo para hoy podría servirnos, si fuese cierto que muchos sentimientos de las épocas pasadas son extraños á nosotros, y que muchos de nuestros sentimientos no serían sentimientos del porvenir.

Además, muchos de los sentimientos cuya violación no es castigada según esta teoría, como los sentimientos religiosos, del pudor, etc., tienen una raíz tan profunda en el corazón humano y una importancia social tan considerable, como los sentimientos de piedad y de caridad.

Ferri, ha dado del delito una noción que tiene bastantes puntos de contacto con la defendida por Garofalo. «Son delitos, dice (2), las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la *moralidad media* del pueblo en un momento determinado.» Por consiguiente, tres condiciones son precisas para la existencia del delito: 1.º, ataque á las condiciones de existencia individual ó social; 2.º, ofensa á la *moralidad media* de un determinado grupo colectivo; 3.º, motivos inmorales y antisociales.

Se han hecho á esta concepción objeciones de gran valor. Es un error decir que el delito lesiona la moralidad media, pues ésta, como con razón Manzini, representa todavía un *máximum* respecto á la delincuencia, mientras que el derecho penal representa el *mínimum* del *mínimum ético* considerado como indispensable y suficiente para mantener el orden jurídico general en un determinado momento histórico en un pueblo dado (3). Además, como observa Vidal (4), la noción de Ferri es demasiado subjetiva; según ella, el delito no es más que la manifestación material y exterior del carácter y del temperamento del delincuente; el delincuente existe ante que el delito. Es lo contrario de lo que debe suceder desde el punto de vista legal. En este terreno no hay delincuente sin delito y la tarea del legislador consiste ante todo en formar la lista de las acciones prohibidas y castigadas por la ley, los delincuentes sólo serán aquellos individuos que se hagan culpables de estas acciones; fuera de la lista legal de los delitos puede haber actos inmorales, individuos peligrosos; pero no hay ni delitos ni delincuentes. Ferri da, también, una importancia excesiva á los motivos; éstos, sin duda alguna, pueden influir en la determinación de la culpabilidad; pero no tienen más que una importancia secundaria para la naturaleza objetiva del delito (5).

(1) *Principii di diritto penale*, vol. I, pág. 240.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, 1900, pág. 127 y siguientes.

(3) Mancini, *Diritto penale*, vol I, pág. 342.

(4) *Cours de Droit criminel*, Paris, 1906, pág. 78.

(5) El célebre sociólogo francés Durkheim, da una definición del delito que recuerda sobre todo la de Garofalo. «El delito, dice, lesiona aquellos sentimientos que en un mismo tipo social se encuentran en todas las conciencias humanas. Un acto es criminal cuando lesiona los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva» (*De la division du travail social*, pág. 77 y 85 y siguientes). Se le ha objetado la gran vaguedad que encierra esta noción, ¿cuáles son esos estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva? Además, la conciencia colectiva y los sentimientos á esta conciencia, están en perpetua variación.



Estos autores que junto á los delitos que denominan naturales colocan los que constituirían la criminalidad artificial (hechos que lesionan los sentimientos religiosos, patrióticos, el sentimiento del pudor, etc., para Garofalo; acciones determinadas por móviles sociales que alteran la existencia normal de un pueblo, *criminalidad evolutiva* para Ferri), en el fondo no hacen sino reproducir la antigua distinción hecha por los autores de los *delicta mala in se* y de los *delicta mala quia prohibita*, es decir, delitos que contienen una inmoralidad intrínseca y delitos que son tales sólo por la prohibición legal, no por ser inmoral su contenido.

Las definiciones del delito que parten de un punto de vista jurídico son más prácticas que estos conceptos sociológicos, de los que no cabe ninguna aplicación positiva. En la fijación del concepto del delito, es preciso poner de manifiesto:

- 1.º Su contraposición á la ley del Estado;
- 2.º Que se trata de un hecho imputable á alguien;
- 3.º Que la pena es la consecuencia que sigue á su comisión.

Así la definición dada por Liszt me parece muy aceptable. Delito es, dice, «la acción culpable é ilegal contra la que se amenaza una pena». En esta noción se contienen las características siguientes:

- a) El delito es siempre una acción humana;
- b) El delito es, además una acción contraria al derecho, una acción que contraviene un mandato jurídico;
- c) El delito es una acción imputable á alguien, es un acto intencional ó imprudente ejecutado por un individuo responsable (1).

● En el Derecho romano se distinguían los delitos que *natura turpia sunt* de aquellos otros que son tales delitos *civiliter et quasi more civitatis*; también se diferenciaban los *crimina publica* de los *delicta privata*, aquéllos se castigaban en consideración al interés social, estos en consideración al interés del individuo.

El Derecho germánico diferenciaba las infracciones en dos grandes grupos: infracciones que originaban el quebrantamiento de la paz é infracciones leves. El Derecho canónico distingue los *delicta mere ecclesiastica*, cuyo conocimiento competía á las autoridades eclesiásticas, *delicta mere civilia sive secularia*, que estaban reservados á los tribunales laicos, y *delicta mixta*, en cuya persecución podían intervenir ambas justicias.

Los jurisconsultos del siglo XVII dividían los delitos en *nominata* é *innominata*, *levia*, *atrociora*, *atrocissima*.

Las legislaciones contemporáneas siguen dos sistemas: unas clasifican las infracciones en *crímenes*, *delitos* y *contravenciones* y otros en *delitos* y *contravenciones*. La primera clasificación, la tripartita, es seguida por los Códigos de Francia, Bélgica, Rumania, Turquía, Japón, Austria, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Alemania, Grecia,

(1) Von Liszt *Lehrbuch* § 26, I

El profesor de Viena, Stoops define el delito desde el punto de vista de la *política criminal*, diciendo que «es el daño ó el riesgo culpable de un bien que el legislador penal debe proteger, en nombre del interés público, contra tales ataques mediante la eficacia de la pena». «Siendo el delito contrario al interés público, es contrario al estado, y en un sentido más amplio, antisocial; un ataque á las meditaciones de vida de la sociedad.» Stoops. *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*. Wien. Leipzig. 1912, p. 70.



Servia, Berna, Ginebra, San Galo, el Ticino y por el Código español. La clasificación bipartita es seguida por los Códigos de Rusia, Bulgaria, Noruega, Finlandia, Suecia, Islandia, Dinamarca, Holanda, Portugal, San Marino, Malta, Zurich, República Argentina y Brasil.

La clasificación tripartita tiene hoy pocos partidarios. En el antiguo Derecho es la primera que aparece; en el siglo XVII predomina en Alemania bajo el influjo de los juristas sajones, y sobre todo de C. J. von Zovius; se distinguían, como antes se ha dicho, los delitos en *atrociora* y *atrocissima*. Pero donde encuentra su verdadero fundamento la actual división tripartita fué en la literatura penal, nada en el período filosófico. Entonces se distinguieron por una parte *crímenes* que lesionaban los derechos naturales, como la vida, la libertad, etc.: los *delitos* que violaban solamente los derechos creados por el contrato social, como la propiedad, y las *contravenciones* que fringían disposiciones y reglamentos de policía. El Código francés de 1791 adoptó esta división, que pasó después al Código de 1810 y de éste á gran número de Códigos de otros países.

La distinción entre crímenes y delitos, que hace la clasificación tripartita no tiene razón de ser. ¿En qué se diferencia la naturaleza del crimen de la naturaleza del delito? El crimen aparece sólo como una infracción de mayor gravedad, el delito como una infracción de gravedad menor. Lo que los diferencia es, no su *naturaleza*, sino su *gravedad relativa*. El mismo hecho, un robo por ejemplo, puede ser ora un crimen, ora un delito. Y puesto que se trata de infracciones que no están separadas más que por una simple proporción de mayor ó menor gravedad, proporción extraña á toda modificación de ser, ¿es esencia, ¿por qué obstinarse en hacer dos clases de infracciones distintas? (1).

No obstante esta justa crítica, suele reconocerse á la tripartita de las infracciones su gran utilidad desde el punto de vista de aplicación práctica; constituye, se dice, una regla segura de competencia, pues en la mayor parte de los países, Holanda es quizás la única excepción pues no conoce el jurado, los *tribunales de policía*, están organizados para juzgar las *contravenciones*, los *tribunales correccionales* están para juzgar los *delitos*, y el *jurado* para juzgar los *crímenes*. Pero aun siendo reconocida esta utilidad, no sólo por algunos autores sino también por el Congreso penitenciario de París de 1895, la mayoría piensa que esta división no responde á la naturaleza de las cosas.

La división bipartita, *delitos* y *convenciones* se considera hoy por los penalistas como más racional y más conforme á la naturaleza de las cosas. «Bajo la denominación de *delitos* se comprenden todas las infracciones inspiradas en una intención mala, las infracciones que violan directamente los derechos individuales y colectivos, lesionan el derecho social, y son de un carácter perjudicial y peligroso recordado por todos los países civilizados; las *contravenciones*, por el contrario, son hechos inocentes, indiferentes en sí mismos, realizados con mala intención, no causan ordinariamente ningún perjuicio individual, y están prohibidos y castigados solamente á título preventivo para impedir daños individuales ó colectivos futuros, y están generalmente sometidos al derecho de policía y á la reglamentación local».

(1) Vid. Garraud. *Précis de Droit criminel*, 9 edit., p. 66 y sigts.

(2) Vid. Garraud. ob. cit. p. 67 y sigts.; Vidal, ob. cit. p. 107.

(3) Vidal, ob. cit. p. 106 y sigts.



Además de la división legal de las infracciones anteriormente propuesta se han formulado otras muchas divisiones del delito.

Desde el punto de vista del objeto de la infracción, diviéndose éstas en delitos de derecho común y en delitos políticos. Durante muchos años se consideraron como más peligrosos que los delitos de derecho común, pues mientras estos no causan más que un daño individual que los causan hondas perturbaciones y pueden poner en peligro al Estado y hasta causar la ruina del país. Se les denominaba *crimen majestatis*, y eran castigados con el rigor más cruel, con penas de extraordinaria gravedad que pasaban á la posteridad del culpable y en su origen la institución de la extradición estaba destinada especialmente á entregar los culpables de estos delitos al gobierno que los reclamaba.

Hoy se considera la criminalidad política de modo enteramente diverso, y lo que ayer era severidad es hoy moderación. Tal cambio se produjo gracias al influjo de la revolución que tuvo lugar en Francia en 1830. El gobierno de Luis Felipe, separando los delitos políticos de los de derecho común, estableció para los primeros una escala de penas especiales más suaves en su régimen que las penas ordinarias, dejó al jurado el juicio de los delitos correccionales é introdujo en los tratados de extradición el principio de la no entrega de los delinquentes políticos (1).

Este contraste tan profundo en el *tratamiento* de los delinquentes políticos, dice Vidal, se debe á un cambio producido en la interpretación de su carácter y de su función desde el punto de vista de la evolución de la humanidad; mientras que antes se miraba al delincuente político como un enemigo público, se le considera hoy como un amigo del bien público, como un hombre de progreso deseoso de mejorar las instituciones políticas de su país, con intenciones laudables, queriendo apresurar la marcha progresiva de la humanidad y cuyo único yerro consiste en querer ir demasiado aprisa y emplear para realizar los adelantos que ambiciona medios irregulares, ilegales y violentos. Si por esto es reprobable su conducta y, en interés del orden establecido debe ser penado, su delincuencia no puede compararse á la del criminal de derecho común, á un asesino, á un ladrón, no tiene la misma inmoralidad, es *relativa*, depende de los tiempos, de los lugares, de las circunstancias, de las instituciones, muchas veces está inspirada en nobles sentimientos, en móviles tan desinteresados como la adhesión á determinados principios, á ciertas personas, al amor á la Patria, etc.; su criminalidad es *accidental*, pues el autor de un delito político, que es más bien un *vencido* que un criminal, puede llegar á ser mediante una revolución favorable á sus ideas el *vencedor* del porvenir y puede ser llamado á regir los destinos de su patria. La reacción penal que se ejerce contra él, no es, como respecto de los delinquentes comunes, una obra de *defensa social*, sino más bien una obra de *defensa de casta, de partido político*, contra el ataque á una organización y á un régimen político históricamente transitorio (2).

Los delitos políticos se han definido como los únicamente encaminados á atacar el *orden político* del Estado sea *externo* (independencia de la nación, integridad del territorio, relaciones del estado con otros estados), sea *interno* (forma de gobierno, organización y funcionamiento de los poderes políticos y de los derechos políticos de los ciu-

(1) Vidal, ob. cit. p. 110.

(2) Vidal, ob. cit., loc. cit.



dadanos). Estos delitos se han dividido en dos grandes grupos: *delitos políticos puros ó puramente políticos* y en *delitos relativos*. Los primeros se proponen como único fin la destrucción, la alteración ó modificación del orden político de un país. Los segundos lesionan al mismo tiempo el derecho común y el orden político. En el termino jurídico se les llama *complejos* cuando un sólo hecho delictuoso lesiona al mismo tiempo el orden político y el derecho común. cuando se trata de un delito de derecho común cometido con un fin político, como el asesinato del jefe del estado para destruir una forma de gobierno, se denominan *conexos* cuando el delito de derecho común se comete en el curso de acontecimientos de carácter político y tiene con ellos una relación, como el robo de una armería por un grupo de rebeldes.

Desde el punto de vista de su ejecución material se clasifican los delitos en delitos de *acción* y de *omisión*. Los primeros consisten en un acto material y positivo que viola una prohibición de la ley penal. Los segundos consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

El delito de *omisión* no debe confundirse con el denominado *delito de comisión por omisión*. El primero, dice Vidal, «no existe cuando hay incumplimiento, inejecución de una orden positiva de la ley. El delito de *comisión por omisión*, al contrario, no supone un orden de obrar violada por la omisión, sino que se verifica como un *delito de comisión positivo*, mediante la violación de un deber legal de abstención, el deber de no atentar contra la vida, contra la integridad corporal de otro, solamente que esta violación voluntaria é intencional de la abstención exigida se realiza mediante una abstención, no simple inacción ú omisión, por la negligencia voluntaria é intencional para separar las causas extrañas é impedir las, producir su efecto destructor de la vida ó perjudicial al cuerpo de la víctima (2)». Ejemplo: Una persona está en peligro de morir ahogada, bastaría tenderle una mano, una cuerda, el testigo del accidente se abstiene; un guardián se apercibe sobre los rails un objeto que estorba la circulación, por negligencia descuida quitarlo, llega un tren y descarrila. En Alemania Sturm y Rohland, como Vidal, han sostenido su separación de los *delitos de omisión* propiamente dichos, pero en Italia, Alimena opina que tales delitos no son sino comunísimos delitos de acción que se distinguen sólo por la especialidad del medio empleado (3).

Los delitos se dividen también en *instantáneos* y *continuados*, aquellos no tienen duración apreciable como el homicidio, el robo; los segundos pueden durar un tiempo más ó menos largo como el uso indebido de nombres, títulos ó condecoraciones.

Distínguense también los delitos según el número de actos que constituyan la infracción. Desde este punto de vista, puede considerarse: a) que no haya más que un solo acto y un solo delito, v. gr. el homicidio; b) que haya varios actos y varios delitos; aquí se presenta el denominado delito de *hábito*, v. gr. el promover, favorecer ó facilitar habitualmente la prostitución de personas menores; c) que un solo acto origine varios delitos; esta es la hipótesis del denominado *curso ideal* que estudiaremos más adelante.

(1) Para más detalles vid. Garraud, *Précis de Droit criminel*, p. 80 y sigs.

(2) Vidal, ob. cit. p. 184 y sigs.

(3) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol I, p. 430.



Nada ó casi nada se encuentra en las páginas de Pessina y Aramburu relativo á las contravenciones; como su estudio es, sin duda alguna, de gran importancia, daré algunas noticias sobre su carácter y sobre las cuestiones que respecto de ellas han aparecido.

Ya en el Derecho romano se consideraban ciertos hechos que, sin tener la importancia de los delitos, se consideraban peligrosos para la tranquilidad; éstos caían bajo la competencia de la policía y se les sometía á la «castigatio».

En el Derecho penal actual, como ya sabemos, constituyen una de las clases de la infracción.

Se preguntan algunos si la distinción entre delitos y contravenciones es realmente justificada, y no pocos, como Ferri, Stübel y von Bar, responden negativamente; otros, como Becker, sostienen que no difieren esencialmente de los delitos; solamente constituyen delitos menos graves. El Sr. Dorado Montero también rechaza tal separación; en su opinión, entre delito y contravención no hay diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa. «Son actos delictuosos, dice, aquellos que denuncian la existencia de elementos peligrosos para la vida y el orden sociales en un momento determinado: cuando el hecho es tal que denuncia la presencia de elementos bastante peligrosos, lo llamamos crimen ó delito; cuando revela poco peligro, lo denominamos contravención. Con lo que fácilmente se advierte que un mismo hecho, hoy estimado como delito, puede convertirse mañana en contravención, y al contrario (1).»

La mayoría de los autores estima, sin embargo, que realmente existen diferencias entre el delito y la contravención.

Para Feuerbach es delito la violación de un derecho existente antes de su reconocimiento por la ley positiva, y contravención, el hacer algo que sería lícito si el Estado no lo hubiese prohibido (2).

Binding estima que el delito destruye ó disminuye la integridad de un bien jurídico ó lo pone realmente en peligro, mientras que la contravención es una mera desobediencia á la norma jurídica ó pone en peligro el bien jurídico, pero sin que este peligro sea real (3).

Analoga á la teoría de Binding, es la sostenida en la relación ministerial sobre el proyecto del actual Código italiano; allí se dice que son delitos aquellos hechos que producen una lesión jurídica, y son contravenciones aquellos que, si bien pueden ser inócuos en sí mismos, presentan, sin embargo, un peligro para la tranquilidad pública ó para el derecho de otro. El mandato legal dice en los delitos: no matar, y en las contravenciones dice: no hacer nada que pueda poner en peligro la vida de otro. En los primeros dice: no causar daño en la propiedad ajena, y en las segundas: no hacer nada que pueda producir un daño en dichas propiedades (4).»

A esta teoría, y, por consiguiente, á la de Binding, se ha objetado que toda infracción, y no sólo los delitos, representa una lesión jurídica. El mandato penal siempre tiene por objeto un interés público, cuya violación constituye precisamente una lesión jurídica. Además,

(1) Ponencia al Congreso de la «Unión Internacional de Derecho penal», celebrado en Lisboa en 1897, *Derecho penal preventivo*, Madrid, 1901, p. 229.

(2) Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 22, Gießen, 1847. cit. por Alimena, *I principii di Diritto penale*, vol. I, p. 254.

(3) *Die Normen und ihre Uebertretungen*, Leipzig, 1890, vol. I, § 54.

(4) Cit. por Manzini, ob. cit. vol. I, p. 356.



este criterio también es insuficiente para distinguir las contravenciones de los delitos, ya porque en algunos de éstos se nota precisamente el exclusivo fin de prevenir eventos dañosos, ya porque la perpetuación de cualquier delito implica siempre un peligro para el porvenir. En efecto de la distinción, hecha sobre todo por Binding, entre peligro actual y peligro presunto, puede decirse que como la ley toma en cuenta pre por vía de abstracción sus normas de la realidad de los hechos, puede decirse que un peligro presunto tenga una esencia jurídica inversa de un peligro concreto y actual. Ante la imposibilidad de afirmar el evento temido, ambos peligros son iguales, porque ambos son capaces de producirlo (1).

Otras teorías parten de la consideración del elemento objetivo del elemento subjetivo de las contravenciones en relación al tipo de estas infracciones. Así Longhi (2) afirma que son contravenciones las infracciones de todas las normas penales, tanto de orden preventivo como de orden económico administrativo. Esto observa Manzini es decir, sumamente poco, aun cuando se añada que no deben ser declaradas imputables únicamente por dolo.

Según otros, los delitos son aquellos hechos que ofenden las condiciones fundamentales y permanentes de la existencia y de la convivencia social, y las contravenciones son los hechos que se presentan en oposición contra las condiciones secundarias y contingentes de dicha existencia (3). Aquí se ha objetado, se reproduce la antigua distinción entre violación de derecho subjetivo y de derecho objetivo, mientras que era conveniente especificar cuáles eran las dos diversas categorías de condiciones sociales.

La noción diferencial entre delitos y contravenciones, afirma Manzini, no puede obtenerse de especulaciones filosóficas ó de indagaciones sociológicas, sino del examen del derecho positivo, tanto del Código penal como de las leyes penales especiales.

En las contravenciones de cualquier clase que sean, dice, se distinguen dos elementos diferenciales y específicos, uno objetivo y otro subjetivo.

El elemento objetivo está formado por la naturaleza especial del interés protegido, que consiste en la necesidad de asegurar las condiciones consideradas como indispensables ó favorables al ejercicio y desarrollo de las energías útiles que se desarrollan en el seno de la sociedad (contravenciones de policía), ó al funcionamiento normal de la percepción y comprobación de los impuestos (contravenciones en materia financiera). Se trata, en suma, de la protección de condiciones de ambiente (*ambientali*), como diría Carnevale; mientras que en los delitos comunes, como en los de policía y hacienda, se atiende a la represión de la lesión de otros deberes ó bienes jurídicos. Pero como en las complejas relaciones sociales, el cruzamiento de intereses y violaciones son inevitables, así existen hechos en los que se encuentran tanto el carácter objetivo de delito como el de contravención, mientras que la clasificación hecha por el derecho positivo se funda en el criterio del predominio de los caracteres, reforzado á su vez por los preceptos de política criminal.

(1) Manzini, ob. cit., p. 356 y siguientes.

(2) *Teoria generale delle contravvenzioni*, Milano, 1898, p. 84 y siguientes.

(3) Impallomeni *Contributo alla nozione della contravvenzione*, en *Cassazione* (I), aa, XVI, 1905, p. 737, cit por Manzini, op cit., p. 360.



El elemento diferencial subjetivo está constituido por el hecho de que en las contravenciones no se considera el acto del agente como una manifestación más ó menos inmoral de su individualidad aislada, como en los delitos, sino como una exteriorización nociva de su individualidad social en relación á las energías útiles que se desarrollan en el ambiente social ó á las inherentes á la organización financiera del Estado. Por esto no se exigen cuentas al agente del aspecto jurídico de su propia conducta personal, sino del estado desfavorable á la policía ó á la hacienda á que tienden las cosas cuyo centro social él representa.

Pero también aquí se presenta teóricamente, respecto de la actividad individual, dicha zona neutra, las entidades que las leyes clasifican, ya entre los delitos ó entre las contravenciones, según que la policía criminal aconseje tener mayor consideración á la personalidad individual ó á la personalidad social del reo, ó simplemente á la mayor ó menor delicadeza ó importancia del interés tutelado.

Pero dejando aparte estos casos mixtos, dice Manzini, que las contravenciones, en relación á los delitos, son aquellas infracciones que tienen por objeto la protección de las condiciones indispensables á las energías útiles que se desarrollan en el seno de la sociedad ó que tienen íntima conexión con la organización tributaria del Estado, y que tienen á la represión de la conducta individual contraria solamente á estas condiciones, principalmente considerada en relación á la vida social más bien que en relación á la moralidad personal del agente.

Este es, según Manzini, el concepto fundamental distintivo acogido en el Derecho penal italiano, mas no sólo es dicho concepto acogido por la legislación de este país, sino por la de casi todos los Estados; podría decirse que éste es el concepto legal universal.

● El art. 1.º de nuestro Código define la infracción penal diciendo que «son delitos ó faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley».

Descomponiendo esta definición, veremos que para que exista hecho punible, es preciso:

- 1.º Una acción ú omisión.
- 2.º Que dicha acción ú omisión sea voluntaria.
- 3.º Que esta acción ú omisión se halle penada por la ley.

Los comentaristas del Código pasan muy á la ligera, al estudiar la definición legal del delito, sobre la significación de las palabras acción ú omisión. El Sr. Silvela cree que este silencio debe atribuirse á que el Código enumera individualmente los hechos que estima dignos de represión, y que, por tanto, no puede haber dudas acerca de lo que intenta expresar cuando habla de acciones ú omisiones, porque lo son todas las comprendidas en sus preceptos con el fin de penarlas (1).

La acción supone, para este autor, la actividad en ejercicio que se desenvuelve para llevar á la práctica lo que se ha meditado y decidido.

La acción consiste, pues, en un movimiento de nuestro organismo, en un esfuerzo encaminado á producir un efecto en el mundo exterior.

A la acción contraponen la definición del Código la omisión. Esta sig-

(1) Silvela. *El Derecho penal estudiado en principios*, parte segunda, § XXII, Madrid, 1903.



nifica la abstención, la falta de ejecución de un hecho positivo que la ley exige. El que encuentra abandonado un menor de siete años, cuya vida está en peligro y no lo presenta á la autoridad ó á su familia, ó el que no socorrieren ó auxiliaren á una persona que encontraron despojado, herido ó en peligro de perecer, cuando pudieren hacerlo sin detrimento propio (1); el perito ó el testigo que voluntariamente dejan de comparecer ante un Tribunal á prestar sus declaraciones cuando hubieren sido oportunamente citados (2); todos estos cometidos son un hecho punible por omisión. Respecto de las infracciones ejecutadas mediante *acción*, no es preciso poner ejemplos, pues la inmensa mayoría de las comprendidas en nuestro Código y en nuestras leyes penales se realizan mediante hechos positivos. Mientras la *acción* es la regla general, la *omisión* es la excepción.

La segunda característica del delito, según la definición de nuestro Código penal, es que las acciones y omisiones sean *voluntarias*.

¿Qué sentido debemos dar á esta palabra *voluntarias*, empleada en nuestra ley penal?

Los comentaristas distinguen aquí la acción libre, la acción propiamente voluntaria y la acción intencional.

La acción libre, dicen, es la que se realiza sin violencia ni coacción alguna física ó moral; los hechos del loco, verificadas sin violencia ni miedo, los del niño, los del ebrio, son en este sentido acciones libres.

Los actos voluntarios, son los que se efectúan con conocimiento por parte de la persona que los ejecuta, de modo que sabe que los realiza, comprende por qué los practica, pudiendo abstenerse de obrar por el contrario, ejecutándolos.

Pero estos actos voluntarios, dicen, pueden no ser intencionales. La intención significa la determinación de la voluntad en orden á algún fin. En la inteligencia del agente que obra con intención, es el resultado que se obtiene, el hecho bueno ó malo realizado. El cazador que dispara un arma de fuego para matar á un animal y ocasiona la muerte de un compañero, verifica un acto voluntario, pero no intencional. El asesino que dispara contra su víctima, efectúa intencionalmente el asesinato.

Una vez definidos estos conceptos, queda por averiguar qué es lo que ha querido expresarse en el Código al decir que son delitos ó faltas las acciones ó las omisiones voluntarias penadas por la ley. ¿Se refiere á las acciones ejecutadas libremente, ó á las propiamente voluntarias ó quizás á las intencionales?

El Sr. Silvela, que estudia con bastante detalle esta cuestión en la definición del art. 1.º del Código, cree se refiere solamente á los hechos ejecutados con intención, con malicia.

Que á los hechos meramente libres, no se refiere el Código, no admite duda para este comentarista; basta examinar los núms. 1.º y 2.º de dicho artículo, para ver como el loco y el menor de nueve años pueden delinquir.

Las acciones meramente voluntarias ó sean las ejecutadas sin intención, si son penadas por el Código, como lo prueba el art. 501 del mismo que, al hablar de la imprudencia temeraria y de la imprudencia simple, con infracción de reglamentos, se pena al que con descuido

(1) Artículo 608 del C. p.

(2) Artículo 383 del C. p.



ó negligencia más ó menos calificada, ejecuta un hecho, que, si mediara malicia, constituiría delito grave ó menos grave. Ahora, dice el Sr. Silvela, «no pudiendo significar la palabra malicia otra cosa que la determinación de la voluntad á obtener el mal ó daño como resultado, no es dudoso que se consideran como actos punibles y dignos de represión los que se efectúan voluntariamente, aunque sin ánimo intencional de ocasionar el daño».

Así, no cabe duda que el Código castiga los actos puramente voluntarios; pero, y esta es la cuestión más importante, el art. 1.º comprende tanto los hechos intencionales como los efectuados sin intención? Silvela cree, desde luego, que comprende sólo los actos ejecutados con intención.

Para ello, se funda en el contenido del art. 581; según éste, la imprudencia consiste en ejecutar un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito grave ó menos grave. Luego lo esencial, lo característico del delito, es que medie malicia ó intención encaminada al mal, y, por consiguiente, según esto, vemos que una parte importante de la definición del delito, no se encuentran en el art. 1.º, sino en el 581.

También fundamenta el Sr. Silvela su opinión, en la inteligencia que á la palabra, voluntaria, han dado varios comentaristas del Código. Pacheco dice que no hay delito, si no hay libertad en el agente, si no hay inteligencia, si no hay intención; acto voluntario, equivale á acto libre, acto inteligente, acto intencional. D. Cirilo Alvarez, cree que no hay delito sino en la violación maliciosa de las leyes y así se expresan otros, como Castro y Orozco y Ortiz de Zúñiga.

Y como tercer fundamento, aduce la doctrina consignada en numerosos fallos del Tribunal Supremo, en los que se pone de relieve que en el Código se han separado los actos ejecutados con intención maliciosa, de los verificados sin malicia, pero con imprudencia ó negligencia.

Resulta, pues, evidente, que el art. 1.º se refiere sólo á los actos ejecutados con malicia y el 581 á los realizados con mera voluntad, pero sin malicia (1).

Como muy justamente observa el Sr. Dorado, podría decirse que este sistema del vigente Código, es el mismo aunque en distinta forma, que adoptó el Código de 1822, cuando admitía dos clases de acciones punibles, diferentes por su esencia, á saber: el delito y la culpa, que se caracterizaban, el primero, por haberse practicado «libre, voluntariamente y con malicia», y la segunda, por haberse ejecutado «libremente, pero sin malicia»; de manera que ambos eran hechos libres y la malicia era la que los separaba (2).

Este punto de vista de considerar la malicia como la nota típica del delito fué acogido por el proyecto de Código penal presentado á las Cortes en Diciembre de 1884, por D. Francisco Silvela, que en su artículo 12 declaraba que «son delitos ó faltas las acciones ú omisiones penadas por la ley y ejecutadas con malicia». Concepto, éste, que ha sido reproducido por el art. 1.º del Código penal de la Marina de Guerra de 21 de Agosto de 1888 y en el proyecto de Código penal del Señor Montilla de 1902 (3).

(1) Silvela; obra citada, págs. 110 y siguientes.

(2) Pedro Dorado. *La psicología criminal en nuestro Derecho legislado*. Madrid, 1911, págs. 52 y siguientes.

(3) El Código de Justicia Militar, dice: «Son delitos ó faltas militares las ac-



Algunos comentaristas del Código, Groizard y Viada, entre otros, sostienen que para ser voluntario un hecho en el sentido legal y dar incluido en el concepto que del delito da la misma, no es necesario que sea intencional, malicioso, doloso, aunque puede serlo. Pienso menester advertir, dice el Sr. Dorado, que las explicaciones dadas estos para fundamentar su resolución no son ni hoadas, ni tampoco satisfactorias (1).

El tercer carácter del delito, según la definición del art. 1.º, venimos examinando, consiste en que la acción ó omisión, que consiste, se halle penada por la ley. Este principio que también halla consignado en el art. 22 del Código penal y en el 16 de la Constitución, no es si no, como ya sabemos, una manifestación del principio de legalidad de las penas y de los delitos que originado por el espíritu individualista de la Revolución francesa se ha infiltrado y domina en el derecho penal de todos los países.

● En nuestro derecho histórico, ya se encuentra una clasificación de los hechos punibles que realmente no tiene importancia, pero que cito aquí por no ser muy conocida. Por pragmática de Felipe III, 2 de Julio de 1600, se consideraban «delitos livianos» aquellos en que conforme á las leyes no se impusiera pena corporal ó de servidumbre de galeras ó destierro del reino, y por «delitos graves» se entendían los cometidos por usureros, mohatrereros y logreros y los cometidos por señores de vasallos, concejos y justicias, escribanos y alguaciles. Esta división se hacía desde el punto de vista de la competencia de los Tribunales (2).

El Código penal, aunque á primera vista parece decidirse por la clasificación tripartita de las infracciones, pues en el art. 1.º se habla solamente de delitos y faltas, sigue como la mayor parte de los Códigos vigentes la clasificación tripartita que en nuestro derecho comprende: *delitos graves*, *delitos menos graves* y *faltas*. Según el art. 2.º del Código «se reputan delitos graves los que la ley castiga con pena que en cualquiera de sus grados sean afflictivas; menos graves los que la ley reprime con penas que en su grado máximo sean correccionales, y faltas, las infracciones á que la ley señala penas leves».

Como se ve, esta clasificación no tiene otra base sino la diversa gravedad atribuida al hecho punible y en nuestro país, como en los demás que la acogieron en sus Códigos tenía como principal fin servir de base á la organización de los Tribunales.

Otra clasificación de los hechos punibles que puede hacerse en nuestro Código, aunque no haya sido hecha por el legislador, sería de delitos de *acción* ó de *comisión* y de *omisión* ó de *inacción*. No es preciso aclarar en que consisten, pues en las páginas anteriores ya se ha expuesto la significación de los conceptos *acción* y *omisión*. Respecto de los delitos de acción puede decirse que casi todos los previstos y penados en el Código pertenecen á este grupo, y el Tribunal Supremo tiene declarado que, los delitos que como el asesinato exigen acción

---

ciones y omisiones penadas por la ley». Se omite en absoluto el concepto de la voluntariedad de la acción ó de la omisión.

(1) Ob. cit., pág. 55.

(2) Nov. Rec., Lib. XII, tit. XXXII, ley VIII.



su índole y naturaleza, no pueden cometerse más que por actos positivos y nunca por omisión (1).

Los delitos de omisión los encontramos en nuestro Código especialmente entre los cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones ó en el desempeño de sus cargos. Pero, además de estos individuos, considera el Código que delinquen por omisión, entre otros, «el que reusare ó se negare á desempeñar un cargo público de elección popular, sin presentar antes á la Autoridad que corresponde excusa legal, ó después que la excusa fuese desatendida; el que voluntariamente dejare de desempeñar su cargo sin excusa justificada; el perito y el testigo que dejaren también voluntariamente de comparecer ante un Tribunal á prestar sus declaraciones cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto» (2).

También delinquen por omisión y el Código impone la correspondiente pena «al que entrare á desempeñar un empleo ó cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento ó fianza requeridos por las leyes (3); al que abandonare un niño menor de siete años (4); al prestamista que no diere resguardo de la prenda ó seguridad recibida (5); á los tutores curadores ó encargados de un menor de quince años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria, ó abandonaren el cuidado de su persona; á los que encontrando abandonado un menor de siete años con peligro de su existencia, no le presentaren á la autoridad ó á su familia; á los que no socorrieren ó auxiliaren á una persona que encontraren en despoblado, herida ó en peligro de perecer, cuando pudieren hacerlo sin detrimento propio, á no ser que esta omisión constituya delito (6); á los que requeridos por otros para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio reclamado, siempre que no hubiera de resultarles perjuicio alguno (7).

También podría hacerse otra clasificación de los delitos atendiendo á que nuestro Código dispone que unos, la inmensa mayoría, puedan perseguirse de oficio, mientras que otros, muy escasos en número, no tienen lugar á procedimiento alguno, sino á instancias de determinadas personas que la ley especifica, y á quienes únicamente reconoce en estos casos el derecho de acusar. Los delitos del primer grupo se denominan públicos y los del segundo privados.

Como más adelante nos ocuparemos de ambas clases de delitos, no hacemos más por ahora sobre esta materia.

#### ● La falta en nuestro derecho positivo.

En nuestro derecho positivo la significación de la *falta* no corresponde al sentido que las legislaciones de otros países dan á la contracción. Con arreglo á nuestro Código, las faltas son como los delitos voluntarios, sino, con arreglo á lo dicho sobre la significación legal de este término, también cabe la intención maliciosa. En esto nada se diferencia de los delitos; su única característica la encontramos en

(1) Recurso de casación de 10 de Abril de 1874

(2) Art. 383 del C. p.

(3) Art. 384 del C. p.

(4) Arts. 501 y 503 del C. p.

(5) Art. 500 del C. p.

(6) Art. 603 del C. p.

(7) Art. 605 del C. p.



el art. 6.º, que declara que «son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves».

Tampoco en el Código de Justicia militar encontramos una definición específica de la falta; ésta se define juntamente con el delito «delitos ó faltas militares las acciones y omisiones penadas por la ley» dice su art. 171. Y en el Código de la Marina de Guerra se dice igualmente «son delitos ó faltas las acciones y omisiones penadas por la ley y ejecutados con malicia» (art. 1.º), y en el artículo siguiente «los delitos ó faltas de que trata este Código pueden ser: 1.º Militares, 2.º Profesionales, 3.º Comunes». La ley de 3 de Septiembre de 1877 sobre contrabando y defraudación, al dividir las infracciones que contiene en delitos (delitos de contrabando, delitos de defraudación, delitos conexos) y faltas (de contrabando, de defraudación), señala un carácter especial de éstas que la cuantía del daño no exceda de una cantidad (arts. 11 y 12)

Así vemos, que tanto el derecho penal común, como el especial, determinan cuáles sean las características propias y peculiares de la falta.

Respecto de las faltas no puede presentarse el problema de la tentativa; «las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas», dice el Código, y añade: «se exceptúan las faltas frustradas contra las personas ó la propiedad» (art. 5.º del C. p.). De modo que en el momento del *iter criminis*, que se denomina tentativa, en sentido estricto, ningún género de faltas puede castigarse.

Son responsables criminalmente de las faltas, no sólo los autores sino también los cómplices; los encubridores no responden criminalmente de las faltas (art. 11 del C. p.). Los responsables criminalmente de una falta, también lo son civilmente (art. 18 del C. p.).

La reincidencia, ya sea propia (circunstancia 18 del art. 10 del C. p.) ya impropia (circunstancia 17 del art. 10 del C. p.), no se toma en consideración para agravar la pena que pueda recaer sobre los autores de falta, pues dichas circunstancias agravantes son en el Código extensivas sólo á los delitos. La circunstancia 17 del art. 10 dice: «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 aquélla señale pena menor»; y la 18 del mismo artículo: «Ser reincidente». Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito hubiere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código». Para nada se mencionan aquí las faltas, y la reincidencia sólo puede apreciarse en los delitos.

Las faltas se castigan con penas leves (art. 6.º del Código penal); por consiguiente, se castigarán con las de arresto menor y reclusión privada, y además con la multa (como pena común á todas las anteriores en la escala general de penas). Las primeras no figuran en las escalas graduales de penas (art. 92 del Código penal), por lo cual el castigo de las faltas no obedece á este sistema, se castigan con la pena determinada en el Código en su grado máximo, medio ó mínimo. La pena de multa, cuando se imponga por faltas, será siempre menor de 125 pesetas (art. 27 del Código penal).

El libro 3.º del Código está reservado á las faltas que se clasifican en: faltas de imprenta y contra el orden público, faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, faltas contra las personas y faltas contra la propiedad.

● A modo de resumen de las precedentes líneas diremos:



A) Entre las modernas nociones que han aparecido sobre el delito es digna de notarse la concepción de Garofalo. Para este autor el delito consiste en la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por una comunidad. Este es el *delito natural*. La violación de los sentimientos religiosos, del sentimiento patriótico, del pudor, no forman parte del cuadro de la criminalidad natural. Esta teoría, se ha dicho con razón, es inútil para el Derecho penal, pues sólo da la explicación de la criminalidad de una pequeña parte de los delitos contenidos en el Código. Además, los sentimientos del pudor, los religiosos, etcétera, que para Garofalo parecer tener un valor secundario, tienen tanta importancia social y tanto arraigo en el corazón humano como los sentimientos de piedad y de probidad.

Ferri ha definido el delito diciendo que es la acción determinada por motivos individuales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado. Esta definición es equivocada, pues es un error decir que el delito lesiona la moralidad media, pues ésta, como dice Manzini, representa todavía un *máximum* respecto á la delincuencia, mientras que el Derecho penal representa el *mínimum del mínimum ético* considerado como indispensable y suficiente para mantener el orden jurídico general en un determinado momento histórico en un pueblo dado.

En la definición, en una definición aceptable del delito, debe ponerse de relieve: 1.º, su contraposición á la ley del Estado; 2.º, que se trata de un hecho imputable á alguien; 3.º, que la pena es la consecuencia que sigue á su comisión. La definición de Liszt llena plenamente estas exigencias. El delito es, dice, «la acción culpable é ilegal contra la que se amenaza una pena». Esta noción contiene las siguientes características: a) El delito es siempre una acción humana; b) El delito es además una acción contraria al derecho, una acción que contraviene un mandato jurídico; c) El delito es una acción imputable á alguien, un acto intencional ó imprudente ejecutado por un individuo responsable.

En el derecho actual las legislaciones han seguido dos criterios en la clasificación del hecho punible. La mayor parte de las leyes penales distinguen tres clases de infracciones: *crímenes, delitos, contravenciones*. Otras legislaciones, menos numerosas, distinguen solamente *delitos y contravenciones*. La primera clasificación se ha denominado tripartita, ésta bipartita.

La clasificación tripartita, no obstante ser la más difundida en las legislaciones, tiene hoy pocos defensores. Se dice que la distinción entre crímenes y delitos no tiene razón de ser, pues la naturaleza del crimen y del delito son idénticas; aquí la única diferencia consiste en que el crimen aparece como una infracción de mayor gravedad y el delito como infracción de gravedad menor; de modo que lo que realmente los separa no es su naturaleza, sino su gravedad relativa. A pesar de esta crítica, suele reconocerse á la clasificación tripartita gran utilidad desde el punto de vista práctico por adaptarse muy bien á la organización de los Tribunales represivos.

La clasificación bipartita se considera como más racional y más científica.

Bajo la denominación de delito se comprenden hoy en las legislaciones, las infracciones inspiradas en una intención mala, las infracciones que violan los derechos individuales y colectivos, y cuyo carácter perjudicial y peligroso es reconocido en todos los países; las contra-



venciones, por el contrario, son hechos inocentes en sí, ejecutados con malicia, y castigados únicamente á título preventivo para evitar posibles daños individuales ó colectivos futuros.

Además de esta división legal de las infracciones hácese desde el punto de vista científico

Divídense, en primer lugar, en delitos políticos y de derecho común. Los primeros lesionan el orden político del Estado, sea externo (dependencia de la nación, integridad del territorio, relaciones del Estado con otros Estados), sea interno (forma de gobierno, organización y funcionamiento de los poderes políticos y de los derechos políticos de los ciudadanos, etc.).

Estos delitos se dividen en *políticos puros* y en *relativos*. Aquellos se proponen como único fin la destrucción, la alteración ó la perturbación del orden político de un país. Los segundos lesionan al mismo tiempo el derecho común y el orden político. Se les denomina *comunes* cuando un solo hecho delictuoso lesiona al mismo tiempo el orden político y el derecho común, cuando se trata de un delito de derecho común cometido con un fin político, como el asesinato del Jefe del Estado con el fin de destruir una forma de gobierno. Se llaman *relativos* cuando el delito de derecho común se ha cometido durante el curso de acontecimientos de carácter político y tiene con ellos cierta relación, como el robo de una armería por un grupo de rebeldes.

Desde el punto de vista de su ejecución material se han dividido los delitos en delitos de *acción* y de *omisión*. Los primeros consisten en un acto material y positivo que viola una prohibición legal, los segundos consisten en la abstención del agente cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado.

Se clasifican también los delitos atendiendo al número de actos que constituyen la infracción. Desde este punto de vista se consideran el delito producido por un solo acto, varios delitos originados por varios hechos, éste es el denominado *delito de hábito*, v. g., el promotor que favorece ó facilita habitualmente la prostitución de personas menores.

B) No todos los autores creen que sea justa la diferenciación que suele hacerse entre delitos y contravenciones; Ferri, Stübel y otros sostienen su injusticia. Lo mismo defiende el Sr. Dorado para que la única diferencia entre delito y contravención consiste, en que los primeros representan un peligro de cierta gravedad mientras que los segundos revelan un peligro menor.

Los que tratan de fundamentar la diferencia entre ambas infracciones y de probar cuán distinta es su naturaleza, sostienen que el delito destruye ó lesiona profundamente los bienes jurídicos ó los intereses de la sociedad, mientras que la contravención es una mera desobediencia, otros dicen que aquéllos ofenden las condiciones fundamentales y permanentes de la existencia y de la convivencia social y éstas sólo se oponen á las condiciones secundarias y contingentes de la vida social. Otros, por último, como Manzini, creyendo no es posible obtener un concepto exacto de la contravención de las especulaciones filosóficas ó sociológicas acuden al examen del derecho positivo; de éste deduce que «las contravenciones en relación á los delitos son aquellas infracciones que tienen por objeto la protección de condiciones indispensables á las energías útiles que se desarrollan en el seno de la sociedad ó que tienen íntima conexión con la organización tributaria del Estado y que tienden á la represión de la conducta individual contraria solamente á estas condiciones, principalmente



considerada en relación á la vida social, más bien que en relación á la moralidad personal del agente».

C) El art. 1.º del Código penal define el hecho punible, diciendo: «son delitos ó faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley». Descomponiendo esta definición, veremos que para que exista el hecho punible, es preciso: 1.º, una acción ú omisión; 2.º, que esta acción ú omisión sea voluntaria; 3.º, que dicha acción ú omisión se halle penada por la ley.

Sobre la significación de los términos *acción* y *omisión*, no es preciso insistir, como tampoco han insistido los comentadores del Código, pues el sentido de estas palabras es de todos conocido. Esta acción ó omisión ha de ser voluntaria; aquí ya se presenta una seria dificultad: ¿qué explicación ha de darse á esta palabra voluntaria? ¿Qué entiende el Código por voluntario? Según la opinión del Sr. Silvela, que á mí me parece muy racional, dicho término se refiere solamente á los hechos ejecutados con malicia, con dolo; por consiguiente, la definición del art. 1.º del Código penal sólo comprende una parte de las infracciones, las dolosas ó maliciosas; el concepto de las infracciones ejecutadas, no dolosamente, sino con negligencia ó imprudencia, hay que buscarlo en el art. 581, siendo, por tanto preciso unir y completar estos conceptos uno con el otro, el del art. 1.º con el del art. 581, para llegar á la formación de uno más completo y acabado.

En cuanto al tercer carácter de la infracción penal, que la acción ó la omisión se halle penada por la ley, fácilmente se hecha de ver, porque se ha dicho en páginas anteriores, que éste no es más que una manifestación del principio de la legalidad en el orden penal que domina en todas las legislaciones.

La primera clasificación que nuestro Código penal hace de los hechos punibles, es en *delitos graves*, *delitos menos graves* y *faltas*. «Se reputan delitos graves, los que la ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean afflictivas; menos graves, los que la ley reprime con penas que en su grado máximo sean correccionales, y faltas, las infracciones á que la ley señala penas leves». También podría hacerse en nuestro Código, aun cuando no haya sido hecha por el legislador, una clasificación en delitos de *acción* y de *omisión*. Casi todos los previstos y penados en el Código pertenecen á la primera categoría; los de omisión son muy poco numerosos. Por último, podría también dividirse los delitos en públicos y en privados; mientras aquellos pueden perseguirse de oficio, éstos no pueden denunciarse sino á instancia de las personas que la ley determina.

D) En nuestro Código penal la falta lo mismo que el delito es acción ú omisión voluntaria penada por la ley; el principal rasgo característico de las faltas es que éstas, según declara la ley penal, se castigan con penas leves; «son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves».

Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, pero las frustradas contra las personas y contra la propiedad también se penalizan. Responden criminal y civilmente de estas infracciones sólo los autores y los cómplices. En las faltas no cabe apreciar ningún género de reincidencia, pues ésta sólo se refiere á los delitos. Se castigan sólo con penas leves; por consiguiente, con el arresto menor y la reprensión privada; además con la multa (como pena que es común á sus anteriores en la escala general de penas). Como las dos primeras no están comprendidas en las escalas graduales, por lo cual el castigo de las faltas no obedece á este sistema, se les impone la pena determinada en



el Código en su grado máximo, medio ó mínimo. La pena de multa cuando se aplique por estas infracciones, será siempre menor de diez pesetas.

El libro tercero del Código está reservado á las faltas, que se clasifican en: faltas de imprenta y contra el orden público, faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, faltas contra las personas y faltas contra la propiedad.



## CAPÍTULO II

### Del mal objetivo ó del criterio de ilegitimidad intrínseca del delito (1).

«Toda infracción del orden divino es un pecado: cuando esta infracción se comete en perjuicio de nuestros semejantes en la llama delito.»

Franklin.

§ 40. La primera indagación que se presenta como necesaria en la teoría general del delito, es la de formar un criterio objetivo, en virtud del cual una acción humana pueda llamarse delito. Un criterio indubitable para la práctica, es el comprendido en aquel aforismo: *nullum crimen sine lege*, el cual puede traducirse en el principio de que para ver según el Derecho positivo si hay ó no delincuencia en una acción, bastará saber si la ley la ha considerado como hecho criminoso; y el indicio ciertísimo para que en las necesidades de la práctica no predomine el arbitrio legislativo, se halla en la manifestación á esto relativa que proviene de la ley misma, esto es, en la pena. Así es que cuando un acto está mandado ó prohibido por la ley bajo la amenaza de una pena para los que la violan, sea realizando lo vedado, sea omitiendo lo mandado, aquel hecho de acción ú omisión constituye precisamente el delito según la ley. Pero como esto pudiera parecer una reproducción de la teoría de Bentham, de que la ley crea el delito porque imprime la nota de delincuencia á una acción dada, es necesario penetrar en un criterio intrínseco, que debe guiar al legislador mismo, para determinar si un hecho humano puede por su mandato ser consi-

(1) Boendermayer: «De natura et indole delicti civilis», Tráj. ad Rh. 1735. — Gratano: «De jure ac injuria», Gron. 1808. — Halschner: «La doctrina de lo injusto y sus varias formas» (alem.), en el Gerichtssaal, 1861. — Sentellos: «Diss. de delictis putativis», Berolini 1848.



derado y penado como delito. La investigación de este criterio trínseco nos lleva á establecer la doctrina de la *delincuencia* de acción de un modo puramente científico.

§ 41. Rossi, al determinar y apreciar el mal propio del delito lo considera como un mal *mixto*, que se compone en diversas porciones, de mal moral y mal físico ó material. Y analizando la mixtión halla en el delito tres elementos: un mal moral, que es la violación de *nuestros deberes*; un mal material, que es el evento dañoso sufrido por aquel ser jurídico sobre quien recae el delito; por último, un mal social, que varía según la diversa condición de los Estados ó según los grados de civilización de una misma sociedad. Esta teoría sólo es adecuada en el sentido de que estos males no son tres elementos de cuya mezcla se derive como último resultado el mal jurídico ó delito, sino que más bien son tres aspectos subordinados de un solo y mismo mal. Lo que hace que una acción sea delito, es su contradicción con el Derecho, el cual por sí mismo, es una de las formas en que el bien se revela. El Derecho es una entidad constituida por una mezcla de deberes morales e intereses materiales, siendo preciso que por un lado se nieguen dichos deberes y por otro se lesionen aquellos intereses, para que el Derecho resulte negado, sino que el orden jurídico es en su misma unidad coordinadora, vínculo armónico de todos los intereses. La perturbación de aquella armonía de los intereses humanos que forman la esencia del Derecho, constituye también la esencia propia de la negación del Derecho, esto es, la esencia propia del delito en cuanto éste infringe el Derecho en alguno de sus preceptos, lleva consigo una ofensa á la ley de moralidad que gobierna la intención humana, y es al mismo tiempo una perturbación material llevada á la existencia ó á la actividad de los seres jurídicos. Este doble aspecto de mal moral y mal material, está sometido también á la condición de variabilidad según las diversas sociedades ó los varios grados de civilización en que el delito aparece. Pero el mal del delito tiene ya una entidad propia, que nace de la contradicción entre él y el orden jurídico, ó por mejor decir, entre la actividad libre y la ley del Derecho, que es la misma ley moral frente á la libertad humana. De aquí se deduce que el objeto contra el cual va el delito, nunca es la pura ley de moralidad de las intenciones, ni el puro interés material (existencia, propiedad, etc.), sino que aquello de que el delito se presenta como negación, es el Derecho mismo; la esencia objetiva del delito está, pues, en la rebelión de



la actividad humana contra la santidad del Derecho, violando sus preceptos (1). Por eso deben eliminarse todas aquellas determinaciones absurdas á que podría llevar la exageración que nace de considerar como elementos integrantes, como partes necesarias del mal del delito, los aspectos secundarios de dicho mal. La violación de los deberes de moralidad pura, la infracción moral, no debe confundirse con la infracción jurídica; los pecados religiosos nunca pueden considerarse por sí mismos como pecados jurídicos. Por consiguiente, la primera condición esencial para que una acción sea punible, es que el objeto de la violación sea, no la Moral, ni la Religión, ni cualquier otro interés moral ó material de la humanidad, sino el Derecho en alguno de los principios que el mismo consagra.

§ 42. Pero el Derecho se va concretando en la ley, y ésta es precisamente la llamada á ser la expresión impersonal del Derecho, su reproducción objetiva en la conciencia de todos, como fuerza resultante de las varias conciencias individuales; y por eso, el dictado jurídico, cuya infracción imprime en la acción humana la nota de delincuencia, debe ser reconocido por la ley positiva. No es esto decir que una cosa sea la violación de la ley y otra la violación del Derecho; la ley es, como hemos dicho anteriormente, la expresión del Derecho y forma necesaria de su aparición en la vida, y si contiene imperfecciones ó defectos en el modo de expresarlo, el principio de la vida social manda que la ley se mejore substituyéndose á los errores del pasado alguna institución, pero siendo observada la ley antigua hasta que aparezca la ley nueva reformadora. No basta, por lo tanto, decir que el Derecho ha sido violado para que se dé el delito, sino que es preciso que haya sido violado en uno de aquellos preceptos que la ley reconoce y sanciona: por consiguiente, no puede haber delincuencia legal en un hecho que únicamente infringe el Derecho racional; la delincuencia existe sólo en aquellas acciones que conculcan una ley positiva. Cuando se presente una obligación meramente natural, no reco-

---

(1) No es adecuado el concepto de Berner de que el *un recht* sea una forma del *un ethisch*, esto es que lo injusto sea una forma de lo inmoral. La negación de la justicia en el fuero interno de la conciencia es una forma ó especie de inmoralidad; pero lo injusto en su esfera propia, esto es, en la esfera de la actividad, lo injusto objetivamente considerado, es negación de la *ley moral*, y no de la moralidad subjetiva, sino del Derecho como parte de la ley moral.



nocida ante la ley civil, si se viola, faltará una condición esencial para la existencia del delito.

§ 43. Finalmente, es preciso que la ley positiva tenga frente á sí un hecho que la infrinja, esto es, una acción que no sólo se oponga á ella, sino que lo haga imposibilitando la realización positiva de su precepto. Si la ley conserva su fuerza obligatoria y que el hombre sólo la ha opuesto una mera resistencia, no se encuentra nunca en el campo de la delincuencia legal, y mucho menos cuando se invocan aquellos principios que el Derecho mismo ha afirmado para regular las varias relaciones de los hombres entre sí y el modo de hacer valer la legitimidad de sus propias pretensiones. Pero si por el contrario, la acción humana, al ser opuesta á la ley hace imposible su realización, aparece la necesidad de reparar el Derecho violado, porque se ha quebrantado el orden público al infringirse la ley con un hecho que ya no puede deshacerse. Así, por ejemplo, el matar á otro, á pesar de la prohibición de atentarse á la vida de nuestros semejantes, coloca frente al Derecho, que repudia el respeto á la existencia humana, un *factum* que *injuria fieri nequit*, y que niega precisamente la *inviolabilidad* de la ley. El acreedor que después de haber sido pagado, reclama judicialmente lo que ya se le había entregado y lo obtiene sin controversia, no infringe el Derecho; si pierde el juicio por él intentado, resarcirá los daños provenientes de su injusta pretensión, ó en caso de evasión de lo injusto, estará obligado á la restitución; en ambos casos el Derecho conserva ileso su imperio y la fuerza suficiente para hacer respetar y cumplir sus propios principios. Pero si el acreedor antes de satisfacer usa la violencia para obtener lo que se le debe, comete un delito, porque no podía emplear la fuerza, sino que debía recurrir á la Autoridad judicial; y si usando algún artificio llega á mostrarse en posesión de aquel documento que había devuelto por haberle sido pagado, es reo de fraude en daño de otro. Así también, el deudor que demandado en juicio, niega la deuda, ó que condenado al pago no cumple la sentencia, no comete delito, pues en el primer caso corresponde al actor la prueba, y el Derecho no está violado por el que invoca este principio jurídico, y en el segundo el Derecho conserva su autoridad para proceder al cumplimiento forzoso por medio del embargo; pero si el deudor se opone con violencia al ejecutor de la sentencia ó falsea un título de liberación de la deuda para no pagar lo que debe, en estos casos



aparece precisamente el delito. Esta distinción es de suprema importancia para separar aquella especie de injusticia que se llama meramente civil, de la injusticia punible, esto es, de aquella injusticia que no es una mera resistencia á los preceptos jurídicos, sino una conculcación de los mismos y negación permanente del imperio del Derecho sobre la actividad humana (1).

§ 44. De todo lo dicho se deduce que para darse legalmente la delincuencia en una acción determinada, es preciso que á pesar del mandato de la ley positiva, se haya obrado contra ella con un hecho que haga imposible la observancia de dicha ley (*legem frangere*). Sólo porque no exista controversia sobre la averiguación de estas condiciones y no se haga depender del arbitrio humano la punibilidad de otro hombre, la ley debe reservarse la determinación de las notas de delincuencia de un acto; y por eso el criterio extrínseco de esta determinación, está precisamente en que el legislador ha señalado en la ley penal un castigo para el transgresor. La falta de una de estas condiciones de delincuencia legal determina la imposibilidad de que exista *materia punible*, haciendo que un hecho dado no constituya delito. Por lo tanto, siendo la inviolabilidad de la ley el principio de que deriva la nota de delincuencia de los hechos humanos, surgen de esta afirmación otras tres que necesitan un desenvolvimiento ulterior.

a) La incriminación de las acciones no puede depender del arbitrio de los particulares aunque se hallen ofendidos, esto es, no puede depender de su consentimiento ó disentimiento.

b) La incriminación de las acciones no puede desaparecer por ninguna condición de rigor penal en que se encuentre el que es víctima de aquella acción.

c) Las acciones mandadas ó permitidas por la ley no pueden constituir materia de delito.

§ 45. I. El delito subsiste ante la ley como una violación del Derecho; y como la esencia inmutable del Derecho, superior á to-

---

(1) Una monografía publicada en Alemania por *Adolfo Merkel*, «sobre la doctrina de las divisiones fundamentales de lo injusto y de sus consecuencias jurídicas» (Leips. 1887), desenvuelve ampliamente con una exposición histórico-crítica las varias teorías establecidas para la distinción entre la injusticia, que produce como única consecuencia la reparación civil, y aquella otra que además de esta reparación, necesita de la pena para que desaparezca. Esta obra es más importante en su aspecto, crítico que en el de la construcción de una teoría adecuada, como lo ha demostrado en un profundo juicio crítico *Halschner* en el *Gerichtssaal*, año 1889, p. 11, 81.



das las manifestaciones de la libertad no puede transformarse en voluntad individual, la voluntad del ofendido nunca afecta la intrínseca maldad de una acción. Sin embargo, es preciso hacer una distinción. Hay derechos que tienen su raíz en un acto de nuestra libertad individual, y son aquellos que se refieren a las manifestaciones de nuestra propia actividad, que no están en oposición con los preceptos jurídicos. Por el contrario, hay otros derechos que tienen su fundamento en nuestra personalidad, de los cuales no podemos prescindir. Para aquellos hechos que lesionan los derechos inalienables, cualesquiera que sean las determinaciones de la voluntad del ofendido, su lesión constituye infracción jurídica; pero para los otros, en caso de consentimiento del ofendido desaparece la punibilidad de los mismos; sólo para éstos, aunque existe un delito en su violación, el consentimiento del ofendido quita la nota de delincuencia, pues los delitos contra los derechos alienables en tanto son delitos en cuanto son hechos que se cometen contra la voluntad del ofendido, así es que cuando concurren en su voluntad, no pueden ser delitos, porque no son lesiones a la libre actividad del hombre. Con esto se relaciona el principio romano: *Volenti non fit injuria* (1); y efectivamente, el Derecho romano no aplicaba este principio (2), pero sostenía que el incendio, por el peligro general, la usura, el adulterio y la bigamia debían castigarse, no obstante el consentimiento de los ofendidos (3), empleando el mismo criterio con el delito de castración (4). Estos principios se perpetuaron en la Edad Media, cuando predominaba el sistema de la *compositio*, pero fueron restablecidos en tiempo de los intérpretes. En las leyes vigentes, el disenso del ofendido se presenta como necesario sólo en algunos hechos contra la libre actividad humana, conservándose el sano principio de que el delito por regla general subsiste aun cuando voluntariamente el ofendido haya consentido en su lesión antes de realizarse ésta.

§ 46. II. La individualidad humana, por mucho que con su conducta se aparte del Derecho, no puede borrar de sí el sello divino de la personalidad jurídica, ya que el Derecho como universal y absoluto, es una esfera que abraza á todos los seres morales.

(1) L. 1, § 5, D. de injur.—Cf. cap. 27 D. reg. jur. in VI. Véase *De Goveo*. «*De eo an i juria volenti facta poenis sit coercenda*». Gron 1825.

(2) L. 145, 203, D. de reg. jur.

(3) L. 2, § 4, 5, D. ad L. Jul. de adult.

(4) L. 4, § 2, 1. 8, D. ad L. Corn. de Sic.—L. 38, § 5; 1. 39, De penis.



quieran ó no ellos mismos. Por eso nos parece imposible concebir un hombre fuera del Derecho, un hombre en una condición *extra-jurídica*, ya porque él trate de ponerse en tal estado, ya porque otros quieran reducirle á semejante situación, y puesto que la ley es la autorizada expresión del Derecho, una condición del hombre absolutamente *ex lege*, debe ser considerada como una violación del Derecho, aunque sea preciso admitir el empleo de la fuerza material por parte de la potestad pública para volver al hombre á la soberanía del Derecho. La muerte impune de los proscritos no puede elevarse á institución jurídica.

En el Derecho romano quedaba impune la violación de los derechos de un hombre que legalmente hubiere sido declarado *hostis publicus*, privado de derecho como ciudadano y como hombre. En los primitivos tiempos de Roma la *sacratio capitis* hacía que el hombre, considerado por razón de sus delitos sacrificado ante los dioses, pudiera ser matado impunemente por cualquiera (*jure caesum videri*): á la *sacratio capitis*, sucede la *aquae et ignis interdictio*, pena de índole política, pudiendo también el condenado á ella ser matado por cualquiera (1). Los *transfugae* y *desertores* fueron considerados como enemigos del Estado, y cualquiera podía matarles si el Estado no se encargaba de castigarles (2), y aun los *proscripti* eran considerados como enemigos de la patria, y en la *L. Cornelia de Sicariis* se exceptuó de castigo la muerte dada á los mismos (3).

De igual modo en el Derecho germánico la condición de la *foida* (4) nacía precisamente de la pérdida de la paz, y la institución de los *eslegi* y *proscripti* se perpetuó bajo la forma de los *out-law* y de los *banniti*. Quizá con este doble origen se explica la durísima condición en que el Derecho eclesiástico coloca á los que estaban proscritos de la comunión de la Iglesia (*excommunicati*). Las antiguas leyes italianas eran también severísimas en este punto. Federico II, declarando irrevocables las sentencias

(1) *Dion. Cass.* XXXVIII, 17. *Quintil Decl.* 351.

(2) *L. 3, § 6, ad L. Corn. de Sic.* - I. 12, C. quando liceat.

(3) *Cic. Verr. I* 47. - *Suet. Caesar.* II.

(4) La *foida* ó *fehde*, de que nos hablan las más antiguas leyes germanas, consistía en la guerra privada sostenida contra el criminal para vengar las ofensas que hubiera inferido. La frase *foidum portet* expresa esta venganza ilimitada, que corresponde á la primitiva organización social, en que no había idea alguna de la existencia de un poder público, esto es, de la autoridad superior del Estado. - (N. T.)



en rebeldía de pena capital, no sólo permitía á cualquier ciudadano matar al *forgiudicato* (*foro judicatus*), sino que excitaba á hacerlo con la promesa de recompensas (1); y los Virreyes para tirar á los bandidos, armaron compañías prometiendo el indulto de los culpables de cada una, lo cual se llamó *guidatico*, y considerando como *forgiudicati* ó bandidos á los que en el plazo de diez días después de la citación no comparecían, se permitía quitarles la vida.

Pero este rigor debía ceder ante principios muy diversos. La condición *extrajurídica* para algunos hombres, se concibe en el Derecho romano, pues que siendo allí la *persona* ó capacidad jurídica creación de la ley, al negar la ley puede ser causa de que la personalidad pierda su fundamento. También se concibe la existencia de la condición *extrajurídica* en el Derecho germano, donde la sociedad es pacto de seguridad entre los individuos, y el respeto al Derecho de los demás está fundado en el principio de la reciprocidad. El Derecho en sí, no puede arrojar de su seno á los hombres, y aunque la ley deba ser severa contra algunos delincuentes, siempre será una forma del Derecho relativamente á los mismos. Así, con la reforma penal del siglo XVIII, empezó á dejar de excluirse de la comunión jurídica á los delincuentes, Leopoldo de Toscana derogó las leyes antiguas sobre la expulsión jurídica de los criminales, y el Rey Fernando de Italia, en su Ordenanza de 1789 sobre los delitos y las penas de los militares, aplicó á esta clase de personas el mismo principio (2), que se extendió á los sanos por la *Regia Camera*. En la ley penal de 1808 se reprodujo en parte la severidad de las Constituciones de Federico, y si bien se afirma en principio la revocabilidad del juicio en rebeldía, introducida por Leopoldo de Toscana, sin embargo, el condenado rebelde fué puesto fuera de la protección de la ley; pero el decreto de 27 de Octubre de 1811 abolió esta institución. En 1819 se volvió á la rigidez de la ley de 1808, hasta que por fin, en virtud del decreto de 3 de Junio de 1834, se volvió por los fueros de la justicia suprimiendo la condición *extrajurídica*. En el Derecho vigente ha desaparecido la declaración de *publicus hostis*; la protección de la ley se extiende igualmente sobre todos, no subsistiendo ya aquella monstruosa institución por la que un individuo era pue-

(1) Constit. *Panas eorum*.

(2) Parte I, c. 13—41, 420.



fuera de la ley, y por la que podía impunemente ser matado ó empujarse contra él armas.

§ 47. III. Es indudable que no hay derecho contra el Derecho, y por eso, desde el momento en que un acto ha sido querido por el Derecho, esto es, consentido ó mandado por él, no puede constituir una negación del Derecho. De aquí se deducen dos consecuencias:

A) En primer lugar, la ilegitimidad ó delincuencia de la acción no se halla en la lesión ocasionada á los intereses de un tercero, ya que los intereses humanos son la materia sobre la que se imprime el Derecho, pero no son el derecho mismo. El acreedor que para la conservación de su crédito procede á un embargo de la propiedad mueble de su deudor; el que en caso de mora exige además de la suma debida los intereses de la misma, ciertamente que ocasiona un daño material en el patrimonio de su deudor, el cual se encontraría en mejor situación si no se hubiera decretado contra él el embargo, ó si se le concediera remisión en los intereses debidos. Pero una cosa es el daño material y otra el daño jurídico: daño, propiamente, no puede llamarse más que la *ilegitima disminución* de las facultades de otro, esto es, aquella disminución que no se funda sobre un precepto jurídico; de modo que no delinque el que lesionando los intereses y las pretensiones de una persona, hace algo á que tenía derecho ó se aprovecha de medios consentidos por la ley. Sabiamente decía el jurisconsulto Gayo: *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (1), y Paulo: *nemo damnum facit nisi qui dolo facit quod facere jus non habet* (2), sentencias en la que la palabra *damnum* se dirige á designar el daño jurídicamente considerado, y la locución *dolo facere* se refiere precisamente al caso del *delin-*  
*quere*.

B) En segundo lugar, cuando se trata de obedecer los principios mismos de la ley, no puede haber delito en la acción humana. *Juris executio non habet injuriam* (3). Por eso, cuando el hombre se halla revestido ó de la facultad de aplicar la ley á los hechos (*jus dicere*), ó del poder de cumplir la ley y se obedece á la misma, no

(1) L. 55, D. de reg. jur. — *Quod legitime factum est nullam poenam meretur*, I. 4, C. ad L. J. de ad.

(2) L. 161, D. de reg. jur.

(3) L. 15, § 1, D. de injuriis. — *Qui jussu judicis aliquid facit non videtur dolo facere, quia parere necesse habet*, L. 167, § 1, D. de reg. juris. — Cf. Strychii: «De officii necessitate». Francf. 1684.



puede haber delito: la ejecución de la ley y de los juicios exenta de toda delincuencia. Lo que presenta dificultades en materia es el vínculo jerárquico del poder ejecutivo del Estado, se halla fundado sobre la obediencia de los inferiores hacia el superior. Por un lado, la unidad de acción exige que el inferior cumpla los mandatos del superior, ya que obedece la ley el que obedece órdenes de un superior jerárquico, y esto debe establecerlo la misma ley como mandato especial; pero por otra parte, es imposible construir por completo la conciencia en el hombre, y el principio de obediencia no debe convertirse en una pasividad absoluta *irrationale obsequium*. El hombre, aunque debe ser sometido al mandato, no puede nunca llegar á ser una máquina, y por consiguiente, estando obligado á obedecer á sus superiores, tiene que obedecer también á la misma ley, que está por encima de ellos. En el caso en que la conciencia le haga ver oposición entre el mandato del superior y el de la ley, debe siempre anteponer ésta á aquél; de modo que el único principio de justificación que quita carácter de delito á una acción, está en la ley. Para conocer, por cuál sea la eficacia del mandato y el de la obediencia en aquellos hechos que á pesar de ser mandados por la ley, son contrarios á la misma, claro es que será preciso distinguir la acción en sí, de la acción con relación al que la cumple. La acción en sí, si es una violación de la ley, viene á constituir delito, no pudiendo cambiar su naturaleza el mandato de un superior que lo ordena; pero hay que ver esta acción relativamente al que la realizó, en cuyo caso es preciso examinar sobre quién cae la responsabilidad jurídica de esta acción, y de esto hablaremos más adelante.

La legislación vigente, en el art. 49, al hablar de la imputabilidad y de las causas que la excluyen ó disminuyen, afirma el principio de la superioridad de la ley y de la irresponsabilidad por causa de obediencia debida. «No es responsable, dice, aquel que ha cometido el hecho: 1.º, por disposición de la ley, ó por orden que estaba obligado á cumplir, de la Autoridad competente. Comprende, pues, este número, dos casos: 1.º Que la ley mande realizar algún hecho; en este caso, el hecho realizado nunca puede constituir delito ni *subjetiva ni objetivamente*, esto es, ni considerado en sí mismo, ni con relación á persona alguna, porque siendo el Derecho uno en su esencia, no puede darse derecho contra derecho. La pena señalada por la ley y aplicada por el Tribunal á un delito determinado, la expropiación por causa de utilidad pública,



muerte, heridas ó captura en estado de guerra (1), son hechos que la ley manda, y que aun cuando perjudican á los particulares, no constituyen delito alguno. En cuanto al segundo caso comprendido en el núm. 1.º de este art. 49, como está relacionado con la impunidad, porque supone la existencia de un delito del que no es responsable su autor material cuando concurren algunos requisitos que la misma ley determina, hablaremos de él al estudiar la fuerza mayor como negación del dolo.

Las anotaciones puestas al capítulo anterior, son en mucha parte aplicables al presente, y deben recordarse. Aunque no hemos de reproducirlas, las amplificaremos en la medida necesaria aquí, rectificando algunas de las afirmaciones del autor, que no se compadecen por entero con nuestro criterio y que consideramos á las veces vacilantes, y que no contradictorias.

Conformes con Pessina en que es condición esencial del delito la violación del Derecho en cualquiera de sus dictados, no podemos esquivar en que tal violación haya de presentar necesaria y conjuntamente la ofensa á la ley de moralidad de un lado, y de otro, una perturbación material; ni tampoco con que la acción que es materia del delito, no sólo se contraponga conscientemente al Derecho, sino que haya de hacer imposible la actuación positiva de sus preceptos. Según lo primero, el autor viene á otorgar un valor, harto contradictorio ya, á la doctrina de Rossi del *mal mixto*, y al conceder á la perturbación material ese valor sustantivo, pone, á nuestro juicio, en olvido la propia naturaleza del Derecho, que, como orden ético y norma de la libertad, sólo se quebranta por actos de la voluntad libre; de tal suerte, que la pura negación de que antes hablamos constituye siempre el hecho criminal. Dentro de tal doctrina, no sólo queda fuera toda perturbación posible en la esfera inmanente de la vida jurídica, sino que faltaría para justificar la penalidad impuesta de continuo en las leyes á muchos actos. He aquí de nuevo confirmada aquella opinión, ya emitida, de que reducir al campo del Derecho el de acción del delito, nada significa ni puntualiza si no se parte de una clara noción del Derecho mismo.

Respecto al segundo de aquellos extremos, confesamos que no se hace inteligible y satisfactoria la doctrina de que no basta oponerse con perversa voluntad al Derecho para ser criminal, sino que es preciso hacer imposible su actuación. Véanse los ejemplos que el autor aduce, y se observará que confunde de modo sensible lo que llama la injusticia civil y la injusticia punible, ó sea la perturbación civil y la penal. En la primera no puede haber otra cosa que un desconocimiento ó duda, no del Derecho, sino de su aplicación debida á un caso concreto; no se niega el Derecho, sólo se niega una exigencia determinada, partiendo siempre del supuesto de la buena fe en el que esto ha. El que salva este límite, el que con conciencia de la injusticia se opone á la prestación correspondiente, siquiera elija procedimientos

(1) *Miles, quum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla civitatis suae lege reus est homicidii; immo, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque deserti; can. 13, caus. 43, qu. 5.*



que en la apariencia se ajustan al orden, es un delincuente. ¿Puede decirse que no quebranta el Derecho aquel que pide, á su vez, lo que ya se le ha satisfecho? Si consigue su deseo, ¿no habrá pojado á su víctima de una parte de sus bienes, contra toda razón de justicia, y no será semejante al ladrón que emplee cualquiera otro medio para realizar el despojo? La ley que ampara la propiedad, ¿no habrá sido quebrantada y no se habrá hecho imposible su actuación? O no se nos alcanza lo que esta última frase significa, ó es indudable que en el caso, v. gr., de una tentativa de hurto ó de homicidio, la imposibilidad de actuación es mucho menos real que en el caso citado.

En cuanto á que el criterio extrínseco para la determinación del delito legal, estriba en que el legislador haya fulminado en una ley penal una punición para el transgresor de un mandato determinado, nada añadiremos después de lo escrito en el capítulo anterior, sino que no concedamos hoy toda la importancia que antes se concedía al carácter taxativo y restrictivo de las leyes penales; pero en el deservimiento que luego ofrece el autor, juzgamos ocasionada á error la distinción de los derechos en alienables é inalienables y el respectivo influjo de la voluntad del ofendido (punto este último que con relación al homicidio-suicidio y dentro de las teorías de la escuela, como no Ferri con singular desenfado y no escasa sutileza); todo lo cual mismo que lo tocante á la condición *extrajurídica* de ciertos delictos, halla en la historia su explicación, aunque no cabe en el análisis dialéctico de la doctrina jurídica por nosotros profesada y á que con frecuencia se inclina el autor.

Finalmente, la declaración de que no puede ser nunca criminal una acción ordenada ó permitida por la ley, es tan obvia tratándose del delito legal, que apenas era necesaria; y en la parte que puede referirse al problema de la obediencia jerárquica, ocasión ha de presentarse más oportuna de resolverle con la amplitud y fijeza apetecibles. Como, no obstante (y esto va implícito en las manifestaciones ya consignadas al tratar de lo que el derecho es y lo que el delito abraza) que no penable con la pena forense, puede una acción ser criminalísima que aparezca consentida ú ordenada por una ley escrita, sin lo cual se comprendería el cambio que se opera, á través de los tiempos, en el alcance de la función punitiva encomendada al Estado oficial.

● La afirmación que Pessina hace relativa al principio de que «la incriminación de las acciones no puede depender del arbitrio de los particulares aunque se hallen ofendidos», está íntimamente relacionada con la cuestión de los delitos perseguibles á instancia privada.

El principio predominante en el derecho penal es que la acción pública persecución del delito es una acción pública. Como el delito interesa principalmente el interés público, los delitos son perseguibles mediante la acción pública. Sin embargo, por excepción extensiva solamente algunos delitos puede intervenir el perdón privado.

La razón de la existencia de este género de delitos perseguibles á instancia de parte hay que buscarla principalmente en que en determinados casos la persecución penal causaría al ofendido ó á su familia un perjuicio mucho mayor que el causado por el delito, ó á la sociedad perturbaciones más graves que las derivadas del mismo delito. Entonces, dice Lucchini, combinando estas consideraciones con las de la leve entidad del delito y de su índole completamente íntima y doméstica, parece equitativo, oportuno y políticamente justificado que la



persecución de algunos delitos... quede subordinada á la demanda del ofendido, juez competente de aquella equidad y oportunidad, para que se proceda» (1).

Estas consideraciones son combatidas especialmente por la escuela positiva italiana. Uno de sus jefes, Garofalo, dice que de esta forma un simple ciudadano ofendido se convierte en árbitro de la función social de la represión, él es quien puede juzgar si conviene ó no conviene hacer sufrir una pena al violador de una ley social. El es quien ha de decidir si, para la seguridad social, debe encerrarse al delincuente ó dejarle libre. Parece más bien que se ha retrocedido á aquellos tiempos en que la pena no era sino la venganza del ofendido ó de la familia. Los «delitos privados» no tienen sentido tratándose de los delitos que este autor llama *naturales*; tratándose de ellos, medie ó no querella del ofendido, la sociedad no puede cruzarse de brazos cuando tenga noticias del delito (2).

El punto de vista de Garofalo es demasiado exclusivo; para él, el único criterio que debe guiar siempre la represión penal es la *temibilidad* del delincuente, sin tener presente que la función penal se ejerce también en atención á consideraciones de carácter social. Sin embargo, tales censuras son muy justas si se dirigen á algunos códigos penales que aplican esta excepción á numerosos delitos, como el Código penal alemán.

Nuestro Código penal, al enumerar las causas por la que se extingue la responsabilidad penal, dice que dicha extinción tiene lugar «por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos que no puedan dar lugar á procedimiento de oficio» (art. 132, núm. 5.º, del C. p.).

Pero dicha extinción de la responsabilidad por perdón del ofendido tiene lugar en muy pocos delitos, pues en nuestro derecho positivo, como en el de todos los países, la inmensa mayoría de los delitos son perseguibles de oficio y no son susceptibles, por consiguiente, de tal perdón.

Según nuestro Código, son solamente perseguibles á instancia de parte en los delitos de adulterio, estupro, de violación, de rapto con miras deshonestas y en los de injuria y calumnia.

Respecto del delito de adulterio, el Código dispone que no se impondrá pena sino en virtud de querella del marido agraviado, el cual tendrá que deducirla contra la mujer y su cómplice, si ambos vivieren, y nunca podrá hacerlo si hubiese consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos. El marido puede remitir la pena á su consorte cuando lo estime conveniente, pero entonces también se tendrá por remitida la pena al adúltero (arts. 449 y 450 del C. p.). Tampoco puede perseguirse al marido que tuviere mancha dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, sino por querella de la esposa ultrajada, la cual está también facultada por la ley para remitir la pena impuesta á su consorte (art. 452 del C. p.). En las causas de estupro no puede procederse sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, abuelos ó tutor. Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia. Si la persona agraviada careciere, por su edad ó estado moral,

(1) Cit. por Mancini, ob. cit., p. 345.

(2) Garofalo, *La Criminología*, trad. esp., 2ª ed. española, p. 445 y sigs.



de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor o curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico o Fiscal por fama pública. En todos los casos enunciados el perdón no es prescrito sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor (artículo 482 del C. p.).

También se persiguen solamente á instancia de parte los delitos de injuria y calumnia. Nadie, dice el Código, será penado por calumnia ó injuria, sino á querrela de la parte ofendida (art. 482). Sin embargo cabe procedimiento de oficio cuando la ofensa se dirija contra la Autoridad pública, Corporaciones ó clases determinadas del Estado, cuando la calumnia ó injuria constituya el delito de desacato á la Autoridad; cuando la injuria ó la calumnia se dirija contra los Soberanos ó Príncipes de naciones amigas ó aliadas, agentes diplomáticos de las mismas y extranjeros con carácter público, según lo dispuesto en los tratados, para proceder contra el reo ó reos ha de preceder autorización especial del Gobierno (art. 482, C. p.).

● En nuestro derecho penal positivo, como en el de ningún estado culto, no puede hoy concebirse á ningún hombre fuera del derecho, ni cabe ni pensar que un delincuente, por horribles que sean sus crímenes, quede excluido de la protección legal y expuesto á todo género de ataques y vejaciones.

No sucedía lo mismo en nuestra antigua legislación, en la que faltan leyes en las que se declara excluidos de la comunidad jurídica á ciertos criminales, que se abandonan en el más estricto sentido á la venganza de los particulares. En el Fuero Viejo de Castilla se pone á algunos individuos fuera de la ley. «Esto es Fuero de Castilla. Que si alguno es juzgado por malfetría que fizo, que es por ello encondado (contumaz) debe ser pregonado por los mercados porque lo sepán los omes como es juzgado á muerte, é después que fuer pregonado ningún ome lo deve acoger en sua casa, sin encubrirlo en ningund logar sabiendo que lo es; mas débelo luego mostrar á la justicia, é si alguno contra esto ficiere á sabiendas debe pechar el ome cillo é las calofías otras á que es tenuto, mas non deve morir por ello el tal ome como éste, pues pregonado, todo ome lo deve prender sin calofía alguna. E sil matare ó l'firier non haya calofía ninguna, nin deve ser enemigo de suos parientes» (1).

En tiempos relativamente muy cercanos, en 1663, el Rey Felipe IV dió una pragmática animada por el mismo espíritu que la anterior, vieja ley castellana; los bandidos y salteadores contumaces podían ser muertos libremente por cualquiera, y el matador tenía además el derecho de cobrar, mediante la entrega del delincuente, vivo ó muerto, un premio ó talla creada para este fin.

(1) Lib. II, tit. 5.º



### CAPITULO III

#### De la individualidad humana como sujeto del delito.

Sólo el individuo es sujeto posible de un delito, no una personal moral, una *universitas*; porque si una sociedad sólo á causa de su fin determinado subsiste como persona moral, los individuos no obran como sociedad, al obrar no para el fin de la sociedad misma, sino para un fin diverso.

*Feuerbach: «Trat. de D. pen.», § 28.*

§ 48. Para que el delito se verifique, no basta, según ya hemos visto, que ocurra algo contrario á lo que el Derecho exige que se realice, sino que es preciso una violación por parte del hombre. Delito y delincuente son términos correlativos; si el hombre no es delincuente sin que haya delito, tampoco hay delito sin un hombre que se presente como su autor. Ahora bien: ¿qué se necesita para que haya un delincuente? Se necesita que entre el hombre y el delito exista un vínculo de causalidad, y de una causalidad no solamente física, sino también moral. Aquellas condiciones que pusimos como objetivamente esenciales para la existencia del delito, deben presentarse todas ellas reunidas en la misma actividad humana como su centro común, esto es, unidas al hombre como causa inteligente y libre de las mismas. El hombre que se propone realizar y realiza efectivamente un evento determinado, reconocido por el Derecho como contrario á sus preceptos y previstos por la ley como delito, es precisamente aquel sobre quien la responsabilidad jurídica de tal delito debe recaer. El atribuir á un hombre un determinado hecho punible, considerando á éste como efecto y á aquél como su causa física y moral, se llama *imputar*, esto es, considerar á un hombre como *autor de un delito*, como el *sujeto del mismo*. Sólo el hombre es imputable como autor del delito; sólo él es sujeto posible del hecho criminoso.



§ 49. Pero cuando se dice que sólo el hombre es sujeto posible de delito, ¿pueden comprenderse con esta palabra las dos formas fundamentales en que la idea del hombre se manifiesta, esto es, el individuo y la sociedad en todos sus aspectos? En otros términos: las personas á quienes puede atribuirse el delito, ¿son las personas individuales, ó pueden ser también las personas morales colectivas, en las que el Estado reconoce una entidad jurídica?

Aunque las personas colectivas tengan una personalidad propia como la tienen también las personas individuales, no debe desconocerse que aquella unidad de conciencia y de voluntad que se revela en el individuo, no aparece nunca en la sociedad. Las personas morales sólo tienen verdadera unidad de conciencia y voluntad, cuando todos los que de ellas forman parte están unánimes en un propósito determinado, en cuyo caso hay ya una responsabilidad individual por parte de cada uno, porque cada uno en particular quiere lo mismo que los demás en general, y obra para que lo querido llegue á ser un hecho real y exterior. Por el contrario, cuando no existe unanimidad en las personas morales, falta la unidad de voluntad, pues hay una opinión que prepondera sobre las otras, cual es la sostenida por el mayor número de voluntades individuales, y la diversidad entre la mayoría y la minoría significa precisamente discordancia de opiniones y de voluntades. En este caso la responsabilidad jurídica no puede extenderse á los que concurrieron á formar la opinión y el propósito de la mayoría, á los que tuvieron y expresaron un querer opuesto. *Per suos teneant auctores*. Ciertamente que la conciencia humana prueba como errores de toda una sociedad, aquellos que se prescriben tan queridos por el mayor número; y el inexorable tribunal de la historia frecuentemente condena las faltas de un pueblo entero. Pero es muy diferente de este juicio moral, la censura jurídica penal que la sociedad humana debe ejercer sobre los hechos de una persona colectiva. El Estado puede, á lo sumo, desconocer

(1) *Cretschner*: «De delictis et poenis universitatum». Alt. 1690. Willenberg. «De univ. delinquente». Gedan. 1720. — *Gundling*: «De univ. delinquente ejusque poenis». Hal. 1724. — *De Jacobi*: «Quamdiu jus puniendi univers. durat?». Lugd. Batav. 1774. — *Malblanc*: «Observ. quædam ad delicta universit.». Erlang. 1794. — *Hawbold*: «De finibus inter jus singulorum et universitatis regundis». Leips. 1804. — *Vossius*: «Specimen exhibens doctrinam de imput. ad del. universit. applic.». Lugd. Batav. 1775. — *Sintenis*: «De delictis et poenis universitatum». Servest. 1825. — *Vossius*: «De qua queritur utrum universitas delicta admittere possit nec ne». Groning. 1810. — *Lauenstein*: «Diss. de universitate nonu delinquente». Gott. 1810. — *Ziegler*: «Incapacidad de delinquir en las personas jurídicas» (alem.). Mitau. 1892.



existencia jurídica de una persona moral que se separe de los límites señalados á su actividad, puede disolver una asociación que se encuentre en flagrante contradicción con sus deberes jurídicos; pero fuera de ese desconocimiento, es imposible que se ejerza otra influencia sobre las personas morales. La responsabilidad de éstas puede ser todo lo más de naturaleza meramente civil, nunca de carácter penal, porque la pena, si no obra sobre los individuos, no puede sentirse por toda la comunidad de los mismos, y si obrara sobre ellos confundiría injustamente á los inocentes con los culpables. Por esto la individualidad humana es precisa para que exista el sujeto de un delito; y las *universitates* nunca pueden ser consideradas como seres criminales, como personas punibles ante la ley.

§ 50. Este principio fué exactamente observado en el Derecho romano. Ulpiano decía que la acusación podía tener lugar contra los que administran la ciudad, no contra la ciudad misma: *de dolo decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio* (1), y Cayo dijo: *angulorum proprium est maleficium* (2). Es verdad que algunos pasajes del Derecho romano parecen indicar un criterio opuesto, lo cual hizo que Haus dijera que según este Derecho, las personas morales pueden ser responsables y castigadas; pero aquellos pasajes se refieren á indemnizaciones civiles ó reparación de perjuicios, sin que se trate ni de propios delitos, ni de verdaderas penas (3). Los Emperadores Arcadio y Honorio declararon que la pena debe restringirse á la persona del culpable (4), y el Emperador Magencio dijo explícitamente que la penalidad nunca debe caer sobre las comunidades, fundando esta determinación en la equidad y en el principio jurídico de que cada uno debe responder de sus propios delitos (5).

En el Derecho germano se va manifestando un principio contrario, y á él parece que se refieren algunas instituciones de la Edad Media por las cuales á veces cae la responsabilidad sobre

(1) L. 15, § 1. De dolo malo.

(2) L. 34, D. de injur. — Cf. I. 17, D. ad L. Corn. de Sic — I. 51, D. ad L. Aquil. — L. 15, § 4, D. quod vi aut clam.

(3) L. 4 de vi — I. 9, § 1, D. quod metus causa. — Cf. Haus: «Der. Crim.» n. 115.

(4) *Sancimus ibi esse poenam ubi et noxa est. — Peccata igitur suos teneant actores, nec quis progreditur metus, quam r peritur delictum.* L. 22, C. de poenis.

(5) *Nunquam curie generali condemnatione mulentur, cum utique hoc et equitas suavis et regula juris antiqui ut NOXA TANTUM CAPUT SEQUATUR, ne propter unius fortas delictum ceteri dispendiis offligantur.* Nov. Major tit 7; en Hugo, Jus. civ. ante 1806, página 1386.



las personas morales. Indudablemente la institución de la pena solidaria se extendía en los primeros tiempos sobre toda la raza del ofensor á favor de la raza entera del ofendido; pero después trazan líneas divisorias bajo la forma de *decenas* y *centenas*, de modo, que los habitantes de los pueblos se dividían en grupos de diez, y si uno de los diez cometía un delito, los demás debían tregar el delincuente ó pagar por él el *guidrigildo* (1). Principalmente en aquella época de anarquía moral de la Edad Media, cuando era preciso usar medios extraordinarios para la conservación de la paz territorial, y la autoridad del Estado se debilitaba, se truíó por medidas extraordinarias sobre las varias clases de personas organizadas como otros tantos Estados dentro del estado general, es cuando se presentan frecuentes desviaciones del principio de responsabilidad: *noxa tantum caput sequatur* (2). El mismo Derecho germánico fulminaba con frecuencia el interdicto para ejercer sobre pueblos enteros su terrible imperio, aunque no dejara de consignar en el principio que la pena debe ser individual, y que es preciso no darse á pronunciar sentencia de excomunión contra una corporación (*in universitatem vel collegium*), para evitar que la pena cayese sobre los inocentes (3). En el antiguo Derecho de las Dos Sicilias, Federico II sometió á la arbitrariedad de la *universitas* que encubriese á los autores de delitos clandestinos, como culpables de *defensa injuste imposita*; y amenazó de disolución á la *universitas* que intentara revestir á algunos de sus miembros con una jurisdicción que sólo por el Príncipe podía ser conferida.

Semejantes desviaciones del principio de la responsabilidad individual ante la justicia penal desaparecen en los Estados modernos, realzando la autoridad civil, del estado de debilidad en

(1) Wilda: «D. pen. de los Germanos», pág. 378 y sig. — Cf. leyes del Reich. II, 12, p. 47. — Ley de Jutland, II, 22, p. 150. — III, 23, p. 335. — L. de Albi, c. 27, p. 48. — L. de Etelredo, VI, § 18, p. 133.

(2) *Si quis vero ausu temerario predictam pace violare presumpserit, ei poenitentia centum librarum auri camera nostra inferenda puniatur: oppidum vero triginta librarum auri mulctetur*. Feudor. lib. II, tit. 54. Constit. Frid. I de pace tenenda en 1152. Cf. Auth. *Item nulla* in Cod. de episc. et cleric. Const. Frideric. II, en 1205, § 1. Henric. VII, en 1312 en Pertz: Monum. IV, p. 317, 527.

(3) *In universitatem vel collegium proferre excommunicationis sententiam penitus prohibemus, volentes animarum periculum vitare, quod inde sequi posset, cum nonnulli periculum innoxios hujusmodi sententia irretiri, sed in illos duntaxat de collegio vel universitate, quos culpabiles esse consterit promulgetur.* (Cap. 5, in VI, de Excom.) — Cf. in VI, de censibus.

(4) Const. Regn. Sic. lib. tit. 2.



racia por la barbarie anterior. Las legislaciones modernas no reconocen ya como responsables á las personas morales, salvo el derecho que el Estado tiene de proceder á la destrucción de su existencia jurídica, cuando al violar las leyes amenazan la seguridad pública y el orden social. La naturaleza misma de las penas hechas para ser infligidas á los individuos, son el testimonio más elocuente de este principio común. Sin embargo, la legislación italiana no enuncia dicho principio, bastando su silencio para afirmar la imputabilidad meramente individual, y para asegurar que las penas son de tal naturaleza que sólo se pueden aplicar á los individuos.

§ 51. Pero al sostener que las personas colectivas no pueden ser responsables como sujeto delincuente, queremos hablar de aquellas que ó están formadas por la misma naturaleza, ó son establecidas por la libre asociación de los individuos para el cumplimiento de un fin legítimo de la existencia humana. Si hemos excluido la posibilidad de la *universitas delinquens*, de una sociedad á la que se pueda imputar un delito, no por eso queremos afirmar la imposibilidad de una asociación cuyo lazo de unión sea precisamente el fin de la perpetración en común de uno ó más delitos. La *societas sceleris* es posible, y con harta frecuencia se traduce esta posibilidad en realidad, como un medio de que se aprovechan los criminales para conseguir mejor éxito en su propósito de la negación del Derecho y de la perturbación del orden social; esto ocurre siempre que dos ó más individuos están conformes en un común propósito criminoso. Pero cuando este vínculo llega á ser algo permanente para constituir un consorcio de criminales, como las asociaciones de malhechores, las cuadrillas, las comitivas armadas, las sectas antisociales, etc., el hecho mismo de la reunión con el fin de delinquir viene ya penado y castigado, sin que por eso se ofenda el gran principio de la libre sociabilidad, en el que radican el derecho de reunión y el de asociación, pues la libertad es sagrada é inviolable mientras no se violan los principios superiores del Derecho. Sin embargo en estos casos es indudable que hay responsabilidad individual para cada uno de los que se han unido á los demás para el común delito; y si hay responsabilidad solidaria de la unión permanente, es consecuencia de la misma responsabilidad individual, porque la unión es un hecho de individuos que entre sí forman la comunidad delincuente.

§ 52. A pesar del principio por nosotros enunciado de la irres-



ponsabilidad penal de las personas colectivas, no debe entenderse en el sentido de que el Estado haya de estar expuesto a cualquier peligro por parte de aquellas colectividades, ó que cuando se verifique algún delito del que haya sido causa eficiente la resolución tomada en el seno de reuniones celebradas por las personas morales, el delito deba quedar impune. La ciencia del derecho público moderno y muchas Constituciones, y entre ellas la nuestra (1), consagran del modo más expícito como derecho inviolable, que ninguna ley puede calcular la *libertad de asociación* y el Estado, para aquellas personas morales distintas de las asociaciones que él mismo reviste de poder deliberativo ó consultivo, esto es, para aquellas sociedades que aparecen, ó por obra de la naturaleza (como el municipio), ó por obra de la libertad humana (como las sociedades religiosas, científicas, artísticas, industriales, comerciales, morales y políticas), debe abstenerse de toda prohibición preventiva, de toda restricción que signifique lo que la *prohibición* censura con relación á la imprenta. Pero precisamente por esto es necesario impedir que surjan varios Estados dentro del Estado, es preciso que las varias asociaciones en las que se manifiesta el espíritu de sociabilidad, se abstengan de invadir la esfera del Estado, de oponerse á la acción y eficacia del poder social, de perturbar el orden jurídico de la humana convivencia. Por esto no puede negar al Estado el derecho que tiene de adoptar disposiciones, ya de prevención, que no impida la libertad de asociación, como la *inspección* y la prohibición de las compañías ó sociedades armadas, ya de represión, como la disolución de colectividades que han realizado hechos criminosos y el castigo de los que en ellas tomaron parte.

§ 53. Si hasta ahora hemos demostrado que sólo la individualidad humana puede ser considerada como sujeto de delito, ahora vamos añadir á este principio el de que la *posibilidad* de ser sujeto del delito, es inherente á todas las individualidades humanas. Indudable que los hombres, como seres dotados de inteligencia y libertad, tienen la facultad de determinarse, la cual constituye el fundamento de su responsabilidad: la libertad del querer

«Di che le creature intelligenti  
E tutte e sole furon e son dotate»,

(1) La Constitución española determina también, en el art. 18 el derecho de todo español tiene de asociarse libremente para los fines de la vida humana. (N. T.)



á todos los hombres individuos potencialmente imputables sus propios actos, salvo el determinar si en el caso concreto que examine el individuo ha obrado realmente con la plenitud de voluntad por efecto de la propia resolución. La presunción general de esta imputabilidad abstracta es inherente á la naturaleza del hombre individual, en cuanto que es fundamento de la libertad del querer (ó por mejor decir, de la voluntad que elige entre lo posible, esforzándose después en convertirlo de posible en real, mediante la ejecución) la inteligencia, de la que dice el divino poeta:

«Lume v' è dato a bene ed a malizia».

§ 54. Pero las presunciones no pueden vencer la realidad de los hechos. Precisamente porque la luz de la inteligencia es la que hace posible en el hombre la libertad del querer, tanto que la voluntad puede llamarse la misma razón en cuanto dirige la vida, esto es, la razón *práctica* (la *inteligencia operativa*), hay circunstancias en que el hombre se halla privado de inteligencia, deduciéndose de esta privación, como consecuencia inevitable, la imposibilidad de su incriminación, la imposibilidad del dolo. Si estas circunstancias suelen derivar de hechos que la misma naturaleza humana nos presenta, el legislador no debe dejarlas al criterio del juez, porque el examen del juez de hecho debe referirse únicamente á lo que de los hechos dependa y sea imposible para la ley. La existencia de estas condiciones del espíritu humano origina una serie de principios universales, que suelen afirmarse por la misma ley como reglas jurídicas, como presunciones, y esta serie de principios constituye la llamada *doctrina de la imputabilidad*, que nosotros creemos debiera llamarse de la *inimputabilidad* ó de la *inculpabilidad*, porque se trata de reglas que determinan la exclusión *a priori* de la posibilidad de dolo en los seres humanos. Para estudiar mejor estas condiciones excepcionales que hacen á algunos hombres incapaces de dolo, es preciso hablar antes de la misma doctrina del dolo, ya que el análisis de las condiciones necesarias para su existencia hará más fácil la determinación de aquellas causas que no excluyen la existencia concreta del dolo en un caso dado, sino también su posibilidad abstracta y general.

\* Ya hemos visto que en el delito cabe distinguir cuatro elementos: el objeto, el sujeto, la materia y la forma, y el autor nos habla aquí del segundo, que, á su vez, comprende el sujeto activo, ó sea el que delinque, y el sujeto pasivo, ó sea aquel á quien se niega la condi-



ción debida y sufre inmediatamente el daño del delito (dado que no admita la separación que Carrara pretende establecer entre el sujeto pasivo y el paciente). Las notas capitales que al sujeto activo corresponden, según la doctrina desenvuelta en el texto, son dos: la de *humano* y la de *ser individual*; porque sólo el hombre, sujeto de derecho, dotado de inteligencia y de libertad, capaz de conocer la ley y con aptitud para ser propia causa de sus actos, puede producir el verdadero quebrantamiento de la regla jurídica, á no hallarse en un período de su desarrollo ó en un estado excepcional que le prive de aquellas condiciones necesarias al efecto; porque sólo la persona *una*, y no la persona moral ó colectiva, se determina y obra con la vida de conciencia y de voluntad en que el delito, la responsabilidad y la punición se hacen posibles.

La nota de *humano* que atribuimos al sujeto activo, parece confirmada por ciertos precedentes legales, según los que pudiera creerse que los seres infrahumanos se consideraron como reos y fueron sometidos á juicio y castigo (la piedra que en su caída ocasionaba la muerte de una persona; el buey que al embestir causaba una desgracia semejante, y otros ejemplos de esta clase que se ven en la legislación griega, en las Doce Tablas y en los famosos procesos de los topes de Autun, de los ratones y delfines de la costa cantábrica, etc., etc.); por las disquisiciones de Lombroso y sus secuaces acerca de lo que denominan *embriología de la criminalidad*, según las que en el reino vegetal y en el animal se estudian fenómenos que marcadamente corresponden con la delincuencia definida y penada en los códigos.—Respecto al primer punto, Tissot, después de decir que el hombre menos desarrollada tiene su razón más supone á las bestias, explica aquellos antecedentes por el influjo de determinadas creencias religiosas (la metempsicosis, v. g.); por el propósito de herir la imaginación popular y hacer cobrar horror á lo malo (la legislación mosaica); por el intento de corregir la incuria de los poseedores de animales dañinos y de facilitar la indemnización debida al perjudicado (legislación romana), y por otros motivos análogos (satisfacción de la ciega venganza, simbolismo jurídico, etc.), que nunca autorizan para suponer que en realidad se otorgara á los seres irracionales, por sí y sin compensación á algo diferente de ellos, la consideración de verdaderos delinquentes y penados.—En cuanto á la pretendida embriología de la criminalidad, desde luego se echa de ver el vínculo que une el positivismo penal, que la ha sacado á luz, con la prestigiosa doctrina del transismo mismo; pero aun dentro de ésta, si se reconoce que el hombre ocupa el último grado en la escala evolutiva, bien cabe deferir á la afirmación tradicional de que sólo al hombre puede ser legítimamente aplicada el dictado de sujeto activo del delito, porque en ninguno de los seres inferiores se aparece la vida, con aquella complejidad de elementos y energía de funciones que consienten la existencia de la personalidad y la negación consciente de la norma jurídica. El delito es siempre para la escuela positivista algo que obsta á la vida y desarrollo del organismo social, y muchos de los ejemplos que después señalamos en demostración de que en el reino vegetal y en el reino animal se dan fenómenos criminales, son cabalmente manifestaciones de una lucha que sirve al mantenimiento natural de los individuos ó á la mejora de la especie; con lo cual resulta una contradicción tan patente como insoluble. Tomar por base para la equiparación á que se aspira, la similitud apreciable de ciertos fenómenos activos é inmediatamente dañinos que es posible descubrir en todos los órdenes de los seres, es enge-



fiarse con puras apariencias, desdénando el hondo y serio examen del problema en los términos en que debe ser planteado, dar patente de verdades científicas á ingeniosos artificios, é introducir un motivo más de desconcierto y confusión allí donde ya no escasean las naturales dificultades del asunto. Para hablar de criminalidad, siquiera embriónaria, en el mundo que está por debajo del hombre, aquella similitud debería afectar, no á lo externo y accesorio, sino á lo íntimo y determinante de los actos. Sobre este particular hemos insistido, con desarrollos que no caben aquí, en la crítica que consagramos en su día á la nueva ciencia penal.

La nota de *individual*, asignada al sujeto activo del delito, fúndase principalmente en el argumento de Feuerbach, que el autor coloca á la cabeza de este capítulo y que han reproducido los tratadistas, con adiciones más ó menos valiosas. La persona moral no tiene vida más que para lo lícito; luego está muerta para el delito. Los individuos que la componen, cuando se desvían de ese fin bueno (por cuyo reconocimiento existe la *universitas*), no obran como persona moral, sino como otras tantas personas individuales, delinquentes y responsables con este carácter. La persona moral y la persona individual son iguales en cuanto personas, pero no son iguales en cuanto á la vida que han de vivir respectivamente dentro del Derecho; y esa desigualdad, que alcanza también á otras manifestaciones fácilmente comprensibles, se destaca por modo singular en lo que se refiere á la producción del hecho punible y á la capacidad para sufrir el castigo. En la doctrina positivista aún podría aparecer más claro este punto, porque en la persona moral es imposible que se den ciertos factores á que concede aquella suprema significación.—Excusado es añadir que si en nuestro Código penal no se declara expresamente que el sujeto activo del delito haya de reunir las cualidades á que vamos refiriéndonos, todos sus artículos, desde el primero hasta el último, dejan entender que el hombre, y sólo el hombre, tiene aptitud para ser delincuente y penado; otro tanto parece deducirse con relación á la nota de *individual*, que reconocimos como pertinente y sostenible en buena lógica; pero como quiera que la jurisprudencia haya dejado pasar sin corrección, en algunos casos, que las sociedades delinquen y sufren penas, creemos, como Silvela, que no sería ociosa una declaración autorizada acerca de esto, distinguiendo las medidas que el Estado está facultado para adoptar sin duda con ellas, según el autor expresa en el texto, y el genuino ejercicio de la acción punitiva.

● No en todas las épocas de la historia del Derecho se ha considerado al hombre como único sujeto de delito, en las leyes de los pueblos antiguos no es raro encontrar penas conminadas contra los animales. Ya el Sr. Aramburo hace en las notas precedentes alusión á este hecho, irracional ante nuestros ojos, y explica las causas probables de tan extraña imputabilidad. Como en nuestro derecho encuéntranse también disposiciones, si bien muy raras, de esta índole, voy á dar una ligera noticia de tan singulares preceptos.

Es sabido de todos que en Oriente estaban muy difundidas las penas contra los animales, especialmente en Persia y en Israel. En Grecia, el Pritaneo juzgaba á los objetos que hubiesen causado accidentalmente la muerte de un hombre como los árboles, las piedras, etc. Por esto Esquines, decía: «nosotros arrojamus más allá de las fronteras animales, piedras, hierros, objetos sin voz y sin mente, si causan la muerte de un hombre, y si un hombre se suicidia, enterramos



lejos de su cuerpo la mano que hirió.» En Roma, las XII Tablas decretaban que cuando una bestia hubiese causado un daño había que cederla ó pagar el daño.

Estas penas resurgieron con gran fuerza en la Edad Media, entonces fueron muy frecuentes los procesos contra los caballos homicidas, cerdos infantcidas, perros acusados del *crimen bestialitatis*, contra topos y langostas que infestaban los campos. Tales procesos se desarrollaban con arreglo á rígidas formas procesales y con asistencia de Abogados, algunos, como Chassané y Gaspar Bailly, llegaron á ser famosos. Entre estos procesos merecen citarse el entablado en el siglo xv por el Obispo de Lausana contra las sanguijuelas que infestaban las aguas de Berna, y el entablado en el siglo xvi por los habitantes de Autun contra los ratones que invadían los campos; este proceso en el que el citado Chassané abogó por los ratones duró diez años.

En el antiguo Derecho español existen algunos, muy escasos, muchos análogos. En el Fuero de Navarra se pena al caballo que mata á hidalgo, franco, villano, moro ó judío; «aquella bestia, dice el Fuero, es homiciera y debe el homicidio.» Si un hombre cabalgando sobre bestia cayere de ella y muriere la bestia no es homicida. Hasta se reconoce la imputabilidad de animales en caso de muerte de uno de ellos por otro animal. «Si una bestia mata á otra, aquella es homiciera y debe morir. Este Fuero llega hasta detallar casos de legítima defensa de unos animales contra otros.

Lo más corriente en los Fueros españoles es la disposición contraria, es decir, la negación de la responsabilidad de los animales. El Fuero de Molina dispone que si alguna bestia, ó casa ó molino matare á un hombre «non haya homicidio ni calonna.» «Ninguna bestia muda non haya homicidio.» El de Calatayud dice que si caballo, ó buey ó bestia hiriere á un hombre y éste muriere «non sit homicidio pariato.» El de Brihuega prescribe que en el caso de que un hombre fuere muerto por su casa, ó por bestia suya, ó por árbol, ó madero ó pared, ninguna de estas cosas peche nada.

En tiempos posteriores han sido relativamente frecuentes los procesos contra la langosta que asolaba los campos. (En *Boletín de la Academia de la Historia*, tomo 38, 1901, pág. 322, se ha publicado un interesante documento relativo á uno de estos procesos contra la langosta que invadía las tierras de Puente de Duero y de Viana, poco á poco perdióse tan irracional costumbre hasta que desapareció por completo.

● Como Pessina y Aramburo exponen en las páginas anteriores, sólo al individuo se considera como sujeto del delito. La mayor parte de los autores estiman responsable de los hechos punibles sólo al hombre individual, y las legislaciones parece han fundamentado sus preceptos sobre esta concepción hoy dominante.

No siempre hallamos igual forma de responsabilidad puramente individual; si damos ojeada á las legislaciones antiguas, veremos como la responsabilidad de la familia ó del grupo social llegó á tener no sólo casa difusión. Comenzando por la familia encuéntrase que ésta era responsable en el caso de algunos delitos políticos en Grecia y en Roma, y en el siglo xvi vemos que la *Bula de ora* y la *Constitución Carolina* perdonaban la vida á los hijos de los criminales tan sólo por pura elemencia.

En España el Fuero Juzgo en una disposición muy racional y humanitaria de relieve extraordinario en aquellos tiempos de barbarie,



manda «que todos los pecados deben de seguir á aquellos que facen», y que no sea penado el padre por el hijo, ni por el padre el hijo, ni por la mujer, etc., ni el vecino por el vecino (1).

En suma, se afirma aquí la teoría moderna; sólo el hombre individual puede ser sujeto del delito, sólo él es responsable. El mismo espíritu anima otras leyes posteriores; así algunos Fueros municipales. En el dado en 1118, á los mozarabes castellanos y á los francos de Toledo, se dice de modo terminante que la pena que se imponga al traidor recaiga sólo sobre él y no sobre su familia; análoga disposición se halla en el Fuero de Escalona. También las Partidas (2) ordenan que por yerro del padre no se castigue á ninguno de su familia, excepto en el delito de traición por el que los hijos quedaban infamados. Todas estas excepciones hacen creer que debía tener grande arraigo el exigir responsabilidad á toda la familia por el delito cometido por uno de sus miembros.

Pero la responsabilidad en estos tiempos antiguos no se limitó á la familia, se extendió á personas colocadas más allá de su círculo, pero que mantenían con el delincuente relaciones de vecindad ó de convivencia.

En la más antigua ley conocida, en el Código de Ammurabí, en el caso de robo se exige responsabilidad á toda la comunidad, á la que el delincuente pertenece, aquélla debe indemnizar al despojado. Las leyes romanas castigaban á todos los esclavos aun cuando uno sólo hubiese herido á su amo. Pero donde se halla con desarrollo más vigoroso esta forma de responsabilidad colectiva, es entre los pueblos germanos, especialmente entre los anglosajones que conocieron una institución denominada *frank pledge* (crución), mediante la cual la población se dividía en comunidades ó en grupos, y sus componentes estando ligados por una responsabilidad recíproca, debían en caso de delito, detener al criminal ó en su defecto salir responsables; pero, en ambos casos quedaban siempre obligados al pago de una multa. Los francos también conocieron esta institución que además tuvo vida en otros países, en Bohemia, Polonia, Rusia y en algunas ciudades italianas.

En nuestro país, la responsabilidad colectiva aparece con mucha frecuencia en el derecho medioeval. En el Fuero de León (siglo x) todos los hombres ingenuos debían pagar al Rey los homicidios y los *crusos* (penas pecuniarias impuestas por homicidios y lesiones), no sólo por los delitos que ellos hubieran cometidos, sino también por los ejecutados por los demás vecinos (3). Esta costumbre debía ser muy antigua, y yo creo que el Fuero Juzgo intentó reprimirla, pues no se deduce otra cosa de la disposición antes citada, que dice que no se pene al vecino por el delito del vecino. El Fuero de *Nájera* exige á la *plebs* de esta villa el pago colectivo en caso de delito, hasta en el caso de que una res matare á un hombre, sólo se libraban del pago del homicidio si antes de siete días podían apoderarse del animal homicida. En el privilegio dado á Burgos por Alfonso VIII se dispone que el concejo no responda de los homicidios que se cometan en la

(1) Libro VI, tit. II, ley 8.<sup>a</sup>

(2) Part. 7.<sup>a</sup>, tit. XXXI, ley 9.<sup>a</sup>

(3) En este Fuero se intenta además poner coto á los abusos que se originaban por el hecho de que los sayones cuando no descubrían al autor de un delito, cometían á toda la comarca á una especie de responsabilidad solidaria.



ciudad y su término; que el sólo responsable sea su autor. De esta tenor podrían citar más disposiciones de la misma época.

En casi todos los países cultos hace largo tiempo que ha desaparecido esta forma de responsabilidad; pero aún la encontramos vigente hasta la mitad del siglo pasado en un pueblo de vida ruda y primitiva. La ley penal de Montenegro de 1803, en vigor durante unos cuarenta años, en la que se ordenaba la venganza de la sangre que daba lugar al pago del precio de la sangre, exigía su pago, no sólo al criminal, sino á la aldea entera donde el delito se hubiera cometido. Francia ha tenido en vigor hasta el 5 de Abril de 1834, en que fué derogada, una ley del 10 de Vendimiario del año IV, que condenaba á los comunes á pagar una multa á la república en el caso de que sus habitantes hubiesen tomado parte en motines ó desórdenes.

● Pessina expone con su habitual maestría el estado actual de la opinión científica en el problema de la responsabilidad de las personas sociales; ésta, como el maestro italiano sostiene, se niega por la mayoría de los autores.

Sin embargo, hoy día parece que vuelven á tomar incremento las doctrinas medievales relativas en la responsabilidad de las personas colectivas. Sus defensores, especialmente Gierke y Mestre, dicen que estas personas tienen una existencia independiente de la existencia de cada uno de sus miembros, y tienen derechos y obligaciones distintas de las que éstos poseen. Si aquéllas pueden contratar y pueden faltar al cumplimiento de sus obligaciones, independientemente de cada uno de sus miembros, ¿por qué no han de poder delinquir? Si pueden negar sus deudas, ¿por qué no han de poder cometer una estafa? Y si la persona moral puede cometer delitos, ¿por qué no ha de ser susceptible de pena? Pero mientras Gierke (1) cree que la pena corporativa excluye toda pena individual para los miembros de la persona moral, Mestre cree, por el contrario, que la pena corporativa no excluye la pena contra cada uno de los miembros particulares, ya á causa de la responsabilidad personal de cada uno en el hecho corporativo, ya porque la pena corporativa en cuanto tal no recae sobre los individuos, y sin pena individual se equipararían culpables é inocentes (2).

Hoy que la legislación social tiende á la reconstitución de agrupaciones orgánicas (sindicatos, uniones profesionales, trade unions, etc.), parece racional, en opinión de algunos, no negar la posibilidad de delinquir allí donde con la propiedad se reconoce una capacidad jurídica expresión de la voluntad colectiva. La ley que protege la corporación que realiza actos ilícitos tiene el derecho de castigarla cuando realice dichos actos y de infligirle en las personas de sus representantes ciertas penalidades como la multa. Las penas que podrían imponerse á las sociedades, serían la de muerte (disolución de la persona social), la de destierro (prohibición de residir en determinadas localidades), penas privativas de derechos (del derecho de recibir á título gratuito), etc. (3).

(1) *Die Genossenschaftstheorie*. Berlin, 1887, p. 74.

(2) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, 1889, p. 281 y sigts.

(3) Vid. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, 1899, p. 118. — Von Liszt, *Lehrbuch*, p. 127 y sigts.



● Y ahora examinemos si en nuestro Código se consideran punibles las personas sociales.

En esta materia, como dice Silvela, hay que convenir que no existe en el Código precepto alguno que venga á aclarar nuestras dudas. Todos sus artículos parecen partir del principio de que sólo el individuo es sujeto posible del delito, «mas esto no resulta con tal claridad que la duda no sea legítima y posible».

Lo mismo sucede respecto de otras leyes, que no son de índole penal, pero que con ella tienen relación.

Examinando la jurisprudencia sentada sobre esta materia, cita Silvela, varias sentencias recaídas sobre Corporaciones y Sociedades. Una empresa de un ferrocarril, representada por su Director, ha sido condenada á sufrir una pena; contra una Sociedad comercial se ha incoado una causa por estafa; varios Ayuntamientos han sido tratados como criminales. «Mas al propio tiempo, añade, es forzoso reconocer que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de decidir la cuestión que examinamos, por no haberse planteado directa y oportunamente. Y como este elevado Cuerpo no está autorizado á dictar sentencia más que respecto á los puntos ó cuestiones concretas que las partes señalen al proponer el recurso de casación, no es de extrañar que haya tenido necesidad de aceptar las cosas tal y como se presentaban en las Audiencias territoriales, y que, por tanto, quepa señalar algunos fallos en los que ha podido pasar sin correctivo y como legal que las Corporaciones y Sociedades delinquen y quedan sujetas á la pena» (1).

De modo que esta importantísima cuestión «espera todavía que el legislador con sus preceptos, ó que la jurisprudencia con sus enseñanzas, den una solución definitiva» (2).

---

(1) Pueden citarse en otros las sentencias de 3 de Junio de 1871, 13 de Mayo, 4 y 9 de Octubre de 1875.

(2) Silvela, ob. cit., parte segunda, p. 195 y sigts.



## CAPITULO IV

De la acción humana como materia de la violación  
del derecho considerada del lado interno del propósito

### I

#### *Idea, especies y grado del dolo (1).*

Para que el agente de un hecho sea responsable, la conciencia humana exige tres condiciones: 1.<sup>a</sup>, que haya podido conocer la existencia del deber; 2.<sup>a</sup>, que haya tenido conciencia de que su hecho tenía por su propia naturaleza que violar el deber; 3.<sup>a</sup>, que haya sido libre para cometerlo o rechazarlo.

Rossi: «Traité de D. pen.» Lib. 2, c. 12.

§ 55. El examen que emprendemos para la determinación del propósito criminoso, presupone que el hecho que encierra en sí la negación del Derecho tiene como causa física un ser humano, puesto que todos aquellos sucesos á los cuales es extraña la humana acti-

(1) Hall: «Le dolo» Ams. 1812. — Rosendaël: «De dolo in delictis». Lugd. Batav. 1817. — Stelzer: «De la voluntad» (alem.) Leips. 1817. — Michelet: «De doli et culpæ in juris crim. notionem». Berol. 1824. — Wunsinger: «Hucnam sit differentia inter delicta dolosa et culposa». Brux. 1824. — Weber: «De las varias especies de dolo» (alem.). Arch. de D. Crim. VII. — Rosshirt: «De la doctrina del dolo» (alem.). Arch. de D. Crim. VIII. — Gross: «El escepticismo en la doctrina de la libertad, respecto á la imputación penal» (alem.). Heidelberg 1830. — Wailand: «De libera voluntate ad delict. contrah. necessaria». Amstelod. 1837. — Bichon: «De dolo in delictis». Traj. ad Rhen. 1850. — Mittermaier: «Idea y caracteres del dolo malo» (alem.). Arch. del D. Crim., nueva serie 1741. — Krug: «Del dolo y de la culpa» (alem.). 1854. — Börner: «La libertad del querer, la imputación y la pena» (alem.). Frib. 1857. — V. Wick: «De la doctrina del propósito criminoso» (alem.). Bostol. 1866. — Cf. del mismo. Diss. en el Arch. del D. Crim. Nueva serie 1857. — Hermann: «Del dolo». Arch. del D. Crim., nueva serie 1856. — Gessler: «Idea y especies del dolo» (alem.). Tubing. 1860. — Drobisch: «La estadística moral y la libertad del querer» (alem.). 1867. — V. Bar: «La doctrina del nexo causal en el Derecho y especialmente en el Derecho penal». Leips. 1881.



vidad, no caen dentro de la esfera de acción de la justicia penal. Los actos contrarios á Derecho que aparecen como efecto físico de la actividad humana, no pueden ser considerados como verdadera infracción del Derecho sino cuando aquella actividad causa física de los mismos, sea también su *causa moral*, esto es, cuando dichos actos son el producto querido por la actividad humana de tal modo, que verdaderamente puedan ser atribuidos á la misma. Por esto, es constante afirmación de los escritores de ciencia penal, que un evento contrario á Derecho y derivado del hombre como efecto físico, no puede en rigor referirse á él si no lo había querido. Este querer que produce el obrar siendo como su espíritu vivificador, en cuanto es volición de un delito toma el nombre de dolo; y el reconocimiento de este vínculo de causalidad moral entre la actividad humana y un fenómeno de oposición al Derecho, constituye la *imputación* en sentido estricto.

§ 56. Con alguna rara excepción, siempre las legislaciones penales han presupuesto para la punición de un acto contrario á Derecho, que la volición del mismo, unida á la conciencia de su oposición con la regla jurídica, es el fundamento de su aparición en la realidad. Antiquísima es en el Derecho romano aquella sentencia: *Si qui liberum hominem DOLO SCIENS morti duit parricida esto* (1), á la cual se refieren las varias locuciones empleadas en los textos legales: *propositum, consulto, sciens, volenter, animus nocendi, animus injuriandi, sponte, fraude, dolo malo*, etc., y también podría interpretarse en el sentido de la necesidad del dolo la doctrina de que: *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (2). No puede considerarse como afirmación contraria á ésta, lo que refiere A. Gellio (XX, 1), respecto á los *delicta privata*, de que no atendiendo á la voluntad estaba obligado al talión *qui pacisci nollit*, pues desde el punto de vista del daño privado, que es el que tiene en cuenta aquel fragmento de las Doce Tablas, era indiferente *an prudens imprudensve rupisset*. La esfera propia del Derecho penal está en las antiguas especies de la *perduellio* y del *parricidium*, y más tarde en los *crimina publica*. En el Derecho germano el *quidrigildo* se pagada siem

(1) *Festus*: V. *parrie* quæstores (p. 221, ed. Mueller). — Cf. *Servius*: in *Virg. Bæol.* IV, 43. — *Festus*: V. *Subici* (347). — *Cicer.* *Top.*, c. 17.

(2) L. 14, D. ad L. *Corn. de Sic.* — *Consilium uniuscujusque non factum puniendum est.* — *Poti quis injuriam etiam si non sentiat, potest; facere nemo nisi qui scit se injuriam facere, etiam si nesciat qui faciat*, l. 3, § 1 á 3, D. de *injur.* — Cf. *Paul.* III, 31, I. — *Gaius* III, 197. — l. 7, 14 D. ad L. *Corn. de Sic.*



pre, ya fueran voluntarios, ya involuntarios los hechos realizados, pues el resentimiento privado nacía del daño material; *pena ffredus*, que es el germen de la pena debida por el individuo al Estado, se pagaba únicamente cuando el delito había sido realizado con dolo (1), y por eso eran diferentes las dos locuciones *casuwerk* (caso), y *williarwerk* (dolo) (2). Pero el que verdaderamente desarrolló en toda su plenitud el concepto del dolo fué el Derecho eclesiástico, al cual se apoyaba en el principio *non datur pena nisi voluntarium*. Este Derecho empleó siempre las palabras *scilicet* para indicar el necesario concurso de la voluntad en los delitos (3), y fué el que estableció la regla: *voluntaria tantum commissa sequitur delictorum invidia* (4). Sobre estas fuentes generales se construyó la doctrina de los escritores antiguos fijando el concepto de la *voluntad consciente* como condición esencial para el delito (5). En este punto se hallan conformes las legislaciones modernas, alguna de las cuales quiso dar la definición del dolo penal, y así la ley napolitana de 1808 definía como *doloso* el delito cuando el acto realizado nace de la deliberación ó aun de la voluntad pasajera del delincuente.—Pero el Código francés de 1810, el de Nápoles de 1819 y el de 1859 en Italia, se abstienen de definirlo, considerando implícitamente como condición del delito. Y verdaderamente cuando se trata de hechos que no pueden ser realizados sin dolo, como la falsedad, el fraude el hurto, no añade la ley la palabra *voluntaria* porque ó no hay fraude, ó si lo hay tiene por sí ser por su propia naturaleza voluntaria; y cuando se trate de hechos que podrían suceder aun sin intención de realizarlos, viene agregada la palabra *voluntaria* para integrar el nombre del delito (*homicidio voluntario*, daño *voluntario*), ó se emplean las palabras *conocida* ó *conscientemente*.

(1) *Si quis hominem liberum casu faciente nolendo occiderit componat sicut approbatum fuerit et fida non requiratur, eo quod nolendo occiderit.* L. Rothar., c. 75, 138. Cf. L. Frision, III 69.—L. Angl. et Werin. X. 8.—L. Ripuar. XLVI.—L. Saxon. XII, 5.—L. Burg. XLVI.—Capit. Ludovici I, a. 817, c. 15 in Perz. *Lonum*, II, § 218.

(2) Wilda: «Derecho penal de los Germanos», I, p. 147 á 156—544 y 550.

(3) C. 22, de hom.—c. 6, X, de injur.—c. 18, X, de sent. excommunic.—c. 7, X, de cler. excomm.—c. 37 de elect. in IV.

(4) C. XV, qu. 1.—Cf. Regino: «De Synod.» caus. II, 17, 18.

(5) Aretinus: V. «Scienter et dolose», n. 13 á 15.—Menochius: «De arbitr. judic. quæst. II, 324.—Bossius: «De hom.» n. 66 á 70.—Decianus: I, 4 á 6; IX, 27.—Clericus: § homic., 1 á 3. Farinacius: qu. 87, n. 70 á 86; qu. 88, n. 58 y sigs.; qu. 126.—Cassiodorus: qu. 142, n. 39 á 33. Damhouder: «Prax. Crim.», c. 75.



El Código vigente tampoco trata directamente del dolo, puesto que ni siquiera define el hecho punible. Pero en el tít. 4.º, que se refiere á la imputabilidad y á las causas que la excluyen ó la disminuyen, hay un artículo 45 que dice: «Nadie puede ser castigado por un *delito* (empleando esta palabra frente á la de *contravención*), si no ha querido el hecho que lo constituye, á no ser que la ley lo ponga á su cargo como consecuencia de su acción ú omisión.» El legislador ha querido evitarse el trabajo de repetir en cada uno de los delitos particulares el elemento de la voluntariedad específica de la acción criminosa, diciendo de una vez para todas: 1.º, que nadie puede ser castigado por un *delito*, si no ha querido el hecho que lo constituye: se sienta, pues, el principio de la necesidad que en general hay de la *voluntas sceleris*, del dolo, cuya denominación evita desde luego: 2.º, que excepcionalmente, y por la existencia de la culpa (1), se hace al sujeto, autor material de un hecho que no quiso, responsable del mismo, pero sólo en los casos de expresa disposición de la ley. Así establece la doble hipótesis del dolo y de la culpa, ya pura, ya mixta, sin emplear estos términos, como científicos que son. Por otra parte, «en las *contravenciones*, dice el último párrafo de dicho artículo, cada uno responde de la propia acción ú omisión, aunque no se demuestre que ha querido cometer un hecho contrario á la ley», reproduciendo el concepto expresado por el art. 2.º del Reglamento toscano de policía punitiva. Es preciso notar, sin embargo, que si bien no es necesaria para la imputación la prueba del ánimo de transgredir la ley, no pueden admitirse *a priori* las pruebas que el inculpado quisiere aducir para demostrar que no ha tenido intención de cometer ningún hecho punible.

§ 57. Pero es necesario precisar más para formar el concepto del dolo. El dolo es la *voluntas sceleris*; pero no basta decir que un hecho para ser proveniente de dolo tiene que haber sido querido por el agente, sino que es preciso penetrar en las determinaciones esenciales de la actividad humana para investigar las condiciones de la volición en sus relaciones con el obrar exterior.

Es imposible que se pase de la volición al fenómeno de oposición al Derecho sin el tránsito intermedio de algún hecho que tenga por causa la voluntad y por efecto la perturbación del De-

(1) Véase § 65.

Elementos de Derecho penal.



recho, ya que el querer no puede obrar sobre la realidad sin el vínculo del organismo corpóreo. Si la fuerza orgánica de nuestro cuerpo es causa del fenómeno antijurídico y el determinante de obrar es efecto de la volición, la volición será la causa motriz del evento contrario al Derecho: este vínculo hace que el hombre cuya conciencia se ha verificado la volición de un hecho, sea causa física de todos los hechos que ocurran como consecuencia de aquél que se ha querido. El hecho que inmediatamente deriva de su voluntad, es el impulso dado á su organismo por obra de su potencia interna: los demás hechos, efecto del hecho inmediatamente querido, no pueden tener la consideración de hechos voluntarios también; tienen por causa mediata la volición y por causa inmediata el movimiento espontáneo de nuestro organismo. Y, sin embargo, para ser hechos voluntarios, es preciso que la volición que originó el movimiento orgánico que los causaba, produjera conscientemente las consecuencias de su movimiento espontáneo. Ahora bien; esto no es posible más que cuando el hecho resultante haya sido visto como tal en la conciencia del ser que obró, antes que viniera á la realidad el movimiento orgánico que lo ocasionaba.

Esta preexistencia en nuestra propia conciencia del vínculo de causalidad como cierto ó probable, entre el movimiento de nuestro organismo y el fenómeno de contrariedad al Derecho, constituye la *previsión*, expresada por la locución *proponerse*, y es el fundamento en virtud del cual, el espíritu *pone* ante sí un hecho *antes* que realice, como consecuencia de un movimiento orgánico propio.

De estas consideraciones se deduce que para darse el fenómeno criminoso en un individuo que aparece como causa física de un evento contrario á Derecho, se exigen dos condiciones.

1.<sup>a</sup> Que el fenómeno de negación del Derecho haya sido previsto por el agente como tal negación jurídica y como consecuencia, cierta ó probable, de un movimiento espontáneo de su organismo.

2.<sup>a</sup> Que el agente haya querido aquel movimiento de su organismo del que deriva, como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del Derecho.

Cuando existan estas dos condiciones habrá dolo, y la acción humana será punible ante la justicia social.

§ 58 Los antiguos tratadistas establecían distinciones entre el dolo, las cuales, dado el concepto que del mismo hemos establecido,



resultan inútiles. En primer lugar, se hacía la distinción de *dolo real* y *dolo personal*, siendo así que el dolo está siempre en las personas y no en las cosas. De igual modo es errónea la distinción de *dolo subjetivo* y *objetivo*, puesto que el dolo por su naturaleza es subjetivo.

Las distinciones que nos parecen indispensables, porque radican en las leyes de la actividad humana, son las siguientes:

a) La primera es la de *dolo general* y *dolo especial*, pues una es la voluntad de delinquir en abstracto, y otra la voluntad de cometer un determinado delito. Y si se dijera que la delincuencia nunca se presenta en abstracto en la intención humana, sino que debe concretarse en un delito particular, la distinción no obstante subsistiría, pues que efectivamente puede distinguirse el *animus nocendi*, la voluntad de dañar en general, del propósito de realizar un delito especial, v. gr., el *animus occidendi*. Otros han dado el nombre de dolo *indeterminado* al general y el de *determinado* al especial, y cuando hay varios hechos posibles, pero diferentes entre sí, como contenido del dolo determinado, se ha dicho que existía el *dolo alternativo*.

b) La segunda distinción es la de *dolo directo* y *dolo indirecto*. En efecto, hay casos en los que aquella consecuencia cierta ó probable de nuestro movimiento contrario á Derecho, constituye precisamente nuestro principal deseo, apareciendo aquí el dolo directo; y hay otros casos en los que aquella consecuencia, cierta ó probable, se preve y se va contra ella sin violarla por sí misma, sino para conseguir un propósito dado, y esto se llama *dolo indirecto*, que á su vez se subdivide en *cierto* y *eventual*. Algunos sostienen que no basta para la existencia del dolo el haber previsto el evento como consecuencia cierta ó probable de un hecho voluntario, sino que es preciso haber querido directamente aquel mismo evento que después se ha realizado. El querer es imputable desde el momento en que se conoce que hay una relación de oposición entre el Derecho y la acción. Ahora bien: cuando se ha previsto un efecto dado como mera posibilidad, pero difícil de realizar, se ha previsto como una cuasi certeza que aquel evento no se realizaría, lo cual significa que el evento no ha sido previsto: tanto da no prever un efecto como pensar que difícilmente se realice. Pero cuando por el contrario, se previó como cierto y aun como probable, y no obstante esta certeza ó cuasi certeza de un resultado criminoso, se ha querido el hecho del que luego ha derivado aquel resultado, si por



un lado se puede decir que no se ha querido directamente, y otro es indudable que se ha querido no evitarlo, y el querer evitar un resultado dado que era evitable, nos demuestra que el evento criminoso, si no fué la meta á que se aspiraba llegar, es por lo menos á formar parte integrante del propósito.

c) La última distinción que hay que hacer es la de *dolo posible* y *dolo real*. El dolo es *posible*, por regla general, en todas aquellas personas capaces de voluntad, porque la esencia del dolo está en la voluntad de delinquir; por eso basta hallarse dotado de inteligencia y libertad para ser *capax doli*, y he aquí el *dolo potencial* ó *posible*; y existe *dolo real*, cuando en un delito determinado se demuestra la voluntad especial de haber querido realizarlo.

§ 59. Cuando la palabra *dolo* se entiende en el mero significado de propósito criminoso de querer el delito, como el acto del querer no admite gradaciones intrínsecas (porque ó se quiere ó no se quiere una cosa determinada), no debe reconocerse la posibilidad de que haya gradaciones en el dolo. Las gradaciones del dolo únicamente son posibles en las relaciones de la voluntad, ya con el mayor ó menor deber que nos corresponde, ya con la mayor ó menor libertad de la elección, ya con la reflexión que puede ó no acompañar á los actos de la volición, ya con la mayor ó menor importancia del dictado jurídico que se viola, ya en fin, con la forma más ó menos criminosa en la cual se manifiesta el delito. De estos varios puntos de vista puede resultar una mayor ó menor cantidad en la apreciación del dolo; y esto viene á servir de límite, tanto para la diversa punición de los varios *genera delictorum*, como para la punición de los delitos particulares en su aparición individual. Así, por ejemplo, hay tres grados de dolo: *dolus praemeditatus*, *dolus propositum*, *dolus simplex vel repentinus* y *dolus affectivus* ó *impulsivus*.

§ 60. De la doctrina establecida acerca de las condiciones que se exigen para que haya dolo, surge espontáneamente la teoría de las contingencias que excluyen el dolo de aquellos eventos de los que el hombre es causa física. En efecto, si se requiere: 1) que el hombre haya *previsto* el delito que había de derivarse de su movimiento; 2) que haya *querido moverse*, ya no obstante aquel prevencimiento para conseguir lo que prevenía, cuando alguna de estas condiciones falte desaparece toda idea de dolo, y el evento debe colocarse en el número de los hechos involuntarios. Esta posibilidad de que falte cualquiera de las dos condiciones indicadas, exige que se las examine separadamente, porque cada una de ellas da



lugar á una teoría especial que debe ser estudiada en todas sus determinaciones. La falta del primer requisito se refiere al discernimiento que ilumina la volición; la del segundo se refiere al acto mismo de la volición en cuanto carece de su condición esencial, esto es, de su independencia con relación á toda extrínseca eficacia y coacción.

## II

*De la ignorancia y del error como causas de la negación del dolo ó sea de la culpa y del caso (1).*

«Pati quis injuriam etiamsi non sentiat  
potest; facere nemo nisi qui scit se injuriam  
facere».

*Ulp ano: L. 3, § 2, D. de injur.*

§ 61. La previsión de las consecuencias de nuestro obrar significa que antes de producir un acto dado conocemos cuáles serán los efectos que ha de ocasionar; y en cuanto el hecho se ha visto en la conciencia del ser que obra, antes que venga á determinar al hecho de su movimiento orgánico; esta determinación nace del *propósito*. El saber que un acto por nosotros producido originará un evento determinado que constituya una violación de los preceptos jurídicos, supone dos conocimientos: uno de derecho, otro de hecho. El primero, que nace de la comparación entre el evento previsto y el mandato de la ley: el segundo, derivado del vínculo causal que existe entre nuestro movimiento y aquel evento. El primer conocimiento no puede faltar en los seres humanos dotados de inteligencia y libertad, sino cuando estén en condiciones anormales de las cuales hablaremos más adelante, ya que la ley promulgada debe reputarse siempre conocida (*ignorantia vel error juris non excusat*). Pero el segundo, que es el conocimiento

(1) *Felt*: «De ignorantia et errore in delictis». Gand. 1826. — *Pfotenbauer*: «De delicto per errorem in personam commissio». Kiel, 1826. — *Heffter*: «Doctrina de la ignorancia y del error» (alem.). Arch de D. Crim., t. XII. — *Geib*: «De la influencia del error de hecho en el Derecho penal» (alem.). Arch. del D. Crim., Nueva serie 1837. — *Six*: «De errore facti in delictis dolosis». Lugd. Batav. 1840. — *Höber*: «Del error en el D. pen.» (alem.). Apénd. al año XVII del *Gerichtsaal*, 1866. — *Schneider*: «De vi ignorantie et erroris». Bonn. 1873. — *Oetker*: «Influencia del error de hecho en materia penal» (alem.). 1876.



de hecho referente á las consecuencias de nuestra determinación para realizar un acto cualquiera, no está sujeto á presunción alguna clase y puede faltar: de aquí nace el principio según el cual pueden considerarse como negación del dolo, la ignorancia y el error de hecho. La ignorancia y el error difieren entre sí, por la una expresa la carencia absoluta de todo conocimiento y de toda opinión con relación á una materia determinada, y el otro significa que el hombre cree conocer, teniendo por verdadero lo que es falso; pero tanto la ignorancia como el error tienen de común producir como consecuencia la *involuntariedad* del hecho en el que es causa física del mismo, porque el ser que obra no ha previsto el vínculo causal entre la acción que realizó y el evento contrario. Derecho (*ignorantia vel error facti excusat*).

Esta doctrina fué formulada expresamente en el Derecho romano, donde se establecía como regla general que el desconocimiento de hecho por error ó ignorancia anulaba el dolo (1). Así no cometía *plagio* el que ignoraba que fuese libre el hombre quien robaba; el que llevaba consigo una cosa que erróneamente creía que le pertenecía, no cometía hurto ni rapiña, y el que ignoraba el parentesco no cometía incesto (2). Y si bien en el Derecho vigente no se halla expresamente formulado tal principio, se desprende de las disposiciones legales, y de exigirse como elemento necesario para admitir la posibilidad de muchos delitos, el conocimiento de alguna especialidad, como por ejemplo, en el caso de documentos falsos y en la transmisión de moneda falsa, la conciencia de la falsedad. Por eso la ignorancia y el error vienen á excluir el dolo, porque llevan consigo la falta de propósito criminal por no haber sido previstas las consecuencias de la propia determinación. De todo lo cual se deduce como criterio práctico para distinguir de un modo indudable la voluntariedad del discernimiento que el *evento imprevisto derivado de nuestro propio obrar nunca es involuntario*, y por lo tanto, no puede considerarse como dolo.

§ 62. Pero si lo imprevisto es causa de exclusión del dolo, ¿que hacer en este punto una distinción, pues lo imprevisto puede ser ó previsible ó imprevisible; en otros términos, unas veces

(1) L. 9, pr. De jur. et facti ignorantia.

(2) L. 1, D. ad L. Fab. de plag. — 1. 44, D. de ritu nuptiarum. — 1. II, § 4, D. de his qui not. — 1. 36, § 1, 1. 36, pr. D. de usurg. — 1. 23, § 6, D. de hered. instit. IV, 2, I.



ignorancia ó el error son vencibles; otras, por el contrario, son invencibles para el sér que obra. Esta distinción origina la doble noción de la *culpa* y el *caso*. Llámase *culpa* la negligencia que consiste en no prever lo que se había podido prever, y *caso*, aquel evento que no solamente no fué previsto sino que era imprevisible (1).

La culpa en su esencia consta de dos notas: una, la falta de voluntad que aparece clarísima en la imprevisión de las consecuencias del propio obrar, no pudiendo sostenerse que haya sido querido aquel evento que no se ha presentado en la conciencia del ser que obra antes de obra, como consecuencia cierta, ó, por lo menos, probable de su movimiento; por lo tanto la culpa, de igual modo que el caso, se diferencia del *dolo*. La otra nota característica de la culpa está en que el hombre, si no ha previsto los eventos posibles como consecuencia de un hecho suyo voluntario, podía preverlos (2). Ahora bien: ¿hay un criterio para conocer esta nota, distinguiendo así la culpa del caso? A nosotros nos parece que sí, y que dicho criterio de diferenciación está en que algunos hechos suelen producir determinados efectos en el curso ordinario de la vida. Así por ejemplo, el tirar á lo alto una piedra en sitio frecuentado, puede fácilmente ocasionar daño á las personas; el arrojar un objeto encendido en un lugar donde haya gran cantidad de materia combustible, puede con la mayor facilidad producir un incendio, y á su vez un incendio en lugar habitado puede producir consecuencias desastrosas para la vida de las personas; en suma, según que más fácilmente puede ocurrir un suceso, su realización es más previsible, y según que un evento es más difícil de existir, crece la dificultad de prever su posibilidad. De aquí se deduce otra afirmación: la de que si las consecuencias ordinarias y directas son siempre previsibles, aquellas otras que se separan de la marcha ordinaria de las

(1) El jurisconsulto Gayo da la siguiente definición de la culpa: *Culpam esse quod cum a diligente provideri potuerit non esset prævisum, aut tum denunciatum esset quum periculum evitari non posset*. L. 31, D. ad L. Aquil.

(2) Klein: «De la diferencia entre el dolo y la culpa» (alem.). Arch. ant. gu. del D. Crim., t. I. — Almendiges: «Investigaciones acerca del delito culposo» (alem.). Gießen, 1804. — Kleinschrod: «De la esencia y castigo de los hechos culposos» (alem.). Arch. cit., t. VI. — Berkout: «De culpa lata in delictis puniendam». Lug. Bat., 1806. — Hasse: «La culpa en el D. Romano» (alem.). Kiel, 1815. — Hussler: «De ratione in puniendis delictis culpa commissis apud Romanos» Tubing., 1826. — Hoertner: «Finium culpæ in jure criminali regundorum». Berolini, 1836. — Nicolini: «Quistioni di Diritto», t. II, n. 2 á 7; n. 31. — Zerbst: «De los delitos culposos». Diss. (alem.). Arch. del D. Crim., nueva serie, 1856.



cosas ó surgen por su concurrencia con otras causas, se hallan fuera del número de las consecuencias previsibles, y cuando se realizan constituyen el puro *caso*, aunque sean efecto de hechos voluntarios. Y para decirse que las consecuencias no eran previsibles, es preciso que se haya puesto todo aquel cuidado que las personas diligentes suelen poner en el ejercicio de su actividad para que los derechos ajenos no lleguen á ser violados por los hechos propios.

§ 63. Esto supuesto, nadie puede poner en duda la antigua y verdadera sentencia de Cicerón: *Nullum crimen est in casu* (1); tanto las antiguas como las modernas legislaciones sostienen el principio de la impunidad del hecho casual. Sólo cuando el caso se encuentre unido al dolo en cualquier resultado criminoso, aquella parte de caso que se presenta en el evento, suele ser considerada, *in odium criminis*, como circunstancia agravante del hecho doloso (2). Pero la culpa ¿hace al hombre justamente responsable ante la justicia penal? Si quisiéramos hallar el fundamento de la punibilidad del evento culposo en haber sido realizado como consecuencia de un hecho voluntario, no tendríamos un verdadero y justo fundamento, porque sale de los límites de la responsabilidad todo lo que sale de los límites de la voluntad humana. Pero creemos que puede encontrarse en un fundamento superior la razón y el límite de la punibilidad de la culpa. En efecto, el deber que todo hombre tiene de cumplir los mandatos del Derecho y de la ley, comprende la obligación de abstenerse de la voluntaria transgresión de los mismos; pero encierra también la de adoptar toda clase de precauciones para evitar que de nuestros hechos, aun inofensivos, se derive un evento que si bien no constituya verdadera negación de los principios jurídicos por la carencia de voluntad, sea sin embargo, algo contrario á las exigencias del Derecho y de la ley. Así por ejemplo, el Derecho, al proteger la vida de cada uno, exige que nadie atente voluntariamente á la existencia de sus semejantes, y que cada uno procure que por algún hecho suyo imprudente no se realice la extinción de una vida humana. De aquí se deduce que si la negligencia no es el dolo con respecto

(1) Cic., Pro Planc. 14.

(2) Los prácticos acogieron el principio: *Danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ contra ejus voluntatem eveniunt*; pero es un principio peligrosísimo por las consecuencias á que puede llevar. (Boehmeri: Obs. ad Carpzov. II.



El evento que ocasiona, produce por sí misma una responsabilidad ante el Derecho y ante la ley; el no haber previsto, aunque sea un hecho negativo es un hecho imputable porque encuentra su raíz en la voluntad del hombre. Cuando una cosa está sometida á la actividad de un ser, de tal modo que sea posible para él, la falta de voluntad es el único impedimento para la conversión de lo *posible en real*; y si la posibilidad se refiere á aquello que siendo condición necesaria para la vida y para el fin humano constituye un deber para el hombre, el no haber querido lo que se *podía y debía* querer es ya en sí violación de un principio jurídico. Por consiguiente, si un individuo podía prever las fatales consecuencias de un hecho suyo voluntario aunque inofensivo por sí mismo, y no las ha previsto, demuestra que no ha querido prestar á lo que realizaba aquella atención que estaba obligado á prestar, y por esta violación del deber de diligencia que naturalmente se deduce de los principios del Derecho (*jus vigilantibus scriptum est*), la culpa llega á ser punible por sí misma en nombre de la negligencia, como violación de un precepto jurídico.

Pero el legislador debe penar la culpa con lenidad, sin aproximarse al rigor con que deben ser castigados los hechos voluntarios. Por otra parte, no debe elevarse á regla general la incriminabilidad de los eventos que se producen por negligencia ó imprudencia, sino únicamente cuando el deber de diligencia se refiera á algunas relaciones jurídicas de especial importancia, en las que no basta abstenerse del propósito de violarlas y de los hechos de ejecución de tal propósito, sino que es preciso procurar con toda clase de cuidados que no sean violadas.

De aquí que la gravedad de los sucesos previstos por el legislador como posibles, debe servir de criterio tanto para la incriminación como para la mayor ó menor punibilidad de la culpa. El homicidio, las lesiones, el incendio, etc., son hechos que realizándose como culposos determinan su punibilidad y la mayor ó menor intensidad del castigo. Pero no toda negligencia que trae consigo un daño á otro puede sin excepción alguna considerarse como delito culposo, sino que es preciso distinguir la *culpa pura* de la *culpa mixta de dolo y culpa*. La culpa pura se da cuando el hecho voluntario de que provino un resultado pernicioso era por sí mismo inofensivo y hubiera sido indiferente ante el Derecho si el evento mayor no se hubiera realizado. La culpa mixta existe cuando el hecho voluntario es por sí mismo un delito, el cual ha



dado origen á un hecho más grave. En el primer caso el legislador debe castigar levemente, teniendo en cuenta la mera negligencia (1), pero en el segundo debe castigar el hecho voluntario en el mismo grado por ser criminoso, y considerar como una circunstancia agravante el evento culposo que de él ha derivado.

§ 64. En el Derecho romano primitivo, la falta de dolo se juzgaba *casus*, sin distinguir siquiera la involuntariedad culposa de la casual. La noción de la *culpa* fué apareciendo poco á poco en el Derecho privado en virtud del principio de que cada uno está obligado á indemnizar á otro del perjuicio que le ocasione con los hechos propios. Las reglas sobre la culpa fueron establecidas por la *Lex Aquilia*, según la cual había lugar á una reparación civil; pero antes del Imperio fué sometida á juicio penal propiamente dicho, pues solamente correspondía al fuero penal apreciar lo hecho por los dolosos, y probada la falta de dolo, el fuero civil distinguía la culpa del caso para los efectos civiles, no debiendo confundirse las penas privadas del Derecho pretorio con las penas propiamente dichas. En la época imperial se introdujo la doctrina de la punibilidad de algunos *delitos culposos*, siendo castigados con pena menor de la que correspondía á los dolosos (1). Sin embargo, no hubo una doctrina general acerca de los delitos culposos, castigándose únicamente en algunos casos particulares *extra ordinem*, por rescripto imperial; y eso la mayor parte de los delitos culposos de los tiempos posteriores deben considerarse como *crimina extraordinaria*, castigados con penas más benignas de las que se aplicaban cuando había dolo. Finalmente, la división de la culpa en *levis*, *media* y *lata* y el principio, *culpa lata plane dolo æquiparatur*, se aplicaban en la esfera civil pero no en la penal.

Del Derecho germano (3) y del Derecho canónico (4) deriva una apreciación más rigurosa de la culpa en las legislaciones modernas, estableciéndose las doctrinas que llegó á dominar entre los juristas sultos italianos, de que la culpa en general debe ser punible, si bien

(1) L. I. De leg. — l. 5, § 2; l. 16, § 8, D. de pœnis.

(2) L. 5, § 1. 3, § 2. Ad. L. Corn. de Sic. — L. 16, § 10, D. de publ. — l. 8, D. de pœnis. — l. 2. D. de termino moto.

(3) *Si quis fossam vel puteum fecerit, seu pedicam vel ballistam incaute posuerit, ibidem hominem vel pecus debilitaverit vel interfecerit, omni compositione sicut criminis.* Lex Ripuaria culpabilis judicetur, 70, § 2. — Cf. L. Burgund, XLVI.

(4) Cf. 8 C. XV, qu. 1. — c. 22, 23, X de homicidiis — V. 12, c. 3, de homicidiis VI. — De reg. jur., in VI, cap. 23.



se ocuparon de ella más que con relación al homicidio y al incendio (1). En las antiguas leyes italianas, una constitución de Rugiero castigaba con la pena de muerte al que precipitándose desde alto matase á un hombre, y al podador que había matado á otro dejando caer sin gritar, la rama cortada (2); pero Federico II redujo la pena del hecho culposo á sus justos limites, castigando aquellos hechos con un año de prisión cuando se realizaran en el lugar habitado, y dejándolos sin penar si ocurrían en despoblado (3). Además de esto, se consideró que en general, el homicidio realizado por mera culpa debía castigarse con pena extraordinaria (4).

La ley italiana de 1808 reunió en la definición que dió de la culpa la doctrina científica y la tradicional, declarando «que es delito culposo el que nace de un hecho no querido por el sujeto, pero cuyas consecuencias criminosas podía prever»; definición que hubiera sido más precisa si en lugar de decir *hecho no querido*, se hubiera considerado como causa del delito el *acto querido*, añadiéndose que la consecuencia criminal no se había previsto siendo previsible. El Código francés omite el establecer una doctrina general sobre la culpa, hablando de ella al tratar de los varios delitos en los que la negligencia puede castigarse.

§ 65. El Código vigente, que en este punto sólo se diferencia del anterior en los pormenores, sigue el criterio del francés, y sin exponer una doctrina general sobre los hechos culposos, examina la culpa con relación á cada delito en los que puede existir y ser punible. Así, en el hecho de la fuga de presos, se considera la negligencia del empleado público encargado de su custodia (art. 231); en los delitos contra la fe pública, castiga la negligencia de los empleados encargados de la misma (art. 288), y en los delitos de sangre, se tiene en cuenta el homicidio, las heridas y los golpes (arts. 371 á 375), cuando han sido realizados involuntariamente. Dejando para su lugar oportuno el hablar de los hechos culposos con relación á cada delito, trataremos ahora de deducir el concepto legal de la culpa del art. 371, en que trata el Código del homicidio culposo.

Dice el primer párrafo de dicho artículo: «Todo el que por im-

(1) Aretinus: «De malefic.», p. 105. — Clarus: qu. 84.

(2) Const. Qui de alto.

(3) Const. Panam.

(4) Const. Panam præcedenti.



prudencia, negligencia ó impericia en su profesión ó arte, ó por inobservancia de reglamentos, órdenes ó instrucciones, ocasiona la muerte de alguno, es castigado con la detención de tres meses á dos años y con la multa de 100 á 3.000 pesetas». Salvo el estar más precisadas las circunstancias necesarias para que el hecho aparezca como culposo, y el aumentar la penalidad, cuyo máximo era según el Código anterior dos años de cárcel ó 2.000 pesetas de multa ó la acumulación de ambas penas, este artículo no se diferencia fundamentalmente de su correspondiente 344 del Código de 1822. De ambos se deducen, como necesarios para la existencia de la culpa legal, tres requisitos: 1.º, que el hombre sea causa física directa ó indirecta, del hecho realizado (como el perseguir á una persona de modo que caiga en un precipicio, etc.), lo cual viene á expresarse con las palabras: «*occasione* la muerte de alguno»; 2.º, voluntariedad, no de la acción sino del daño sobrevenido como consecuencia de la misma, esto es, que falte la voluntad común y específica del evento funesto. A este efecto, el artículo 544 del Código anterior empleaba la palabra *involuntariamente*, que el legislador ha suprimido, creyendo con razón que era una redundancia inútil después de haber dicho, «por imprudencia, negligencia ó impericia, ó por inobservancia de leyes, etc.», causas todas que excluyen la voluntariedad del hecho criminoso producido; y 3.º, que el evento se realice, pues si no, aunque haya una persona que obró con negligencia sin funestos resultados, se le castigará por esta negligencia, pero no por una muerte negligentemente ocasionada.

Al tratar de los delitos de sangre la ley vigente, como la anterior también, habla especialmente de la culpa mixta de dolo y culpa, en cuyo caso se la considera como aquella *lata culpa quae non æquiparatur*. Así, la ley castiga como herida en la cara (*siffratura*) el homicidio, los golpes ó heridas que produzcan alguno de estos delitos, cuando el delincuente podía haber previsto las consecuencias de su acción (artículos 368 á 379). Y de igual modo, el abandonar un niño menor de doce años (siete decía el Código anterior), ó una persona incapaz de bastarse á sí misma, y de cuya custodia y cuidado esté encargado, será castigado cuando por el abandono u origine un grave daño en el cuerpo ó una perturbación mental (artículos 386 á 389). Por último, se aumenta la pena señalada para el aborto, cuando por él se produce la muerte de la mujer en cinta (artículo 382).



§ 66. Por la teoría expuesta respecto á la culpa, se explica mejor el concepto del caso, ya que en la esfera de los hechos involuntarios el caso es opuesto á la culpa. El criterio de ésta se encuentra en la previsibilidad de las consecuencias de un hecho, la cual hace reñible la ignorancia ó el error; la condición opuesta es el criterio del caso. La imposibilidad de prever las consecuencias de nuestros actos existe, cuando hemos puesto todo el cuidado que suele ponerse por un hombre diligente en el ejercicio de su actividad para que los derechos de los demás no sean violados por el hecho nuestro. El caso no puede ser sometido á penalidad de ninguna clase, pues aunque el hombre sea causa física del evento, éste debe considerarse como *infelicitas fati*; y si bien es cierto que algunas veces el caso se une á la culpa y aun al dolo, sin embargo, nosotros creemos que del caso nunca debe responder el sujeto activo como si fuese dolo ó culpa, porque *consilium uniuscujusque non factum puniendum est*. El Derecho romano sostenía que cuando absolutamente no se habían podido prever las consecuencias de nuestra acción, no había, respecto al evento producido, culpa alguna, y el hecho debía ser considerado como caso (1). El mismo criterio se sostenía por las leyes germanas y las canónicas.

En el antiguo Derecho italiano el homicidio sin dolo y sin culpa fué declarado impune como casual (2), y la ley de 1808 estableció de un modo explícito, que cesa toda punibilidad cuando en las acciones falte la intención de delinquir y la culpa (art. 9.º). Siguiendo diverso sistema, el Código de 1859 como el francés no habla del caso; pero este es precisamente el mejor argumento de la impunidad de los hechos casuales, pues que la ley no es doctrina, y principalmente la ley penal no necesita declarar que un grupo de hechos está exento de pena cuando así quiera considerarse; con su mismo silencio prohíbe castigarlos, correspondiendo á la doctrina de los juristas el reconocer sancionado implícitamente en el silencio del legislador el principio de que el caso no debe ser penado.

Sin embargo, cuando el caso se una al dolo en cualquier suceso criminal, *in odium criminis*, nuestras leyes reconocen como justo

(1) Cic. pro Planc. 14. — Cf. I. 14, D. de off. præs. — I. 30, § D. ad L. Aquil. — I. 23, § 7, D. loc. cond. — I. 4 § 1 D. ad L. Corn. de Sic. — I. 11 De inc. — *Gaii: Instit.* III; 282. — *Justin.* «*Instit.*» IV, 2, 12.

(2) Const. *Juris gentium*.



el considerar el caso como una circunstancia agravante del hecho doloso; así, con respecto á los delitos de sangre (golpes ó heridas) cuando de ellos proviene un delito mayor ó el delincuente no hubiese podido prever las consecuencias de un hecho doloso, lo castiga con la pena del delito mayor, pero disminuída. Igualmente las determinaciones se adoptan respecto al incendio (1). Pero de todas estas cosas hablaremos más especialmente en la teoría de los delitos.

### III

#### *De la fuerza mayor como negación del dolo (2).*

«Si las leyes civiles deben inspirar la perfección en el hombre, no pueden exigir que se den mártires al heroísmo, como la religión los ha dado á la fe, pero no pueden exigir que la religión castigar á los que no tengan valor que exige semejante sacrificio.»

*Filangieri: «Scienza della Legisl.», III, 2.*

§ 67. Para que pueda decirse que la voluntad humana concurre en un acto, es preciso que como voluntad libre sea el principio eficiente de la acción, y siempre que el hombre no es la causa verdadera sino más bien un instrumento sometido á una fuerza mayor, siempre que el hombre está subordinado á la violencia que obra por sí, llegando á ser inconcebible aquel propósito criminal en el que se halla toda la esencia del dolo. Sin embargo, como el hombre es una fuerza compuesta de dos elementos, uno la fuerza orgánica corpórea; otro la fuerza del espíritu, puede ser sometido á violencia: 1.º, cuando una fuerza mayor dominando la fuerza orgánica del cuerpo, se sirve de ella como instrumento para realizar un acto dado; y 2.º, cuando una fuerza mayor venciendo al espíritu, hace que éste impulse á la fuerza corpórea á alguna acción determinada. El primer caso constituye la violencia física; el segundo, la violencia moral.

(1) Art. 374 del Código penal italiano: «Cuando en los casos previstos en los artículos precedentes (referentes á lesiones personales), el hecho exceda en las consecuencias del fin propuesto por el culpable, las penas establecidas serán disminuídas de un tercio á la mitad.»

(2) *Fritsch*: «De presidio necessitatis contra legem», 1681. — *Homfeld*: «Necessitas exlex», Jen. 1675. — *J. S. Stryckii*: «De jure necessitatis», Hal. 1712. — *Weygand*:



§ 68. Cuando el hombre queda sometido á una fuerza material mayor que la suya, es causa aparente, no verdadera, de un fenómeno determinado, aun en el sentido de causa material, porque verdadera causa, no sólo en el mundo moral, sino también en el mundo físico, únicamente lo es aquello que realiza el movimiento sin ser movido por otra cosa. Aquel cuya mano ha sido sujeta á una fuerza para matar á otra persona, no obra, sino que permanece pasivo en el hecho criminoso, á pesar de su intervención en el mismo. Aquel que materialmente está imposibilitado para presentarse en un lugar donde la ley exige su presencia, no es causa física de no haber acudido. *Ad impossibilia nemo tenetur*. En la violencia material, el hombre no es causa física ni moral del evento; este le es completamente extraño. El Derecho no puede ser violado por aquel que está materialmente forzado ó materialmente impedido, pues la actividad jurídica presupone un fundamento natural de libre actividad física.

§ 69. Pero la coacción puede ser también moral, y cuando se presente en una acción, carece ésta de delincuencia con relación al sujeto que la realizó. En efecto, la ley moral es de tal naturaleza, que obliga á aquellos seres cuya libertad no está forzada, y todas las leyes que de la misma derivan y traen su fuerza obligatoria, no puede decirse que obligan sino precisamente á la voluntad que se halla libre de toda coerción. Por eso la esencia propia de la violencia moral está en que ha desaparecido la libertad del querer porque la voluntad no tiene ya ante sí una infinita variedad de actos posibles donde elegir, sino que se halla entre dos caminos por uno de los cuales ha de ir forzosamente; y si las leyes del orden moral se dice que están cumplidas sólo cuando se las obedece ha-

---

*Tractatus juris quo regula: nec necessitas habet legem explicatur*. Francf. y Leips 1725. — *Nettelbladt*: «De necessitate ejusque effectui in jure». Hal. 1725. — *Unger*: «De necessitatibus». Wirceb. 1752. — *Tittel*: «De eo quod licet secundum legem naturalem, summa necessitate urgente». Jen. 1763. — *Struven*: «De facultate utendi rebus aliis in casu necessitatis». Jen. 1664. — *Simon*: «De oblatione rei aliene in casu necessitatis». (Diss. p. II, n. 5, p. 175 á 199). — *Schott*: «De furto ex necessitate commisso». Tub. 1772. — *Camerling*: «De vi et effectui necessitatis in jure». Lugd. Bat. 1770. — *Antonin*: «Diss. de vi et metu». Argentor. 1681. — *Walch*: «De furto fame dominante facto». Jen. 1789. — *Leyser*: «Medd. ad randectas». Spec. 537. — *Bendorff*: «De jure necessitatis». Lugd. Bat. 1792. — *Oersted*: «El Derecho de la necesidad» (ibid.). Arch. de D. Crim., V, p. 343. — *Alberda van Eckenstein*: «De dementia et vi majoris». Gron. 1836. — *Berner*: «De impunitate propter summam necessitatem proposita». Berolini. 1861. — *Janka*: «El estado de necesidad en materia penal» (ibid.), 1878.



biendo podido transgredirlas, de igual modo puede decirse que las violadas únicamente cuando habiendo podido prestarles obediencia, se han quebrantado sus preceptos. Es verdad que ya el jurisconsulto Paulo decía: *voluntas coacta, voluntas est*; pero esto no pide que la *voluntas coacta* esté exenta de dolo. En primer lugar para que haya dolo se exige la *libertad de querer*, no bastando el mero querer, y no es libre la voluntad cuando está cohibida por la necesidad de evitar un mal mayor. Por otra parte, el dolo no es únicamente la *voluntad de realizar un hecho que la ley castiga*, sino la *voluntad de conculcar el Derecho y la ley como expresión de éste*, realizando el hecho conculcador. La violencia moral no quita la voluntad de realizar el hecho (positivo ó negativo), que la ley ha permitido, sino que quita la intención de realizar con él una violación jurídica.

Pero para que exista semejante coacción moral, es precisa una situación urgente que mueva á la voluntad á quebrantar el precepto de la ley para evitar un mal que se presenta ante la conciencia del individuo como mayor que el delito que se trata de cometer. Explicando Rossi la doctrina de la coacción, principalmente con relación al temor, dice: «El acto no puede ser disculpable sino cuando el agente cede al instinto de la propia conservación, cuando se halla en presencia de un peligro inminente, cuando se trata de su vida.» Este criterio es incompleto, y únicamente valdrá cuando se trata de un delito de muerte; pero pueden darse otros casos en que lesionándose un derecho menor, no se exija como elemento de justificación el peligro de la vida. El verdadero criterio en este punto se halla en la urgencia, fundada en la amenaza de un mal mayor; y por eso es preciso: 1.º, un peligro inminente; 2.º, de un mal que aparezca en la conciencia del individuo como más grave que el que va á cometerse; 3.º, que no pueda ser evitado de otro modo que realizando aquel hecho prohibido por la ley.

§ 70. El Derecho romano definía la fuerza mayor: *majoris rei impetus cui resisti non potest* (1); y no sólo la necesidad de salvar la propia vida, sino también la de salvar la integridad corporal, la integridad del honor, y á veces hasta la integridad de los bienes, producían la impunidad dentro de ciertos límites. Así, no era responsable aquel que arrojaba al mar las mercancías ajenas para salvar

(1) L. 2 D. quod met. causa.



var las propias (1), ni el que por salvarse de un incendio ocasionaba daño en el edificio vecino ó penetrase en él (2), ni el que cortaba la cuerda del ancla ajena para salvar su propia nave de la fuerza del viento (3); y en general, encontramos previstos en el Derecho romano los casos en que se realizan hechos por temor de un mal mayor que nos amenaza. *Vanitimoris justae excusatio non est* (4). Carlo Magno sometía á un ayuno de tres semanas al que robaba por hambre (5). Hasta en el Derecho canónico se formuló como regla general la impunidad de los hechos que son realizados en un estado de necesidad que obligue al agente á delinquir (6): la necesidad de alimentos ó de vestidos era causa de exención según los preceptos de esta legislación (7).

Muchas legislaciones modernas han prefinido algunos casos como los únicos en que debe apreciarse la fuerza mayor, pero este sistema ha originado cuestiones complicadas y se ha resuelto en principios parciales é incompletos: de ello presenta un ejemplo el Derecho penal inglés, que mientras por una parte disculpa, de conformidad con el Derecho americano, la realización de un hecho cometido bajo el influjo de una amenaza (8), por otra restringe el concepto legal del temor al de cosa gravísima, esto es, al relativo á la persona (9), y no admite que el hambre justifique el hurto (10). Así también, los códigos alemanes quisieron especificar la violencia física y la moral, y con respecto á esta última quisieron enumerar sus causas, restringiéndolas unos al temor de perder la vida y extendiéndolas otros al temor de perder la vida y la integridad personal, añadiendo la especificación de los parientes en defensa de los cuales puede obrarse. Pero el Código francés de 1810 sigue

(1) L. 14 pr. de præser. verb.

(2) L. 3 § 7 D. de incend. — I. 49 § L. D. ad L. Aquil.

(3) L. 23 § 9 D. ad L. Aquil.

(4) L. 184 De reg. jur. — *Metum autem non vani hominis sed qui merito et in hominem constantissimum cadat*, l. 6 D. quod. met. causa. — *Metum non jactationibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit*, l. 9. C. de his quæ vi. — Cf. l. 13, C. de trans.

(5) Cap. III, de furtis.

(6) *Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum* (C. 4, X, de reg. jur.). — *Necessitas legem non habet* (c. 11, Dist. I, de consecr.).

(7) *Discipulos cum per segetes transiendo evellerent spicas, ipsius Christi vox innoces vocat, quia fame coacti hoc fecerunt* (Decreti, p. III, dist. V, can. 26). — Cf. Decret. Gregor. Lib. V. tit. 18 de furtis, c. 3. — c. 41, de R. J. in VI.

(8) Stephen: «Summary of crim. law.» c. 2 in fin. — «Penal Cod. of Georgia», Sección XII, 1.ª división. — «Código de la Luisiana», art. 40.

(9) Stephen: Loc. cit.

(10) *Are not excused for larcenies committed from want.*



otro sistema que evita muchas dificultades, recurriendo á una fórmula general única que la ley puede establecer *a priori*, y deja al juez de hecho la apreciación de los casos particulares: *No ha sido culpable (dice el art. 64), cuando el agente ha sido cohibido por una fuerza mayor á la cual no ha podido resistir*. Esta fórmula se reproduce en la legislación italiana, transmitiéndose al Código napolitano de 1819, y de éste á todos los códigos italianos posteriores.

§ 71. La legislación vigente italiana sigue á la anterior de Francia, y ambas se atienen al sistema del Código francés. El art. 46 del Código italiano vigente, dice: «No es responsable aquel que en el momento de realizar el hecho se hallaba en tal estado de enfermedad de la mente, que le quitaba la conciencia ó la libertad de sus propios actos. Sin embargo, cuando el juez estime peligrosa la liberación del imputado, puede ordenar su entrega á la Autoridad competente para que adopte las providencias que procedan.» Esta fórmula de carácter general contenida en la primera parte de este artículo, evita muchas discusiones puramente escolásticas, como la que se refiere á ver si la enfermedad de la mente afecta sólo la inteligencia ó trae consigo también la pérdida de la libre determinación de sí mismo para obrar ó dejar de obrar. La segunda parte del artículo deja planteada la cuestión de los manicomijs criminales. Esto no es materia propia del Código penal, y el legislador con esta norma asigna al juez el poder de confiar á la Autoridad competente á aquél que á la vez que es absuelto por haber sido reconocido como agente inimputable, es siempre un ser peligroso si queda libre y abandonado á sí mismo.

Pero la escuela de los antiguos penalistas había consagrado otro principio de que ha prescindido el Código francés, y es que existe á veces un estado que no quita del todo la libertad del que delinque, pero que la disminuye considerablemente. Así Farinaccio había dicho: *Qui delinquit non coactus absolute, sed conditionaliter puniendus aliqua pena extraordinaria* (qu. 97, n. 2). Esta doctrina, olvidada por la legislación francesa, fué acogida por el Código parmesano y reproducida por el albertino y por el anterior de 1859. El vigente también la establece, sin más diferencia con relación al anterior que variar la determinación de la disminución de la pena. «Cuando el estado mental indicado en el artículo anterior, dice el art. 21, era tal que disminuía grandemente la imputabilidad sin excluirla, la pena establecida para el delito cometido es disminuida según las reglas siguientes ...»



§ 72. No pudiendo la ley determinar *a priori* los casos de coacción moral, tiene que dejar su apreciación al prudente criterio del juez. Pero si la ley no puede enunciar todos los casos que en la práctica se den, por lo cual recurre á una fórmula amplia y general que sea lo más comprensiva posible, hay dos casos que *a priori* pueden considerarse de tal naturaleza, que deben producir como resultado la exclusión de una voluntad libre, y éstos es preciso que los indique sin dejar al juez la apreciación de si coartan ó no la voluntad humana. El primero de estos casos es la necesidad de la defensa contra la agresión injusta (*moderamen inculcata tutelae*); el segundo, es la necesidad legal de la obediencia jerárquica que limita la libertad de querer y de obrar en aquellos que están sometidos al mandato de otro (*jussio*).

§ 73. A. De la defensa legítima (1).—Cuando una agresión ilegítima se presenta de tal modo que á la sociedad le es imposible acudir en defensa del individuo, cualquiera persona que trate de defender al injustamente agredido, no puede por aquella situación de necesidad y de colisión de derechos ser considerada y penalizada como voluntaria transgresora de la ley. El Derecho romano consideró la *inculcata tutela* como una causa de justificación fundada en el Derecho racional *Vim vi repellere licet; idque jus naturae comparatur* (2). De igual manera en el Derecho germano se libraba aquel que por necesidad causaba á otro la muerte ó heridas; y sólo si *illaesus abscesserit*, pagaba la mitad del guidrigildo (3). El Dere-

(1) Böhmmer, en su «Manual de Literatura del Derecho Criminal», publicado en Göttinga en 1816, enumera (§ 112) más de ochenta monografías sobre el *moderamen inculcatae tutelae*, publicadas desde 1547 hasta 1800. Absteniéndonos de apuntar aquí todas ellas, indicaremos únicamente las siguientes: Grottenhauer: «De la defensa necesaria» (alem.). Breslau 1806. — Van der Maesen: «De justa sui defensione» (latín). Utrecht, 1807. — Bang: «De moderatione inculcatae tutelae». Havn. 1819. — Smet: «De legitima sui defensione». Lovan. 1821. — Lennep van Marsels: «De moderamine inculcatae tutelae». Lugd. Bat. 1827. — Levita: «El derecho de defensa» (alem.). Gießen 1856. — Geyer: «La doctrina de la defensa necesaria» (alem.). Jena 1857. — Van de Gravel: (N. Arch. de D. Crim. III, p. 278); di Zöpfl: (A. di D. Cr. — Nueva serie, 1842, p. 118, 311. 1843, p. 278); di Berner: (A. di D. Cr. — Nueva serie, 1848, 547. — Dalmat: «Quistioni di Diritto» (vol. II, n. 25, 26, 28, 29, 35; vol. III, 12). — Gregory: «Comm. De inculpat. tutelae moderatione», 1864. — Wessely: «La necesidad y la defensa necesaria» (alem.). Prag, 1862. — Friedrich: «Diss. de inculp. tutelae postulata». Berolin 1863. — Wahlberg: «El carácter jurídico de la defensa necesaria» (alem.). 1879.

(2) L. I, § 27, D. de vi. — *Vim vi defendere omnes leges omniaque juras permittunt*, 46, § 4 D. ad L. Aquil. — Cf. I, 3 D. de jus. et jure. — I, 4. D. ad L. Aquil. — Cf. pro C. Mil. c. 4.

(3) Lex, Burgund. tit. XLVIII, art. 1, 2, 4. — Cf. L. Ripuar. tit. LXXII, 79. —



cho canónico reprodujo la doctrina romana (1), y todas las legislaciones modernas han consignado este mismo principio.

Los antiguos penalistas trataron de formular la doctrina de los hechos de sangre cometidos por la necesidad de la defensa, y entre ellos B. Carpzovio exige: a) *impetus inopinatus et injustus*; b) *laesio choata*; c) *periculum in mora*; d) *damnum irreparabile* (2). Los requisitos que vienen á exigirse según el concepto legal, son los siguientes:

I. La defensa debe ser legítima en su causa: no puede tenerse por *inculcata tutela* la del que se ha colocado con su acción ilegítima en condición de ser ofendido, ó la del que se resiste á una justa violencia (3).

II. La necesidad debe ser *actual*, esto es, debe nacer de la presente presencia de una agresión que constituya inmediatamente un peligro personal (4).

III. La defensa debe dirigirse solamente á rechazar la agresión injusta: todo exceso constituye un delito, si bien atenuado por el estado de defensa en general (5).

IV. La defensa no se limita á la vida sino que se extiende á la integridad tanto física como moral de la persona (6).

V. La defensa no se limita á la *propia* persona sino que se extiende también á la de los demás. Efectivamente, en el Derecho romano la defensa correspondía *sibi vel suis* (7), y no sólo á los sibi

Lex, Fris. tit. V, de homin. qui sine composit. occidi possunt. — L. Angl. et Wic. tit. VII. § 3. — Baiuvar. tit. III. — Edict. Rotharis, c. 32. — L. Wis. VI. 5.

(1) En el Derecho romano se ha dicho: *Illum solum qui vim inferit ferire conatur et hoc si tuendi duntaxa non etiam ulciscendi causa factum sit* (l. 45 D. ad L. Aquil. Y en el D. Can: *Quamvis vim vi repellere omnes leges et omnia jura permittant, non id debet fieri cum moderamine inculpatæ tutelæ non ad sumendam vindictam sed ad propulsandam injuriam* (C. 2. X, de homic.). — Cf. c. 18, eod.

(2) *Prac. nova*, t. I. qu. 28-33. — Bohemer: «Obs. ad Carpz.», qu. 28, n. 2.

(3) *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest*. l. 109 D. de vi et vi armata. — *Illum solum qui vim inferit ferire conceditur*. l. 45, § fin. D. ad L. Aquil. — Cf. l. 3, C. an L. Corn. de Sic. — l. 5, C. de jure fisc. — l. 4, C. de discen. — l. 5, de metat. et epid. — l. 5, C. de exempt. et exact.

(4) *Hoc confestim non ex intervallo*. l. 3, § 9 D. de vi et vi armata.

(5) *Tuendi non ulciscendi causa*. l. 56, C. ad L. Aquil.

(6) *Qui latronem coedem sibi inferentem vel alium quemlibet stuprum inferentem occiderit puniri non placuit; alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defendit*. Paul: Sent. Rec. V. 92, § 8. — L. 4 § 4 D. ad L. Corn. de Sic. — l. un. pr. C. de raptu virginium.

(7) L. 1, § 4 D. ad L. Corn. de Sic.



vos que tenían el deber de custodiar la vida de sus amos (1). En el Derecho vigente, la solidaridad humana hace que también el extraño pueda ser defendido.

VI. La necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro, es cuestión puramente de hecho: la ley no puede fijar todos los casos con presunciones, teniendo que dejar al juez el examinar si han concurrido los requisitos enunciados de un modo general. Solamente hay algunos casos que *a priori* deben ser considerados como condiciones de la defensa para ser legítima, y deben fijarse en la ley dejando á salvo los demás que en la práctica puedan darse. El rechazar las agresiones hechas al domicilio, frecuentemente han sido consideradas como uno de los casos de defensa legítima. Así vemos que en el Derecho romano tenía tal carácter la muerte del ladrón nocturno, cuando el agredido *parcere ei sine periculo non potuit*, y la muerte del diurno *si is se telo defendat* (2). En el Derecho germano, no sólo nos encontramos con que no se castiga la muerte del ladrón durante la perpetración del hurto, sino que es impune la muerte ocasionada para rechazar la agresión nocturna al domicilio (3). Ambos casos fueron previstos por las legislaciones modernas: el Código francés y el Código italiano reprodujeron y ampliaron esta doctrina.

El núm 2.º del art. 49 del Código vigente trata de la defensa propia y de la de extraños. «No es responsable, dice dicho artículo, aquel que ha cometido el hecho: ... 2.º, siendo obligado por la necesidad de rechazar una violencia actual é injusta contra sí ó contra otros»; con lo cual determina que no ha de tratarse de una violencia ya sufrida, sino de una violencia inminente, de una *laesio imminens* y que ésta ha de ser referente á la persona (*contra si ó contra otros*).

§ 74. B. De la obediencia jerárquica (4).—El hecho que la ley

(1) L. 4, D. ad L. Corn. de Sic.

(2) Gayo dice: *Lex XII Tabb. furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen ei ipsum cum clamore testificetur* (l. 4, D. ad L. Aquil.), —Ulpiano añade: *Furem nocturnum si quis occiderit ita demum impune fore si parcere et sine periculo non potuit* (l. 9, D. ad L. Corn. de Sic.). Y en la *Instituta* de Justiniano: *Qui latronem occiderit non tenetur utique si aliter periculum effugere non potest* (IV, 3, § 2). — Cf. Paul. Rei. Sent. lib. V, tit. 22, § 8.

(3) L. Angl. et Werin. tit. VII, 4. — Edict. Rotharis, c. 33.

(4) Croll: «An et quatenus jussio eum qui paret a poena excuset, eamve minuat.» Ceips, 1875, en *Opusc. jur. Crim.*, n. VII. — Brauer: «La obediencia como fundamento de la impunidad» (alem.), en el *Gerichtssaal*, año VIII, pág. 381.



considera delito, aunque mandado por el superior jerárquico, siempre tal delito considerado en sí mismo: lo único que es preciso examinar en este lugar, es si de este delito puede responder dentro de qué límites, el que lo ha cometido obedeciendo una orden dada por un superior. Cuando la ley impone á un individuo la obligación de hacer la voluntad de otro hombre que se le ha dado como superior, la propia voluntad, la libertad de su querer se halla limitada por aquel precepto; y el sujeto no puede abstenirse de obedecer sin incurrir en cierta responsabilidad, por haber violado la obligación de la obediencia jerárquica. Las legislaciones han considerado la eficacia de este principio según las varias formas de subordinación de un hombre á otro que se han presentado en la historia. El Derecho romano fundó una doctrina en la que por mucho que cambien las formas de la obediencia jerárquica, señala un límite muy razonable al principio de la *necessitas obediendi*. Es verdad que por regla general determina la responsabilidad del que manda sin que incurra en culpa alguna el que es obligado á obedecer (1); pero no siempre el Derecho romano eximía de pena á los que por obediencia se han determinado á violar la ley, porque cuando el contenido de la orden presenta ya las apariencias de un delito grave, no hay autoridad alguna que pueda hacerse superior á la autoridad de la ley (2).

Esta justa distinción no existe en las leyes bárbaras, donde estableció que cualquier hecho cometido por el siervo debía ser indemnizado por el dueño (3); y el mandato del Rey ó del Duque libraba al ejecutor, de toda responsabilidad (4). Sin embargo, entre aquellas leyes una disposición importante del Derecho anglosajón; tal es la de que cuando alguno lleve á casa objetos robados, no es responsable su consorte (5), á consecuencia de lo cual se ha establecido en el Derecho inglés que las mujeres no son culpables si por instigación de su marido cometen algún hurto, estafa ó atenta-

(1) *In idam dat qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est cui parere necessitas est.* L. 119, D. reg. jur.

(2) *Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris ignoscitur servis si domino obtemperaverint.* L. 157, D. de reg. jur. — Cf. l. 20, de oblig. et action. — L. 167, D. de reg. jur.

(3) *Quidquid servus vel litus, JUBENTE DOMINO, perpetraverit, domitus emendat.* L. Saxon. XI, § 1. — Cf. L. Frison. I, 14. — Ed. Rotha. c. 153.

(4) L. Bajuvar. II, § 8.

(5) Leyes del Rey Ine, c. 57.



todo á las costumbres; doctrina que no se aplica á los hechos de alta traición ó de homicidio (1).

En el Derecho canónico se halla el germen de la doctrina moderna que exige en el inferior una mayor libertad, al determinar el principio de que no hay obligación de obedecer el mandato que contenga alguna infracción de la ley divina (2).

Entre las legislaciones de los pueblos modernos hay un Estatuto de Casimiro el Grande, Rey de Polonia, según el cual el mandato no puede llegar á constituir causa de justificación (3); pero la doctrina romana ha sido siempre la más seguida, y los prácticos hicieron una aplicación de la misma entre padres é hijos (4). Esta doctrina pasó también á los Códigos modernos, con la determinación de que en los hechos que revelen por sí mismos una delincuencia grave, la obediencia no puede justificar á su autor. Así el Código francés justificó el homicidio y las lesiones, únicamente cuando además del mandato de la autoridad legítima, existiera un precepto legislativo; y sólo para los actos contra la libertad individual, exige responsabilidad al superior que dió la orden. En algunos Códigos alemanes se declaró que el realizar un delito en virtud de mandato, constituye un hecho punible; pero que si el mandato emanó de un funcionario público y el acto mandado es castigado únicamente como abuso ó violación de los deberes del empleo, sólo el empleado público que dió la orden debe ser responsable, no el ejecutor material (5). Livingston, aplicando tal doctrina á la jerarquía militar, estableció en su Código que el mandato es causa de justificación cuando se trate de delitos leves (*misdeemeanours*), pero no cuando se trate de delitos graves (*crimes*) (6).

§ 75. Si hay alguna teoría que presente dificultades en materia penal, es precisamente la de la obediencia, respecto á la cual se presentan soluciones muy discordes según las condiciones de organización política y las instituciones civiles y militares de los diversos países. Y aumentan las dificultades cuando se tienen en

(1) Loya: «Droit Anglais», t. 2, p. 212.—Stephen: «Summ.», c. 2, al final.

(2) Si bonum est quod præcipit imperator ei proeses, jubenti obsequere voluntati; si vero malum, responde ei illud de Actibus Apostolorum OBEDIRE OPORTET DEO MAGIS QUAM HOMINIBUS. C. XI, qu. 3, § 1.

(3) Estatuto Vislica, 1347.

(4) Filius in levioribus criminibus excusator de mandato et jussu patris, secus in gravioribus.—Farinac: qu. 97, 153 y sig.—Cf. Gómez: «De delictis»; c. 3, de homic, n. 42.

(5) C. de Baviera, art. 122; de Hannover, art. 85; de Assia, art. 40.

(6) Code of crimes and punishments of Louisiana, arts. 36, 37.



cuenta dos principios que se hallan colocados frente á frente: el de la responsabilidad del que obra contra la ley, y el de la necesidad de una acción directa no estorbada por los órganos secundarios, y las varias manifestaciones de la vida del Estado. Sin embargo Rossi proclamó una doctrina que dió gran luz sobre esta cuestión de suyo tan confusa, y que es preciso no olvidar para proceder con todo rigor en la investigación de la verdad. La doctrina de Rossi es la siguiente. En materia de hechos criminosos cometidos en virtud de orden ajena, la responsabilidad del que manda está en razón directa de su facultad de mandar, y la responsabilidad del que obedece en razón inversa de su dependencia del superior. Esta doctrina se funda sobre aquel otro principio, según el cual la responsabilidad está en razón directa de la libertad del querer. Pero si el que obra es tanto menos responsable cuanto mayor es su dependencia del superior por el acto que éste le ha mandado, es preciso investigar si existe una condición en que la dependencia con relación al superior, quite por completo la responsabilidad del inferior. Ahora bien: esta condición no puede admitirse de un modo absoluto, pues si es verdad que en algunas esferas del Estado la disciplina y la rapidez en la ejecución de lo mandado hacen que sea delito toda desobediencia, como sucede en la milicia, sin embargo, no podemos hallar en esta condición una absoluta y completa inculpabilidad para cualquier hecho que pueda realizarse que obedece, pues como hace notar muy oportunamente Rautavaara el Estado puede oscilar en sus fundamentos siempre que admite la ilimitada obediencia pasiva, y un general estaría expuesto á ser matado por un soldado si el inmediato superior de éste se lo ordenara.

¿Cuál es, pues, el criterio verdadero para determinar la inculpabilidad del inferior que obra? Hay casos en los que es imposible reconocer la obediencia pasiva ilimitada, los cuales creemos que pueden comprenderse en aquella fórmula del Derecho romano: *ea quæ habent atrocitatem facinoris*. En estos casos no basta para justificar al ejecutor el mandato del superior, sino que es preciso que encuentre en la ley el precepto que le obligue á realizar algún hecho en que se descubran las apariencias de delito grave. Pero hay otros casos que *non habent atrocitatem facinoris*, y en ellos el inferior puede encontrar en el mandante del superior una causa de justificación *quia parere necesse est*: lo cual ocurre en aquellos hechos que pueden ser mandados en determinadas condiciones.



para los que algunos individuos, como revestidos de mandato jurídico por la autoridad civil, están llamados á cumplir las órdenes que reciban. Así, la violación del domicilio de un ciudadano y todo acto arbitrario, ya contra la libertad individual, ya contra los derechos civiles de uno ó más ciudadanos, constituyen por sí mismos un hecho criminoso; pero la ley reconoce algunas condiciones de exención á las cuales el inferior puede estar exento de responsabilidad jurídica, la cual cae exclusiva y enteramente sobre el superior que dió la orden.

La determinación de estas condiciones hállase contenida en la fórmula general del núm. 1.º del art. 49. Dice así este artículo: «No es responsable aquél que ha cometido el hecho: 1.º, por disposición de la ley ó por orden que estaba obligado á cumplir de la Autoridad competente.» Dos partes comprende este número: una, ya estudiada en el cap. II de este libro al tratar del criterio de ilegitimidad intrínseca del delito, referente á la no existencia de hecho punible, porque *juris executio nullam habet injuriam*; y otra, que es la pertinente ahora, relativa á la impunidad para el agente material, de cuya acción debe responder otro sujeto: de modo que en este caso existe el delito en sentido objetivo, pero no en sentido subjetivo para el ejecutor material, en cuanto que la pena asignada por la ley para el hecho cometido se aplica al funcionario público que dió la orden. En efecto; no comete ningún hecho punible el alguacil que en virtud de mandamiento judicial procede al embargo de bienes, ni el que somete á prisión á un individuo, ni el soldado que fusila á otro. Pero en este segundo caso del artículo que estamos examinando, á diferencia del anterior, la causa de exención es personal; no tanto depende del hecho, como de la persona que lo realiza, pues que la irresponsabilidad se refiere únicamente al agente que obra en ciertas condiciones y en virtud de las mismas. Por esto mismo puede suceder que este hecho, considerado en sí mismo sea delito, en cuyo caso alguien ha de responder de él, por lo cual determina el último párrafo del art. 49, que «en el caso previsto en el núm. 1.º, si el hecho cometido en ejecución de la orden de un funcionario público constituye delito, la pena establecida para el mismo se aplica al funcionario que ha dado la orden.»



## IV

## De la imputación (1).

«An dolo quid factum sit ex facie  
noscitur».

L. I, § 2, D. de doli mali con-

§ 76. La imputación, en sentido estricto, es la *confirmación del dolo*; confirmación que consiste en un juicio en virtud del cual se reconoce que un evento exterior tiene por *causa moral* aquella persona que es su causa física, teniendo su fundamento en haber querido realizar algún acto sabiendo que su consecuencia era una acción contraria á la ley. Supuesta esta noción, es fácil deducir de ella que el dolo constituye un fenómeno interno, un hecho psicológico de la personalidad humana; y para que el dolo sea condición necesaria del delito, es preciso que la sociedad jurídica pueda relacionarlo en la conciencia del hombre. Con este principio hallanse relacionadas dos afirmaciones que deben tratarse separadamente:

a) La primera es, que siendo el dolo un hecho especial é individual, su reconocimiento no puede someterse á reglas jurídicas establecidas *a priori*, excepto la referente á la necesidad de que sea demostrada su existencia en el hecho criminoso.

b) La segunda, que siendo el dolo un hecho del espíritu humano, pertenece en potencia á todos los seres humanos, y sólo excepcionalmente dejará de darse en aquellos que en el momento de realizar la acción no tengan la luz de la inteligencia, en lo cual funda la teoría de la *inimputabilidad* de algunos hombres, como

(1) *Graffe*: «D. de imputandis delictis» Leips. 1856.—*Trendelenburg*: «Specimen juris naturæ exhibens genuinam imputationis notionem». Helmst. 1761, 4.<sup>o</sup>—*Mauver*: «Specimen exhibens doctrinam de imputatione ad delicta universa applicata». Lugd. 1775.—*Eckardt*: «Principia juris naturalis de actionum moralitatis ius crim applicata». Jen. 1688.—*Mereau*: «De la moralité é imputation des actions humaines, con relación á la penalidad» (alem.), en sus *Estudios*. Ley. 1797, 8.<sup>o</sup>—*Klein*: «De la imputación de los delitos» (alem.), Arch. de D. Crim. t. I. Weber: «Consideraciones sobre la imputación de los delitos» (alem.). N. Arch. D. Crim., t. VII.—*Kleinschrod*: «Doctrina de la imputación en los delitos» (alem.). N. Arch. de D. Crim., t. I.—*Berner*: «Doctrina de la imputación» (alem.). Berl. 1843.—*May*: «La imputación jurídica» (alem.). Zurich 1851.—*V. Ronne*: «La imputación criminal» (alem.) Berlin 1870.—*Schaper*: «Doctrina de la imputación» (alem.) en el *Manual* de Holtzendorff, II, p. 157.



cción á la regla general de que el hombre es responsable de sus acciones.

§ 77. La naturaleza de las cosas trae consigo que los hechos individuales son de variedad tan indefinida, de tal accidentalidad, que no pueden ser sometidos á un criterio universal del que se derivan reglas fijas que puedan elevarse á la categoría de presunciones jurídicas. Y sobre todo, cuando se considera que los hechos psicológicos de un individuo no aparecen inmediatamente en la conciencia de los demás hombres, sino únicamente en las acciones mismas del hombre, y de aquí la necesidad de elevarse de los hechos sensibles á la causa moral, penetrando de este modo en las profundidades del espíritu humano para describirlos allí, claramente se deducirá que es imposible elevar algunos sucesos de la realidad á presunciones irrevocables de propósito criminoso. Es verdad que hay algunos hechos de la actividad humana que ordinariamente se manifiestan como exterior reflejo del movimiento interno doloso, y á ellos se refieren las locuciones, *res ipsa in se loquax habet, dolo factum, dolo fecisse videri*; pero este reconocimiento significa siempre una cuestión de hecho que debe dejarse al inflexible criterio del juez, á quien precisamente corresponde ver si hay dolo en la acción, y si al faltar es por una condición de ignorancia ó error (y subordinadamente como culpa ó caso), ó por una condición de violencia á la que no se ha podido resistir. El legislador, pues, no puede establecer presunción de dolo ni otra regla general sino la de que el dolo debe ser probado, como un elemento necesario para constituir el hecho criminoso. Para conseguir esto, el juez debe apreciar todo el hecho exterior que se presenta en la realidad, y por él si es posible y en cuanto lo sea, elevarse á la investigación del propósito, analizando el hecho en su contenido, esto es, en todos sus elementos y en sus relaciones con los hechos que le han precedido, acompañado ó seguido (antecedente, concomitantes ó subsiguientes), para poder pronunciar un justo fallo.

§ 78. El Derecho romano ha sostenido constantemente la necesidad de que el dolo sea probado con verdaderas razones: *Dolum ex perspicuis judiciis probari convenit* (1); sólo por estas aquellas le-

(1) L. 6. C. De dolo malo. — Cf. l. 6. D. probat. — L. 18 § 1 D. eod. — L. 4, 10 C. de resc. vend. — L. 25 C. de probat. — L. 9 C. quod. met. caus. — L. 11 C. de accus. — L. 1 § 5 C. ad L. Corn. de Sic. — L. 1. § 3. — L. 16 D. eod. — L. 5 C. de injur. — L. 1, C. de exc. rei judicate. — L. 2 pr. D. dolo malo excep.



yes contenían criterios reguladores de las pruebas, de lo cual viene que para muchas acciones frecuentemente se hallan empleadas las fórmulas *dolo factum esse, dolo fecisse videri*. Pero la cuestión del dolo exige un examen completamente de hecho, partiendo de la contemplación del evento exterior para ver si la participación que haya podido tener la voluntad. *An dolo factum sit ex facto cognoscitur* (1). Los glosadores de la Edad Media creían deducir del Derecho romano el principio de que en los hechos ilícitos debe presumirse la intención perversa, cuya intención viene admitida como doctrina indudable por la mayoría de los juristas; así, Gandino (2), Alciato (3), Cujas (4), Marchiusi (5), Mascardo (6), Farinacio (7) y Mattei (8), sostuvieron como principio del Derecho romano *quod quisvis praesumitur nisi contrarium probet*; cuya sentencia escrita en el Derecho romano para un caso especial, de ninguna manera puede ser considerada como principio general, cuando vemos consagrado en otros muchos pasajes el principio opuesto. Por eso con razón han afirmado los modernos intérpretes del Derecho romano, que éste no reconocía la presunción del dolo en los hechos ilícitos, y si bien Reesema ha sostenido el criterio del dolo presunto, Vening Meijer ha examinado los varios casos previstos en el Derecho romano sobre este punto, concluyendo por asegurar que lejos de ser regla general la presunción constante á favor del dolo, lo era más bien la de que *el dolo debe ser probado* (9).

Las modernas legislaciones no reconocen verdadera presunción de dolo; éste, es decir, la voluntariedad de la acción, ha de ser probada de igual modo que todos los demás elementos del delito, por lo que el juez debe castigar sólo cuando vea probado ante sí el hecho criminoso; y no se halla éste probado, sino cuando los elementos

(1) L. 1 § 2 D. de doli mali exc.—Cf. L. 1 § 3 D. ad L. Corn. de Sic.

(2) Rub. de homicidiariis, n. 28, p. 360.

(3) Comment. ad tit. de jud., c. 10.

(4) Comment. ad tit. Cod. ad L. Corn. de Sic.—Sin embargo, Cujas en un lugar declaró: *El generaliter qui dolum adversario objicit ei incumbit probatio* (ad L. 1 D. de probat.).

(5) D. presumption. V. 3, n. 45 y sig.

(6) Conclus. probat. 352, n. 10 y sig.

(7) Quaest. 88, n. 11 á 24.—Qu. 89, n. 74.

(8) De Criminibus XLVII, 4, 1, 10.

(9) Esto no impide que en algún pasaje de Derecho Romano se halla formulada alguna sentencia contraria, dictada á consecuencia de las reglas legales de las pruebas. *Collatio legum Mos. et Roman.* I. 8.



esenciales de todo delito, en su generalidad y en la especialidad de la categoría á que pertenecen, están demostrados; además de que el legislador no ha enunciado ningún caso en que deba presumirse necesariamente el dolo. Todo lo cual significa que se ha delegado enteramente al criterio moral del juez el apreciar si existía ó no la voluntad de realizar una acción contraria al Derecho, sin poder admitir la presunción afirmativa.

§ 79. Pero si la ley penal no puede fijar *a priori* presunción alguna sobre la *delincuencia del dolo en el hecho*, no debe tampoco dejar de establecer algunas presunciones sobre la *imposibilidad del dolo*, sino que debe fijar reglas sobre aquellos estados ó condiciones del espíritu humano, por los que *a priori* puede saberse que el dolo no ha existido. Estas condiciones psicológicas, ó tienen su fundamento en las mismas leyes de la vida universal, por las que todavía se presenta como un suceso futuro la vida racional del hombre, ya que todos recorren una edad en la cual la vida incipiente lleva consigo la falta de madurez de la inteligencia, ó tienen su fundamento en contingencias por virtud de las que aparece la privación de la mente como excepción á la regla general de que los seres humanos, como tales, se hallan dotados de inteligencia y libertad. Esto da materia á dos doctrinas que exigen estudio separado: la de la *menor edad* y la de las *enfermedades de la mente*.

## V

*De la menor edad como causa de exclusión del dolo (1).*

Nam veluti infirmo pueri teneroque vagantur  
Corpore, sic animi sequitur sententia tenuis;  
Inde ubi robustis adolevit viribus ætas,  
Consilium quoque majus, et auctior res animi vis.  
Lucret: «De rerum natura», III.

§ 80. Por lo mismo que es una ley de la vida toda en general, como la de cada vida en particular, esto es, la ley de producirse ó

(1) Caroccius: «De minore delinquente». Francf. 1609, 8 — Schults: «Diss. de de-  
fectu puerorum». Altdorf 1683 — Cordoillet: «D. de minoris dolo» Argent. 1781 —  
Cramer: «Programma de venia ætatis» Leips. 1809. — Cramer: «De pubertatis ter-  
minis ex discipl. Roman» Kiel. 1824 — Mochl: «De minori ætate punienda». Hei-  
delb. 1834 — Kitka: «Imputabilidad de los jóvenes delincuentes» (alem.). Arch de  
Crim. 1834. — Engenkens: «De imput. ad pœnam propter ætatis defectum». Gro-  
ning. 1834. — De Jonge von Ellermeet: «De minori ætate noxiam et pœnam vel tollen-  
dam vel diminuentem». Traj. ad Rhen. 1839. — Mittermaier: «De la imputabilidad de



llegar á ser, emancipándose de la influencia de la fuerza general con el tránsito de la imperfección á la perfección por una progresión ascendente, es preciso que haya una edad en la vida humana en que la idea del hombre físico y moral (precisamente por encontrarse la vida en su comienzo), se realice de un modo incompleto; durante esta edad, la vida del hombre seméjase á la del animal, determinada por el sólo movimiento de su individualidad sensible y material, á la que únicamente se dirige como fin de sus esfuerzos. Pero la vida del hombre se diferencia de la vida meramente animal, en que el animal se halla destinado á permanecer constantemente en esa condición de simple individualidad, al paso que el estado imperfecto del hombre presenta una serie ascendente de incrementos y desarrollos, una continua emancipación de los límites de lo sensible y lo individual tendiendo á la pura región de la inteligencia y de las ideas; cuya manifestación está determinada de varios modos por las aptitudes especiales y las accidentalidades exteriores de cada individuo que se desarrolla hasta llegar á madurez de vida. De que el hombre se halla en estado de imperfección intelectual mientras dura el período de desarrollo, de tal modo que no tiene la conciencia de una norma superior á las propias acciones, se deduce que la *imputabilidad penal* falta en tal estado, puesto que se carece de una de las condiciones indispensables para la existencia del propósito criminoso. Pero el hombre, por ley general de la naturaleza humana debe seguir la forma de la evolución progresiva, pues no pasa repentinamente de la carencia de inteligencia á la inteligencia completa, sino que realiza un progreso continuo de incrementos, y de aquí que este progreso se halle sometido á innumerables variedades, dependientes de las condiciones especiales internas y externas de cada individuo; de toda lo cual se deduce la imposibilidad de fijar *a priori* y con precisión aquel momento de la vida que señala el tránsito de la inimputabilidad á la imputabilidad como regla general para todos los individuos, ni siquiera el poder fijarse con exactitud como un hecho especial ni aun para un individuo determinado. Sin embargo, hay

---

los jóvenes delincuentes» (alem.) Arch. de D. Crim. 1841. — Ortolan: «De la imputabilidad de los jóvenes». Rev. de Leg. por Wolowski. Paris 1843. — Nicolson: «Quist. di Dir.» Vol. I, n. 11; vol. II, n. 16. — Fraser: «Diss. qua inquiritur quatenus in criminibus aetatis delinquentium habenda sit ratio». Amstelod. 1844. — Mayendorff: «Influencia de la edad juvenil en la imputabilidad penal» (alem.) Zurich 1862.



cierto período de la vida igual para todos los hombres, en el que la inteligencia no puede considerarse como lo bastante desarrollada para presentar nítida y clara en el espíritu la conciencia moral; este período constituye la infancia: *Infantem innocentia consilii tue*. Hay, por el contrario, otro período que comprende la mayor parte de la vida en que ésta se presenta como humana, y en la que por regla general y salvo algunas excepciones, la inteligencia se ha desarrollado de tal modo que no puede ponerse en duda la existencia del discernimiento; este período comienza en la juventud, edad en que la inteligencia manifiesta ya lo que es bastante para conocer y distinguir el bien del mal. Y como estos dos períodos se distinguen entre sí por una progresión indeterminable, entre ambos se halla otro período de la vida, cual es la adolescencia, en el que existe la duda de si la inteligencia está ó no desarrollada; de manera que es preciso un atento examen sobre el hecho criminoso concreto y sobre las condiciones individuales del agente que en aquél se revelan, para determinar si el sujeto era *causae de dolo* en el momento de la acción. Por lo tanto, el legislador, teniendo en cuenta lo que generalmente sucede en la vida ordinaria, debe establecer las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> El hombre antes de pasar la infancia debe estar exento de toda imputabilidad criminal.

2.<sup>a</sup> El hombre durante la adolescencia no puede ser considerado como responsable sin un examen especial de su discernimiento.

3.<sup>a</sup> El hombre una vez llegado á la pubertad debe ser considerado como responsable, á no ser que se pruebe la ausencia en él del principio eficiente de la imputabilidad criminal.

4.<sup>a</sup> La adolescencia, en el caso de que se haya obrado con discernimiento, y la edad juvenil, deben ser consideradas siempre como causas de atenuación de la pena, por el incompleto discernimiento y el ímpetu que impide la reflexión.

§ 81. La menor edad ha sido considerada en las antiguas y en las modernas legislaciones, unas veces como causa de atenuación, otras como causa de exclusión del dolo, y por consiguiente, como causa de exclusión ó atenuación de la pena. Hay, sin embargo, en las legislaciones variedad respecto al modo de fijar el límite que separa en el hombre el período de inculpabilidad del período de culpabilidad. El criterio del Derecho romano responde á las exigencias de la ciencia; así se distinguen en él con relación á la edad tres clases de personas: *infantes*, *impúberes*, *menores*.



1.<sup>a</sup> Los niños menores de siete años (*in-fantes*), no podían cometer delito, ni por tanto, ser castigados, pues que en esa edad no existe la conciencia del Derecho, ni la voluntad criminal (1).

2.<sup>a</sup> Los *impúberes* no quedaban absolutamente sin castigo, pero que se trataba de ver si eran ó no *capaces de dolo*, lo cual debía investigarse según la naturaleza particular de cada delito; por eso el juez era el encargado de resolver la cuestión especial del discernimiento para la punibilidad de los niños desde los siete á los trece años (2).

3.<sup>a</sup> Los *menores*, después de llegar á la pubertad, sólo en ocasiones especiales podían pretender una consideración y mitigación de pena, probablemente en los delitos culposos, pero no ya en los de adulterio ó estupro; y solamente para algunos delitos estaban amparados por la presunción de la ignorancia de Derecho (3).

De igual modo el Derecho germano consideraba la edad como causa que excluía la responsabilidad (4). Y el Derecho romano consideró también como irresponsable á la infancia (5), pero exigiendo que después de la infancia propiamente dicha, no procediera á establecer reglas demasiado generales sino que bien se determinara la existencia de la responsabilidad según la

(1) *Infantem innocentia consilii tuerit*, L. 12 D. ad L. Corn. de Sic.—*In pueris nulla deprehenditur culpa*, l. penult. D. de fideicomm. libert.— Cf. l. 108, D. reg. ju.—L. 7 C. de pœnis.—L. 23 D. de furtis.

(2) *Pueri impuberes praetoris arbitratu puniuntur* (Gellius, IX, 18).—*In iudiciis sciendum est quoesitam esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placet quia furtum ex affectu facientis consistit, ita demum obligari eo crimine impuberes et proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere*, § 18, Instit. de obl. quæritur del.—*Gaius*: III, 18.—Cf. C. 13 § 3 de pœnis.—L. 108, D. de reg. jur.—L. 70 de pœnis.—L. 23. L. de adic. edil.—L. 1 § 15 de depos.—L. 3 § 2 de tribut. act.—L. 2 § 2 D. de doli mali except.—L. 13 § 1 de dolo malo.—L. 23 D. de furtis.—L. 113 D. de vi bonor. raptor.—L. 3 § 1 D. de injur.—L. 111 D. de reg. jur.—L. 23 D. ad L. Corn. de Fals.—L. 1 Cod. de fals. mon.—L. 4 C. Th. eod.—L. 6 C. ad L. Corn. de Sic.—L. 3 § 1 D. eod. tit.

(3) *In delictis minor annis XXV non meretur in integrum restitutionem utique minoribus, nisi quatenus miseratio ætatis ad mediocrem poenam iudicen permoverit*, l. 6 § 1 D. de minor.

(4) *Si quis puer infra duodecim annos aliquam culpam commiserit, fœdus ei non requiratur*, L. Salic. XXVI. 9.—*Tutor de bonis impuberis pro delicti ipsius tenetur satisfacere ei qui vel in rebus ab eo damnum vel in corpore passi sunt lesionem*.—*Suarez*: III, 4.—II C. XXIV, de los *Assises* de Jerusalén, establecía que los menores de quince años debían ser recogidos por la familia ó por el *Vicecomes* si tenían la costumbre de entablar contiendas ó pegarse.

(5) *Si infans hominem mutilat vel occidat, nullam ex hac irregularitatem incurret*, Clem. un. homic. III.—Cf. c. 7, c. IX, qu. 47 de pœnis.



varios delitos, castigándose sólo con pena menor los cometidos durante la adolescencia (1).

Los antiguos penalistas italianos reprodujeron la doctrina romana, sosteniendo que hasta los siete años había absoluta exención de responsabilidad y de pena, y sólo durante la impubertad se hacía preciso un examen sobre las condiciones individuales del discernimiento moral (2). Federico II, en sus Constituciones, admitió por entero el criterio de la impunidad del niño y de una disminución de pena como *restitutio in integrum* á los menores, salvo el fijar en dieciocho años el límite de la menor edad en materia penal. *Eis autem delinquentibus, si delictum procedat ex animo nisi, quatenus miseratio aetatis iudicem moverit, minime subvenimus* (3), de cuyas palabras algunos intérpretes dedujeron que debían ser castigados los menores con penas extraordinarias. Y una pragmática ordenó que dependiera del arbitrio judicial castigar con penas ordinarias ó más benignas, teniendo en cuenta la atrocidad del hecho, la cualidad de la persona, la reiteración de los delitos y otras condiciones.

Los penalistas alemanes se afiliaron á la doctrina italiana (4), si bien la C. Carolina se separó de ella al disponer la mitigación de la pena aplicada al joven, sin fijar reglas generales sobre la exclusión del dolo (5). El Derecho inglés reprodujo la doctrina romana (6), y el dinamarqués de fines del siglo XIII extendió hasta los quince años la presunción de carencia de dolo (7).

Entre las legislaciones actuales, el Código francés ha establecido la edad de dieciséis años para presumir ya la responsabilidad, dejando por completo al arbitrio del juez la resolución de los casos realizados en la edad anterior. Pero la mayor parte de los Códigos actuales consignan el doble principio de una edad en que se presume, sin admitir prueba en contrario, la carencia de dolo, y otra

(1) *Pueri grandiusculis peccatum nolunt attribuire quidam nisi ab annis XIV cum pueri coeperint, Quod merito crederemus si nulli essent peccata nisi quae membris genitalibus admittuntur. Quis vero audax affirmare fuit mendacia ac perjuriam non esse peccata? In his plena puerilis aetas, quamvis in iis non ita ut in maioribus puniendi videantur.*

Cap. I, X, de delictis puerorum.

(2) *Gandinus: De penis reor.* 30. — *Clarus: qu.* 60, n. 2. — *Farinacius: qu.* 92.

(3) *Const. Minorum iura.*

(4) *Carpzow: «Pract. Crim.»*, qu. 134. — *Boehmeri: «Medd. in C. Carol.»*

(5) *Const. Crim. Carol.*, art. 178.

(6) *Blackstone: t. I, p. 28.* — *Stephen: «Summ. of the crim. law»*, § II, in pr.

(7) *Kolderup-Rosenovice: «Grundr.»*, p. 222.



edad posterior, en que se hace preciso resolver la cuestión especial de la existencia del discernimiento. Así los Códigos alemanes (excepción hecha del Código prusiano y del bávaro de 1802, en este punto siguen la teoría del Código francés), fijan la edad de exclusión del dolo, variando entre sí en lo relativo á la determinación del límite (1); lo mismo hacen los Códigos de Suiza (2), la legislación rusa y los Códigos del Brasil y la Luisiana fijan la capacidad del dolo hasta los diez años; el de China la reconoce hasta los siete.

§ 82. En la legislación italiana anterior á la vigente, tenemos en primer término el Código napolitano de 1819, el cual establece los siguientes principios:

1.º Hasta los nueve años cumplidos la inculpabilidad es completa y existe la presunción legal de la incapacidad del dolo.

2.º Desde los nueve á los catorce años la inculpabilidad es relativa, y se exige un examen del magistrado sobre la existencia del discernimiento en la acción.

3.º De los catorce años en adelante se presume la existencia del discernimiento para ser cierta la culpabilidad del hombre; pero, cual por otra parte, no excluye la posibilidad de una prueba en contrario.

4.º Desde los nueve á los catorce años, en el caso de un discernimiento reconocido como subsistente, y desde los catorce á los dieciocho, hay una simple mitigación de pena.

El Código de Parma y el de Cerdeña de 1839, se separaron de la doctrina de las leyes napolitanas, determinando el primero la inculpabilidad hasta los quince años, y el segundo que hasta los catorce, no había pena si no se había obrado con discernimiento. El Código estense, el Reglamento romano y el Código toscano, por el contrario, mantuvieron *a priori* la exclusión del dolo en la edad pueril y la necesidad de probar el discernimiento pasada dicha edad, con la diferencia de que la inimputabilidad era hasta los diez años para el Código estense y para el Reglamento romano, y hasta los doce para el Código toscano. Además, todos estos tres Códigos establecían, como el napolitano, una segunda edad de dolo imputable, pues que exigían la prueba del discernimiento y aten-

(1) Los Códigos de Austria y Wurtemberg la establecen hasta los ocho años; los de Hannover, Assia, Turingia y Baden hasta los doce, y los de Braunschweig y Sajonia hasta los catorce).

(2) *Temme*: «Tratado de D. pen. suizo», § 41.



ban la pena: el Código toscano y el estense fijaron en los catorce años la certidumbre del dolo; el Reglamento romano la fijó en los quince.

El Código de 1859 reprodujo el principio de la ley francesa, según las determinaciones del Código albertino, al que sucedió; así es que no hace la declaración de dudoso discernimiento moral hasta los catorce años, y la disminución de pena hasta los veintinueve. El decreto de 17 de Febrero de 1861, al extender á las provincias meridionales el Código de 1859 con algunas modificaciones que en él introdujo, volvió á establecer el principio del Código de 1819, según el cual la edad menor de nueve años debía considerarse exenta de toda incriminación.

El Código vigente, en sus artículos 53, 54, 55 y 56, reproduce las reglas establecidas en dicho decreto. Dentro de la menor edad se fijan tres períodos:

1.º De irresponsabilidad absoluta hasta los nueve años. Artículo 53: «No se procede contra aquel que en el momento en que ha cometido el hecho no había cumplido los nueve años». Sin embargo, y esta es una novedad del Código vigente, cuando se trate de hechos de gran alarma social castigados con penas graves, deben tomarse precauciones para precaver á la sociedad de otros de semejante naturaleza que pudieran ocurrir; así es que dice el segundo párrafo del mismo artículo: «Sin embargo, cuando el hecho haya sido prescrito por la ley como delito que merezca la pena de cadena perpetua ó reclusión, ó la detención no menor de un año, el Presidente del Tribunal civil á petición del Ministerio público, puede ordenar con providencia revocable que el menor sea encerrado en un establecimiento de educación ó de corrección por un tiempo que no pase de la mayor edad, ó puede mandar á sus padres ó á los que tengan obligación de proveer á la educación del menor, que vigilen su conducta, bajo la pena en caso de inobservancia y cuando el menor cometa un delito cualquiera, de una multa que puede llegar á 2.000 pesetas.»

2.º Desde los nueve á los catorce años es precisa la investigación del discernimiento en el caso particular realizado, para que sea penado. «Aquel que en el momento en que ha cometido el hecho había cumplido los nueve años pero no los catorce, si no resulta que había obrado con discernimiento no sufre pena alguna» (Art. 54). Y á semejanza de lo establecido en el art. 53, añade éste: «Sin embargo, cuando el hecho haya sido previsto por la ley como



delito que tenga señalada la pena de cadena perpetua ó la reclusión, ó la detención no inferior á un año, el juez puede dictar una ú otra de las providencias indicadas en el segunde párrafo del artículo anterior».

Y 3.º Desde los catorce hasta los veinticinco años se presume la existencia del dolo. «Aquel que en el momento en que ha realizado el hecho, dice el art. 55, había cumplido los catorce años pero no los dieciocho, es castigado...»; y el 56: «Aquel que en el momento en que ha realizado el hecho había cumplido los dieciocho años, pero no los veintiuno, queda sometido á la pena de...»

Pero independientemente de la triple condición jurídica de la incapacidad legal del dolo hasta los nueve años, de la capacidad presunta desde los catorce y de la necesidad de un especial examen *an doli capax*, en la edad intermedia desde los nueve á los catorce años, el dolo de los menores es considerado como de menor intensidad en la forma de una progresión ascendente que sigue todo lo posible el tránsito de la inteligencia humana desde su primer crepúsculo hasta la plenitud de la luz. Así, la legislación vigente reconoce como la anterior, tres períodos: A) El primero es el de un dolo tenuísimo que linda con la inexistencia del discernimiento, y es aquel período de nueve á catorce años en que la incertidumbre del discernimiento moral exige la confirmación de su existencia por medio de un examen especial.—B) El segundo período comprende de los catorce á los dieciocho años, en que la intensidad del dolo va creciendo y con ella crece la penalidad.—C) El tercero y último período es de los dieciocho á los veintiuno años cumplidos, en el cual la intensidad del dolo toca los límites del dolo ordinario y hay una mínima disminución de pena hasta que aparezca la edad de veintiún años, en la cual la plenitud del dolo exige la pena entera (1). En la aplicación de la disminución de la pena difiere el Código vigente del anterior: en su lugar oportuno veremos las disposiciones que se establecen respecto á este punto.

---

(1) Artículos 54, 55 y 56.



## VI

*Del estado de privación ó vicio de la mente.*

«Furiosi nulla voluntas est.»

L. 40, D. de reg. jur.

§ 83. Si la razón humana es condición fundamental de toda imputabilidad penal, además de la vida humana incipiente en que no existe ó no está perfecto el discernimiento moral, hay otra causa por la que el dolo se hace imposible, cual es la privación de la mente por un estado anormal del sér humano. No es preciso insistir sobre punto tan claro, en el que están conformes las varias legislaciones penales. En efecto, todas ellas excluyen por completo de la responsabilidad penal la *amencia*, empleando esta palabra en una más amplia significación. El Derecho romano llamaba *furor* toda *mentis alienatio qua quis omni intellectu caret* (1); por eso el *furiosus* no tenía voluntad, y los actos realizados durante el *furor* debían considerarse como *infelicitas fati*, mientras el furioso *satis ipso furore punitur* (2). En el Derecho germano el edicto de Rotari excluía de responsabilidad criminal al *rabiosus* y al *daemoniacus* (3). Y de igual modo en el Derecho canónico se considera como exenta de dolo la condición del *furiosus*, equiparándose á ella en sus efectos, el sueño (4). Los prácticos, no sólo acogieron la locución romana del *furioso* para excluir de responsabilidad todos los estados de enfermedad mental, sino que exageraron la significación de aquella palabra, equiparando á la condición del *furioso* la del *pródigo*, la del *celoso* y hasta la del *iracundo*, considerando la ira como un *furor breve*. Si bien todas las legislaciones modernas convienen en el principio de la exención de toda clase de dolo para los de-

(1) L. 14, D. de off. praesid.

(2) *Infans vel furiosus si hominem occiderint non tenentur lege Cornelia, cum alterum homicidii conitit tueretur ALTERUM FATI INFELICITAS EXCUSAT.* L. 12 D. ad L. Corn. de off. praesid.—*Satis furore ipso punitur.* L. 14 D. de off. praesid.—Cf. L. 5, § 2, D. ad L. Aquil. L. Pomp. de parricid.—L. 3, § 11, D. ad Sc. Silan.(3) *Si quis peccatis imminetibus homo rabiosus aut daemoriacus factus fuerit et damnum fecerit in homine aut quolibet peculio, non requiratur ab heredibus ejus.* Edict. Roman. c. 328.(4) *Si furiosus aut dormiens hominem mutilet vel occidat, nullam ex hoc irregularitatem gerit.* Clem. un. de homic. III, 4.—Cf. C. XV, qu. 1, C. 12.



mentes (1), se diferencian en que algunas enumeran taxativamente los casos que según ellas constituyen demencia, al paso que otras, á partir del Código francés de 1810, han antepuesto una fórmula general que preve todos los casos, dejando al juez el examen del estado psicológico del agente; y entre éstas, algunas han enunciado la regla general, consignando algunos casos á manera de ejemplo (2). El mejor de estos dos sistemas, es indudablemente el del Código francés, según el cual, el legislador se limita á fijar el principio general de que no hay delito cuando el sujeto se hallaba en estado de *demencia* al tiempo de cometer el hecho, entendiéndose por demencia cualquier condición que lleve consigo privación de la mente.

§ 84. En Italia, el Código napolitano había reproducido la fórmula francesa, pero alteró su rigor lógico, por haber añadido á la fórmula general de la demencia el caso especial del *furor* (3). El Código parmesano, el albertino y el estense antepusieron el sistema de la enumeración taxativa de las formas que la demencia adopta, especificando no haber delito cuando el imputado en el momento de la acción hallábase en estado de *absoluta imbecilidad*, de *locura* ó de *furor morbosus* (4); y el Reglamento gregoriano anunció como exclusión del dolo sólo la *locura* (*pazzia*) (5). El Código toscano de 1853 hizo suyo el principio del Código francés; empleando una locución aun más general, ya que en el art. 34 declaró que *las violaciones de la ley penal no son imputables, cuando el que las cometió no tuvo conciencia de sus actos*. Cuando en 1859 apareció el Código penal para los antiguos estados sardos, se incluyó en él el sistema del Código albertino que especificaba las tres presunciones de la privación de la mente, esto es, la *imbecilidad absoluta*, la *locura* y el *furor morbosus*. Y por otra parte se añadió una determinación que ya había aparecido en los Códigos italianos anteriores,

(1) Se presenta como ejemplo de legislación absurda la determinación de Enrique VIII de Inglaterra, que en los delitos de majestad castigaba á los *lunáticos*. Blackstone, t. I, p. 92.

(2) El Código de Baviera de 1861, en su art. 67, párrafo 1.º, dice: «No hay hecho punible cuando en el momento de realizar la acción, por imbecilidad, demencia, furor, embriaguez plena, ú otra causa semejante, faltó en el agente la capacidad para determinarse ó el discernimiento necesario para conocer la punibilidad del acto».

(3) Cód. pen. napol., art. 61.

(4) Cód. parmesano, art. 62.—Cód. sardo de 1859, art. 99.—Cód. estense, art. 61.

(5) Reglam. gregor., art. 26.



como el parmesano, el estense, el albertino y el toscano, sobre la «casi demencia, esto es, sobre aquel estado de imbecilidad, de locura ó de furor morbosos que mengua la imputabilidad sin hacer la acción inimputable. El Decreto de 17 de Febrero de 1861 modificó este criterio, volviendo al sistema francés de una fórmula generalísima que comprenda todos los casos, ya de demencia, ya de casi demencia.

El Código de 1889 apenas se diferencia en este punto de la legislación anterior, y en los artículos 46 y 47 ya examinados en otro lugar, trata de la demencia en sus relaciones con la responsabilidad del agente. Empleando también una fórmula generalísima, determina el art. 46 que «no es responsable aquel que en el momento de cometer el hecho se hallaba en tal estado de enfermedad mental, que le quitaba la conciencia ó la libertad de los propios actos. Sin embargo, añade, cuando el juez estime peligrosa la libertad del procesado, ordenará su entrega á la Autoridad competente para que acuerde las medidas convenientes». Y el art. 47 dice: «Cuando el estado mental indicado en el artículo precedente era tal, que limitaba grandemente la responsabilidad, sin excluirla, la pena establecida para el delito es disminuida...», según las reglas que á continuación establece.

§ 85. Examinemos ahora las varias formas que puede adoptar el estado de privación completa de la mente, ó la simple ofuscación de la inteligencia. Y empezando por las enfermedades mentales que originan privación ó vicio de la inteligencia (1), creemos inútil tener en cuenta las muchas y discordes clasificaciones que sobre este punto se han presentado en los varios tratados de Medicina forense. Los legisladores acostumbraron reconocer tres formas generales en las que se manifiesta el estado de anormalidad patológica de la razón: 1) Una es la impotencia radical del espíritu en la vida racional, constituyendo la *imbecilidad* ó *estupidez*. 2) Otra, el desequilibrio de la vida del espíritu, en virtud del cual el senti-

(1) Striccius: «Quatenus dementes furiosi et ebrii ex delicto obligentur». Gies. 1699. — Strýkii: «De dementia et melancholia». Franc. 1672. — Leyser: «De his qui ex mentis imbecillitate delinquant». Viteb. 1732. — Remer: «De imput. actionum ex melancholia provenientium». Ultraj. 1719. — Tauaer: «De jure circa furiosos obtinentes». Altd. 1778. — Chr. Thomassii: «De præsumpt. furoris et dementia». Hal. 1719, 1751. — Crell: «De probatione sane mentis». Vitem. 1737. — Hommel: «De temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus». Leips. 1755. — Albert: «De melancholia vera et simulata». Hal. 1743. — Mittermaier: «Disertaciones sobre los estados dudosos de la mente». Arch. del C. Crim.



miento prepondera sobre la inteligencia hasta llegar á dominar de tal modo, que sustituye lo fantástico á lo real, *tratando lo como cosa salva*; esta es la *mania* ó *demencia* en su estricto significado; y 3) La última, es una forma especial de desequilibrio, por virtud del cual el estado maniaco somete á la inteligencia y á la voluntad, haciendo desaparecer aquélla é impulsando á ésta á la realización de actos violentos; esta forma recibe el nombre de *furor*. Estos tres estados de *imbecilidad*, *demencia* y *furor*, pueden derivar ó de enfermedades corporales ó de sufrimientos del espíritu; y entre ellos la imbecilidad puede ser, ó vicio radical de la inteligencia, ó efecto, á veces, de una enfermedad material. Pero en todas estas formas hay una nota común, la de que la inteligencia no puede regir la vida del hombre que se halla influido por alguno de esos estados excepcionales; así es que el sér que los padece permanece en la mera vida animal sin conciencia de sí mismo, y por tanto, no puede ser considerado como causa moral de sus propios actos. Pero es completamente específico é individual el examen relativo á si el que se dice afectado de demencia ha perdido efectivamente la conciencia de sí mismo y de sus acciones, de tal modo que sea irresponsable, no siendo posible fijar *a priori* reglas legislativas, ya por la infinita variedad de los accidentes, ya por las dificultades que presenta el reconocimiento del estado excepcional de la inteligencia por los actos humanos exteriores. Por eso es un buen criterio de legislación penal, el sentar como principio la inculpabilidad de los que están privados de razón y la excusabilidad de los que la tienen perturbada, dejando al juez el examen de si existe ó no la demencia y en qué grado, por medio de personas peritas en las enajenaciones mentales, y especialmente por el dictamen de los que cultivan la ciencia de las enfermedades de la inteligencia.

Esta ciencia ha tomado el nombre de Psico-patología, y aunque muy reciente aún, sus resultados son muy importantes para el progreso de la cultura jurídica. Ya las primeras investigaciones de los cultivadores del arte de sanar en Grecia, influyeron en las determinaciones del Derecho romano; y por el contrario, la barbarie de la Edad Media, manteniendo groseras supersticiones y vulgares errores, hizo creer en la *obsesión demoniaca* de los locos, y con frecuencia fueron considerados como modelo de maldad humana hombres desgraciados que carecían de la luz de la inteligencia. La ciencia de las enfermedades mentales debe su aparición como un



corpo de doctrinas especiales, al renacimiento científico del siglo xvi y al método experimental que se enseñoreó de las ciencias naturales. Entonces comenzaron los jurisconsultos italianos á sentir la influencia de nuevas observaciones hechas sobre fenómenos de la inteligencia, y entonces también aparece entre los cultivadores de la Medicina un primer ensayo, por obra del siciliano *Foromando Fedele*, encaminado á reunir gran copia de elementos para las investigaciones psico-patológicas (1502).

Pero á *Paolo Zacchia* se atribuye el primer tratado científico sobre tal materia en sus *Questiones médico legales* (Roma, 1621). Efectivamente, él fué quien reunió bajo el nombre de demencia todos los estados anormales del espíritu, exponiendo su naturaleza, ordenándolos por categorías, determinando los varios síntomas exteriores de la razón enferma (*signa non sanæ mentis*), afirmando que á veces los dementes *justa pollent rerum memoria*, otras conservan la forma de raciocinio como los hombres de razón perfecta (*ratiocinantur ut ceteri homines*), y reconociendo de igual modo el estado de demencia parcial, ya que algunos dementes *circa unam rem tantum insanant*. En el siglo xviii se amplió el dominio de esta ciencia, distinguiéndose *Platner* en Alemania (*Quæstiones médico-forenses*) y *Chiavari* en Italia (*Della pazzia in genere ed in ispecie*, Firenze, 1793). Pero en el siglo xix, con el progreso de las ciencias médicas, la Psico-patología ha llegado á ser una de las ciencias más vastas y complicadas. Los numerosísimos escritores que á ella se han dedicado, han puesto de resalto las varias causas de las enfermedades del espíritu, estudiando mucho mejor los fenómenos por los que se reconoce el estado de demencia, distinguiendo varias clases de ésta y enumerando la *locura moral*, la *locura impulsiva*, la *locura periódica*, la *locura histérica* y la *manía epiléptica*. Al mismo tiempo se han abiertos nuevos horizontes, gracias al estudio comparativo del hombre físico, en cuanto que los progresos de la Anatomía, de la Fisiología y de las otras ramas de la Medicina, ha facilitado ulteriores investigaciones; de aquí que el peso y el volumen de las varias partes del organismo humano, y principalmente del cráneo y del cerebro, empiezan á servir de base para el reconocimiento de las enfermedades mentales. Ahora bien: en todo este nuevo movimiento es indispensable alejarse igualmente de dos extremos opuestos: el de no tener para nada en cuenta los resultados é investigaciones de la Antropología física, de una parte; y de otra, el conceder el excesivo valor que se suele dar á los estudios sobre el organismo hu-



mano, principalmente por la tendencia que á algunos domina de ver un loco en cada delincuente (1).

§ 86. Mientras tanto, á las formas generales, ya de privación ya de perturbación ó vicio de la mente por enfermedades del espíritu, es preciso añadir dos estados excepcionales que contienen una clase mixta de negación de inteligencia; tales son el estado de

(1) *Hoffbauer*: «Medicina legal respecto á los dementes» (alem.), 1802. — *Fodéré*: «Traité de médecine philosophique sur l'alién. mental», Paris 1809. — *Fodéré*: «Traité de délire appliqué à la médecine, à la morale, à la législation», Paris 1817, 2 vol. — *Klein*: «De las enfermedades del espíritu» (alem.), Diss. de la Academia de Ciencias de Berlín 1803. — *Heimroth*: «Tratado de las perturbaciones en la vida del espíritu» (alem.), Leips 1818. — *Cuislain*: «De l'aliénation mentale», Amst. 1824. — *Georget*: «Discussion medico légale sur la folie», Paris 1826. — «Des maladies mentales considérées dans les rapports avec la légist. civ. et crim», Paris 1827. — *Groos*: «La doctrina de la mania sin delirio» (alem.), Heid. 1830. — *Ferrero*: «Della malattia della mente», Napoli 1830 32, 2 vol. — «Programma de psicologia medico forense», Napoli 1834. — «Quistioni di Psicologia medico-forense», Napoli 1837. — *Hagen*: «Las alucinaciones» (alem.), Leips. 1837. — *Esquirol*: «Des maladies mentales», Paris 1838, 2 vol. — *Schützer*: «Doctrina de la imputabilidad en los estados dudosos del espíritu» (alem.), Berlín 1840. — *Marc*: «De la folie considérée dans ses rapp. avec les questions med. judic», Paris 1840. — *Rav*: «Tratado sobre las enfermedades de la mente» (ingl.), Boston 1844. — *Moffe y Roch*: «Investigaciones sobre el cretinismo» (alem.), Erlan. 1844. — *Brière de Boismont*: «Des hallucinations», Paris 1855. — *Ellinger*: «De los momentos antropológicos de la imputabilidad» (alem.), Ludwigsburg 1846. — *Ideler*: «Tratado de Psicología judicial» Berlín 1851. — *Fiedreich*: «Sistema de Psicología judicial», Regensb. 1852. — *Gambosi*: «Fondamenti di medicina forense analitica», Módena 1851 2. p. 247 á 402. — *Kner*: «Elementos de psiquiatria» (alem.), Breslau 1854. — *Renaudin*: «Études médico-psychologiques sur l'aliénation mentale», Paris 1851. — *Baillargues*: «Essai de classification des maladies mentales», — *Falret*: «Leçons cliniques de médecine mentale», Paris 1854. — *Bucknell*: «Las enfermedades de la mente en relación con los delirios» (ingl.), Lond. 1854. — *Williams*: «Enfermedades de la mente» (ingl.), Dublin 1854. — *Spiuta*: «Estudios prácticos sobre la Psicología médico forense» (alem.), Brestock 1855. — *Spielmann*: «Diagnóstico de las enfermedades del espíritu» (alem.), Viena 1855. — *Alber*: «Memorandum de Psychiatria» (alem.), Weimar 1855. — *Watson y Seille*: «Tratado de Jurisprudencia médica» (ingl.), Filad. 1855. — *Günther*: «La patología y terapéutica de las enfermedades mentales», 21.ª edic. (alem.), Stuttgart 1861. — *Günther*: «La vida psíquica del hombre con relación á la imputación» (alem.), Viena y Praga 1861. — *Knoke*: «Los dementes ante el Derecho», J. de Derecho penal de Holtzendorff, 1863, p. 607. — *Livi*: «Frenología forense», Milán 1863 68. — A estas obras es preciso añadir, el «Diario de Psiquiatria» de *Friedreich* en Alemania, el «Diario de medicina psicológica» de *Winslow* en Inglaterra, el «Journal de médecine mentale» de *Delasiauve* en Francia, y la «Rivista Spirituale de Freniatria e Medicina legale», fundada por *Livi* en Italia y que toda vía se publica (Reggio-Emilia, vol. 7). — *Despine*: «La psychologie naturelle», Paris 1868, vol. 3. — *Lombroso*: «L'uomo delinquente», Torino 1876. — *Lombroso y Garofalo*: «Giornali di Antropologia e scienze affini», Roma 1880. — *Dally*: «Remarques sur les aliénés», Paris 1861. — *Krafft-Ebing*: «La psicopatologia criminali» (alem.), 1875. — *Maudsley*: «El delito y la locura» (trad. franc. 1874, trad. ital. Milán 1880). — *Tardieu*: «Etude sur la folie», Paris 1880. — *Legrand du Sault*: «Etude sur les épileptiques», Paris 1875.



de *inencia parcial*, como excepción en un individuo cuya condición general y ordinaria es la salud mental (*monomanía*), y el estado de mente sana, como excepción en un individuo cuya condición general es la demencia (*intervalo lúcido*).

La *monomanía* (1) es difícil de precisar, porque en todos los hechos de la vida que no tienen relación con la manifestación especial de esta clase de locura, el hombre se muestra en el pleno ejercicio de sus facultades intelectuales. Pero en esto precisamente consiste su esencia: en que un objeto ideal determinado viene ocupar de tal modo el espíritu, que le hace perder respecto á él dominio de sí mismo obligándole á obrar maquinalmente; por los actos que se refieren á esa *idea fija* constante en el espíritu, deben considerarse como efecto de un movimiento ciego. Tal es, por ejemplo, la *piromanía* ó manía del incendio, la *cleptomanía* manía del robo, la monomanía homicida, la tendencia invencible á alguna cosa en algunas mujeres en cinta, etc. Es verdad que no debe confundirse con la monomanía aquel ardor del sentimiento, ya sea erótico, ya civil, ya religioso, que pone como dominante en el espíritu de algún individuo un pensamiento dado que impulsa á la realización de actos que contravienen al Derecho y á la ley; pues como de ordinario las más atroces maldades nacen de violentas pasiones, y los más graves delitos encuentran su raíz en alguna tendencia impura del corazón humano, sería preciso atribuir á efecto de una monomanía cualquier delito. Ciertamente que un sentimiento religioso, erótico ó social, puede alcanzar tal grado de intensidad que anule la libertad psíquica, en cuyo caso llega á ser una verdadera monomanía el fanatismo, ya sea supersticioso, ya de otra clase (2); pero también es preciso reconocer que, según dice Knop, la simple afirmación de un impulso inven-

(1) Michu: «Discussion medico légale sur la monomanie homicide». Paris 1825. — *Pierre de Boismont*: «observations médico-legales sur la monomanie homicide». Paris 1826. — *Regnault*: «De la monomanie homicide». Paris 1828. — «Nouvelles réflexions sur la monomanie homicide». Paris 1830. — *Collard de Maligny*: «Quest. de jurisprud. médico-legale sur la monomanie homicide». Paris 1830. — «Examen médico-légal sur la monomanie homicide». Brux. 1832. — *Quetelet*: «Observations sur le penchant au crime», Paris *Rev. Encycl.* 1831. — *Ferrarese*: «Trattato della monomania suicida». Napoli 1835. — «Esame dello stato morale ed imputabile dei monomaniaci». Napoli 1835. — *Prière de Boismont*: «De la mania de la persecution». *Annales d'Hygiène légale*, Paris 1852. — *Boileau de Castelnau*: «De la folie objective». Ibid 1856.

(2) *Friedreich*: «Del valor que tiene en la Antropología judicial la superstición». *Diario de D. pen.*, de Holtzendorff, 1862, p. 212, 231.



cible no tiene significación médica, y sólo en los verdaderos demones hay un impulso completamente invencible, á la comisión de hechos violentos ó á transgresiones legales (1). La diferencia está en que las fuertes pasiones arraigadas en el espíritu impulsan á la voluntad sin ofuscar la inteligencia de tal modo, que obran ciegamente y sin proponerse un fin y elegir los medios, mientras que por el contrario, en la monomanía los actos son realizados sin conciencia de lo que se hace y á la manera del bruto que instintivamente tiende á aquello á que le dirige su naturaleza sin darse cuenta de sus propios movimientos. Por esto, un examen escrupuloso sobre la vida en general del sujeto activo y sobre aquella manifestación especial á que se dirige su actividad, es criterio seguro para distinguir la monomanía verdadera de la falsa; pero puesto que á la verdadera se la encuentra como una verdad de hecho ejerciendo su influencia en las acciones contenidas dentro de su propia esfera, es preciso considerarla como causa suficiente de extinción del dolo.

El *intervalo lúcido* (2), examinado á primera vista, parece que no debe ser causa de inimputabilidad criminal con relación á los hechos realizados mientras dure, ya que su aparición señala precisamente el estado de salud mental. En el Derecho romano, los *intervalsa sensu saniore* no excluían la imputabilidad (3), y el mismo criterio han seguido algunas legislaciones modernas (4). Pero el intervalo lúcido es un momento fugaz; su brevedad demuestra de una manera indudable la habitualidad de la enfermedad mental, ya que aparece en forma de intermitencias de un estado enfermizo, pero sin la cesación del mismo y sin que haya una plena resurrección de la inteligencia en toda su fuerza y eficacia. A más de esto, en los intervalos más sanos queda siempre una alteración de aquella armonía entre las fuerzas del espíritu, necesaria para constituir la unidad de la vida racional; por eso, con razón hacía notar Friedreich, que el intervalo lúcido es aquel momento de la demencia en que permanecen latentes los fenómenos de la alienación mental todavía perseverante. Por lo tanto, no puede considerarse en el

(1) Knop: «Paradoja del querer» (alem.), 1863.

(2) Friedreich: «De la responsabilidad de los locos en el intervalo lúcido» (alem.). N. Arch. de D. Crim., t. XIV.

(3) L. 14, D. de off. præs. d.

(4) Así se halla establecido también en el Código del Brasil y en el Reg. Gregoriano.



mismo una excepción al principio general de la inculpabilidad del demente.

§ 87. Un estado de demencia permanente que no proviene de enfermedad del espíritu sino que se presenta semejante á la *imbecilidad*, es el de la mente esterilizada por la absoluta carencia de cultura, conocido generalmente con el nombre de *idiotismo*. La inteligencia está llamada á desenvolverse como toda fuerza orgánica; mas para que la vida de todo sér particular se enlace con las leyes generales de la vida, se necesita la ayuda de todas las demás vidas para su propio incremento, pues la inteligencia individual no puede desarrollarse de otro modo que en relación directa con las demás inteligencias; por eso cada hombre nutre su pensamiento con el pensamiento de la sociedad humana, y la educación es medio indispensable para el progreso intelectual del individuo, ya que la falta de cultura educativa trae consigo la esterilidad de la fuerza ingénita, que permanece como algo infecundo. Es verdad que el *idiotismo completo* raras veces se presenta en la realidad, porque presupone un hombre abandonado á sí mismo durante toda su vida. A semejanza de la luz y el calor que pasan de objeto á objeto difundiendo por todas partes, el saber, como producto del pensamiento, no puede dejar de comunicarse de uno á otro hombre, gracias á la convivencia social y á la palabra. Pero cuando se verifique la existencia efectiva de un idiotismo total, es natural que vaya acompañado por la carencia absoluta de todo conocimiento, de aquella ignorancia de hecho y de derecho que impide toda responsabilidad ante la justicia penal. Esto constituye aquella *imprudencia* que, según el criterio del Derecho romano, derivaba de la *rusticitas* (1).

§ 88. Una especie de idiotismo es la condición de los *sordomudos* (2). Tal estado impide la palabra, que no sólo es vehículo indispensable para la propagación del pensamiento y de las ideas, sino que es condición esencial de la reflexión interna como conversación que el espíritu sostiene consigo misma; por eso en los sordomudos casi siempre se da el idiotismo. Pero teniendo en

(1) *Imprudencia succuritur*, L. 108, D. de reg. jur.

(2) Boehmeri: «De delictis a surdis et mutis commissis». (Obs. ad Carpzov.).—Gosser: «De inquisitionis contra surdum et mutum natura». Hal. 1829.—Hertius: «Mutus et surdus crimini respondens». (Opusc., t. II, p. 389).—Vine: «Diss. sur les délits des sourds et muets (1803)».—Guyot: «Diss. de jure sordomutorum». Groning. 1834.



cuenta los métodos empleados por la civilización moderna para la educación de esta clase de enfermos mentales, puede fácilmente suceder que un sordomudo esté en situación de tener conocimiento, y, por consiguiente, de obrar como persona responsable, cuando su condición física entorpezca siempre el desarrollo mental. Sin embargo, como suele también ocurrir que el sordomudo permanece sin cultura en medio de la coexistencia social, es preciso afirmar como presunción el principio de su inculpabilidad, y la prueba en contrario: así es que en las necesidades de la práctica debe tenerse como norma de conducta la dudosa delincuencia y semejanza de lo que ocurre en aquella edad comprendida entre la infancia y la juventud, siendo preciso un examen especial para distinguir si se ha obrado ó no con discernimiento. Este examen debe aplicarse hasta que la educación de los sordomudos no llegue á ser una institución social universalmente establecida y organizada de tal modo, que no se presente como frecuente el caso del sordomudo nato sin haber recibido cultura alguna.—En el derecho romano encontramos muy pocas indicaciones respecto al modo de ser considerados los sordomudos (1); pero las legislaciones posteriores se han ocupado de su condición. En efecto, las costumbres anglo-normandas eximían al sordomudo de toda pena (2); el Código sueco consideró á los sordomudos incapaces de apreciar la influencia de la acción, y entre los modernos, muchos Códigos alemanes, como el bávaro, el sajón y los de Braunschweig, de Hannover y otros, excluían de responsabilidad á los sordomudos que no habían recibido cultura.

§ 89. Entre los italianos, el napolitano y el Reglamento gregoriano nada decían sobre este punto, mientras que, por el contrario, el de Parma, el albertino, el toscano, el estense y el de 1858 equipararon el sordomudo al adolescente, para el cual la doble responsabilidad exige el discernimiento, y en todo caso le sometieron á una pena menor de la ordinaria, con una variedad en la disminución, dependiente de la circunstancia de haber sido ó no educado.

Los artículos 57 y 58 del vigente Código tratan de la sordomudez como causa justificativa de la imputabilidad. La ley distingue

(1) Se les comprendía *inter imbecillos*, y eran considerados como privados de juicio. L. 12, § 2, D. de judic. — L. 2, § 8, D. de Scons. Silan.

(2) *Houard*: Paris, 1786, t. I, pág. 92.



tres casos, teniendo para ello en cuenta la edad del sordomudo, la mayor ó menor gravedad del hecho realizado y la circunstancia de haber obrado con discernimiento ó sin él. Primer caso. Que el sordomudo no haya cumplido catorce años. «No se procede contra el sordomudo, dice el art. 57, que en el momento en que haya cometido el hecho no había cumplido los catorce años»; hay, pues, su favor la presunción *juris et de jure* de que gozan los menores de nueve años, á los que la ley equipara á esta clase de personas; pero aumentando, como es natural, la edad en que existe la presunción. Y como también podría haber el peligro social de que habláramos al estudiar la edad, añade este mismo artículo: «Pero puede serle aplicada la disposición contenida en el segundo párrafo del art. 53 (el que determina que cuando el menor haya realizado un hecho que merezca pena de cadena perpetua ó reclusión, ó detención por más de un año, pueda ser recluso en establecimiento á propósito ó entregado á sus padres con la advertencia de que se le vigile cuidadosamente, bajo la pena de una multa que puede llegar á 2.000 pesetas), pudiendo ordenar que permanezca en el establecimiento de educación ó corrección hasta la edad de veinticuatro años.» Segundo caso. Que el sordomudo sea mayor de catorce años y resulte que no ha obrado con discernimiento, ya que desde esta edad es preciso que se demuestre su existencia ó no existencia. Pues bien: si no ha obrado con discernimiento, dice el art. 58: «El sordomudo que en el momento en que ha cometido el hecho había cumplido catorce años, cuando no resulte que ha obrado con discernimiento, no se le somete á pena. Sin embargo, cuando el hecho haya sido previsto por la ley como un delito que tenga señalada la pena de cadena perpetua ó la reclusión, ó la detención no inferior á un año, el juez, si el sordomudo no había cumplido los veinticuatro años, puede aplicarle la disposición contenida en el segundo párrafo del art. 53, y mandar que permanezca en el establecimiento de educación ó corrección hasta la edad de veinticuatro años. Si ha cumplido veinticuatro años, podrá el juez ordenar la entrega á la Autoridad competente para que acuerde las medidas oportunas». Y tercer caso. Que el sordomudo mayor de catorce años, haya obrado con discernimiento. «Cuando resulte que ha obrado con discernimiento, dice el último párrafo del art. 58, si no había cumplido los dieciocho años, se aplican las disposiciones del art. 54 (esto es, se le castiga como al menor de catorce años); si había cumplido los dieciocho



años, pero no los veintiuno, se aplica lo dispuesto en el art. 56 (se aplica como al menor de veintiún años).

§ 90. Una forma de demencia transitoria es la que se presenta en algunos fenómenos anormales del sueño (1). Ciertamente el sueño es un fenómeno normal de nuestra vida, la cual, durante la vigilia ofrece el *predominio de la actividad sobre la receptividad*, debe calmarse durante el sueño por el *predominio de la receptividad sobre la actividad*.

Por eso, sucede en el sueño que el hombre se halla sometido a la influencia de las fuerzas naturales, y más pasivo que activo; pierde lo que constituye el fundamento del predominio de la actividad; esto es, la unidad de la conciencia y la conciencia de la unidad, y los anhelos y fantasmas se confunden en él con las manifestaciones de la inteligencia, y el pensamiento de la realidad que como universal se halla siempre ante el espíritu, se mezcla con los delirios de la imaginación, produciéndose el *ensueño*. Durante esta situación se carece de toda responsabilidad, y puede decirse que el hombre se halla privado de razón; pero esta demencia no se presenta por sí misma como objeto de examen en la teoría del dolo, ya que en el periodo normal del sueño, el hombre no pierde el dominio de sí mismo en el mundo del espíritu, sino que pierde también la fuerza capaz de producir fenómenos en el mundo de la realidad exterior, y no puede por lo tanto, llegar á ser causa física de un hecho anti-jurídico (2).

Lo que en el estado de sueño se presenta propiamente como objeto de examen, es la anormalidad de algunos fenómenos que llegan al durmiente las apariencias del hombre despierto; y como la palabra y la obra son las dos formas por las que se presentan como activos los seres, se da á veces durante el sueño, ó por vicio natural, ó por accidental enfermedad corporal, el *somniloquio* ó el *ambulismo*. Y como puede decirse que la palabra es una expresión de hecho humano contraria á Derecho aun en sí misma consider-

(1) *Fricke*: «De delictis dormientium». Ten. 1701.—*Boetner*: «An et quomodo somnia hominibus imputantur». Leips. 1703.—*Dietrich*: «An ea que hominibus somno et somnio accidunt iisdem possint imputari». Viteb. 1723.—*Alberti*: «De imputativitate somnii». Gott. 1745.—*Fricke*: «D. de noctambulis». Hall. 1775.

(2) *Si furiosus vel dormiens hominem mutilet vel occidat, nullam ex hoc irregularitatem incurrit*. Clem. nn. de homic. III, 4.



da, podemos comprender en un solo grupo los dos casos del *somnolencia* y del *sonambulismo*. Ahora bien: los síntomas del sueño anormal son semejantes á los de la vigilia, pero no salen de los límites del estado de sueño, por que la vida corporal está siempre unida á la vida de la naturaleza, de tal modo que se conserva la conciencia de aquella unidad de conciencia y de aquella conciencia de la propia unidad en las cuales se concreta el estado de vigilia. Falta en el sueño la conciencia moral de los propios actos; el conocimiento está encerrado dentro de los límites del sentido y el *somniloco* ó *sonámbulo* no tiene el dominio de sí y de sus fuerzas morales; por eso, tal estado se halla exento de imputabilidad, sean cualesquiera los actos cometidos durante su influencia. Y no se diga que los actos del durmiente son eco del pensamiento que preocupaba durante la vigilia, pues además de hallarse esta conjetura frecuentemente desmentida por los hechos, no hay que ver si el hombre había pensado ó querido un acto, porque del simple pensamiento ó del mero propósito no se hace cargo la justicia penal; sino que se trata de saber si por el *somniloco* ó *sonámbulo* puede cometerse un acto con conciencia de lo que se realiza; y como esos estados no constituyen una interrupción del sueño, sea cualquiera la apariencia de vigilia que se ve en sus movimientos, se tiene siempre la imputabilidad de los actos que se verifiquen en estas condiciones, como actos realizados bajo el influjo de una demencia transitoria.—Carlo Magno eximió de pena al *sonámbulo* (1); los prácticos excluyeron del dolo el estado de *sonambulismo* (2); y si bien los Códigos modernos no hacen de él especial mención, debe hallarse comprendido en las reglas generales de privación de la mente.

§ 91. Finalmente, se presenta un estado semejante al de la locura por privación ó alteración de la mente, aunque transitorio, en la *embriaguez* (3). Esta causa ha sido muy diversamente considerada y ha originado muchas dudas, ya porque muchas veces tiene su raíz en la voluntad humana que por sí misma se coloca en la con-

(1) Capit. *Si furiosus*.

(2) Clarie: «Sensent.» Lib V, qu. 60, n. 13.—Farinacii: qu. 98, n. 70.

(3) Bachmann: «De pena et jure ebriorum». Jen, 1673 1737.—Bodinus: «De jure circa ebrietatem». Hal. 1691 1826.—Berger: «De excusatione ebriorum». Viteb. 1769.—Stein: «De ebrio delinquente». Rost. 1710. Gerdesius: «De ebrio delinquente». Berolinsv. 1732.—Lever: «Diss. de ebrio delinquente». Lugd. Bat. 1790.—Dufour: «De l'ivresse». Paris *Thémis* 6. I.—Mittermaier: «De la influencia de la embriaguez en la responsabilidad y en el castigo» (alem.). N. Arch. de D. Crim., trad. Ger. Germ. Liv. 1846, t. I.—Brillaud Lajardière: «De l'ivresse». Paris 1866.



dición del ebrio, ya por que no siempre llega á ofuscar la luz de la inteligencia, sino que presenta varias formas, desde la simple vacuidad hasta la pérdida completa de la conciencia del propio obrar, ya porque es muy fácil simularla como medio de eludir las consecuencias jurídicas del delito realizado, ya en fin, porque parecería que el legislador excitaba á la intemperancia del vino designado en sus Códigos que el estado de embriaguez es causa de exclusión ó de atenuación del dolo.

Es cierto que el que se halla excitado por el vino pierde aquella calma que es condición de la reflexión, y sujeto á una situación de acalorada impetuosidad, poco ó nada aprecia las consecuencias de sus actos y las relaciones de los mismos con los preceptos de la ley. Pero también es indudable que la embriaguez tiene grados, y que las bebidas espirituosas, ni obran sobre todos igualmente, ni siempre obran con igual fuerza. El primer grado de la embriaguez se da cuando la sustancia alcohólica no ha producido más efecto que aumentar las fuerzas vitales, excitando la actividad nerviosa, pero sin ejercer un influjo dominante sobre la actividad orgánica del hombre: este estado de alegría, de excitación, de *hilaridad*, impide la lucidez de la razón. Hay un segundo grado, en el cual la fuerza de la bebida, á medida que aumenta la actividad física, disminuye la influencia de la actividad espiritual del hombre; la fantasía se sobrepone, y el obrar humano adopta una fuerza extraordinaria distinta de la habitual durante el estado de sobriedad; en tal situación la razón no desaparece por completo, pero la conciencia se halla perturbada por las alteraciones nerviosas. Viene después el tercer grado, que comprende la embriaguez completa, durante el cual la razón queda estupefacta por la fuerza de la sustancia alcohólica, y el espíritu no es ya dueño de los movimientos del cuerpo, porque hay otra fuerza que determina á obrar por la presión que la sangre ejerce sobre el cerebro: en tal estado, el hombre se hace semejante al loco en el estado de furor. Por último, hay un último grado de letargo, cuando á la sobreexcitación nerviosa sucede el completo abatimiento y el hombre cae en el sueño *come corpo morto cade*. Ahora bien: el primero de estos diversos estados presenta en el hombre la actividad física y la moral sin alteración alguna, y por lo tanto la plena responsabilidad; y el último rehuye el examen de la imputabilidad, porque durante él el hombre no es ni puede ser causa física de movimiento alguno. Quedan los dos estados intermedios de la *conciencia perturbada* y de la *mente*



*infecta*. Este último, que puede decirse que constituye el estado de embriaguez completa, origina privación de razón y excluye el dolo: el otro, que puede llamarse de embriaguez incompleta, origina una alteración perturbadora de la inteligencia, pero no la carencia de ésta, y únicamente viene á disminuir la intensidad del dolo.

Sostienen algunos que deben ser castigados todos los delitos cometidos por embriaguez aunque ésta se completa, cuando haya sido voluntaria, y principalmente cuando el embriagarse constituía vicio habitual. Pero una vez reconocido que la completa embriaguez, si era indudable en el momento de la acción trae consigo que el hombre ya no es causa moral de sus propios actos, sino más bien mera causa material, las causas y condiciones extrínsecas de tal estado no pueden llegar á quitarle la naturaleza fundamental de una *locura transitoria*.

Cuando la embriaguez sea voluntaria ó constituya un vicio habitual, puede ser considerada por sí misma como un hecho ilegítimo, ó á lo más, como un hecho voluntario del que ha derivado una consecuencia funesta contraria á Derecho, y de aquí que se la pueda castigar como un delito especial, ó pueda considerarse como culposo el hecho realizado bajo su influjo. Pero siendo la imputación el juicio con que se reconoce que un hecho se ha querido en el momento de realizarlo, imputar á la voluntad lo que sucedió cuando no estaba iluminada por la luz de la inteligencia, sería incurrir en una lamentable contradicción. Ni creemos tampoco que cuando la embriaguez es completa deba tenerse en cuenta la misma premeditación de embriagarse para realizar un hecho criminoso, sino que nos refiramos á aquella embriaguez aparente y simulada como medio de asegurarse la impunidad del delito cometido; y no parecerá excesivamente atrevido este criterio, pues cuando la embriaguez es completa se tiene la certeza de que el sujeto que ha obrado no tenía la conciencia de lo que realizaba, y por eso la premeditación desaparece en él con la ofuscación de la inteligencia y de la conciencia. La premeditación de un delito lo agrava en cuanto se realizó con la conciencia de haberlo ya meditado, persistiendo en el propósito formado. Ahora bien: el ebrio no persiste en la conciencia del propósito, pues de otro modo no hay completa embriaguez si conserva el dominio de sí mismo, y acaso si al realizar la acción estuviera en plena posesión de sus facultades mentales, se habría abstenido de realizar el hecho premeditado. No por esto creemos que debe quedar impune el sujeto que queriendo cometer



un delito dado, se embriaga para realizarlo más atrevidamente procurándose á la vez un medio de impunidad, pues el que ha tomado tal propósito, se excita con el vino, pero atiende también no perder por completo el dominio de sí mismo, porque de otro modo correría el riesgo de no saber ó no poder realizar lo que quiere y por eso no se coloca nunca en aquel estado de completa embriaguez, en el cual suponemos que existe la privación momentánea de la mente ó *demencia transitoria*.

De todas estas consideraciones se deducen las siguientes afirmaciones sobre la embriaguez:

1) Cuando la embriaguez es completa, sería injusto castigar al sujeto activo como causa consciente y libre de hechos que no ha podido estimar ni elegir con plena razón.

2) En el estado de embriaguez completa no puede establecerse excepción á la carencia de dolo por la voluntariedad ó habitualidad de la misma; pero la embriaguez voluntaria y la habitual pueden ser consideradas como hechos punibles por sí mismos, ya que son ocasión de funestas consecuencias; y todo evento realizado bajo el influjo de una embriaguez completa, puede castigarse á lo sumo como *culposus*, si la embriaguez era voluntaria ó efecto de un vicio habitual.

3) La embriaguez incompleta puede atenuar la intensidad del delito por falta de reflexión, pero no extinguir el dolo; y si ha sido premeditada, no puede mitigar la penalidad, ya porque nadie debe conseguir ventajas por un hecho propio ilícito, ya porque ha sido adoptada como medio para la realización de un propósito criminal.

§ 92. El Derecho romano consideró la embriaguez como una especie de aquel *impetus* que se tenía como intermedio del *dolus* y el *casus* (1); y en algunos casos, estableció una penalidad más benigna (2). El derecho canónico enunció de un modo más claro el principio de que el estado de embriaguez quita la conciencia de la maldad de los propios actos, y si aprecia la culpa en aquel que voluntariamente se embriaga, considera punible el acto de embriaguez.

(1) *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinquunt latrones qui factionem habent. Impetu cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum veniunt.* L. 11, pr. D. de penis.

(2) L. 6, § 7 De re milit. — L. 12, pr. D. de cust. reor. — Cf. l. un C. si quis imper. maledix.



garse, pero no el que se ha realizado en estado de embriaguez (1). Este concepto del Derecho Canónico fué acogido por los prácticos italianos, á excepción de Bartolo (2) y Baldo (3); la embriaguez fué considerada como causa de exclusión del dolo, y sólo distinguiéndose la voluntaria de la involuntaria, la habitual de la accidental, se afirma que todo lo más debe castigarse la *ebrietas*, pero no los hechos realizados durante la misma. Así estuvo en rigor la doctrina: *Ebrius punitur non propter delictum sed propter ebrietatem* (4); y únicamente no podía invocarse como excusa la embriaguez cuando ésta fuera *procurata, et affectata, ut ebrius delinquere et delinquendo se cum ea excusaret* (5). Esta doctrina fué también admitida por los prácticos de las demás naciones (6), dominando en el mundo jurídico, á pesar de los esfuerzos de algunos legisladores (7). Solamente en Inglaterra y Escocia la embriaguez fué mirada con cierto rigor como *affectata dementia*, y en el caso de ser voluntaria, se la consideraba como circunstancia agravante del delito (8).

Entre las modernas legislaciones, el Código francés no habla especialmente de esta causa. De aquí se dedujo el principio de que la embriaguez no justificaba ni excusaba los delitos realizados durante la misma; pero después se reconoció justamente que la locu-

(1) *Qua sobrii cavemus, per ebrietatem IGN RANTES committimus.*—*NESCIENT QUID INQUANTUR qui nimio vino indulgent; JACENT SEPULTI; iteoque si qua per vinum delinquant, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctori.* Can. 7, Caus. XV, qu. I.—*Inebriaverum Loth filius ejus et se NESCIENTI miscuit.* *Qua proptes culpandus est quidem; NON TAMEN QUANTUM ILLI INCESTUS, SED QUANTUM ILLA MERETUR EBRIETAS.* C. 9. *ibid.*

(2) Bartol. in l. 38, D. ad L. Jul. de adult.

(3) Baldo in l. 11, C. de his qui acc.

(4) Aretin: «De malef. v. scienter et dolose», n. 17, p. 107.—*Vitalis*: «De delict. quid sit accus.», n. 49, p. 440.—*Decian*: «Tract. Crim.» II.—5, v. 37, n. 53.—*Mascard*: «Concl. probat.», 94, lib. VI.—*Menoch*: «De arb. judic.», qu. II, n. 327.—*Clar*: «Prax. Crim.», qu. 66, n. 11.—*Farinac*: qu. 93, n. 4.

(5) *Farinac*: qu. 93, n. 11.

(6) *Carpzov*: «Pract. Crim.», p. I, qu. 45, n. 57.—*Boehmer*: «Obs. ad Carpzov», qu. 149, obs. 1.—*Medd*, ad C. C. C., art. 179, § 9.—*Asso y De Manue*: «Inst. del Derecho de Castilla», II, p. 171.—*Mello Freyre*: «Inst. jur. crim. Insit.», p. 4.—*Damhouderii*: «Prax. rer. crim.», c. 84.—*Creman*: «De jur. crim.», I, p. 40.—*Gomez*: «Casol. variat.», III, c. 1, n. 75.

(7) Carlos V publicó en los Países Bajos una Ordenanza, por la que castigaba muy severamente los delitos de los ebrios. Lo mismo hizo en Francia Francisco I con la Ordenanza de 1536: igual criterio se siguió en 1736 en Hannover y en 1756 en Baviera; pero la práctica contraria prevaleció constantemente.—*Damhouderii*: l. c., p. 322.—*Tiraquelli*: «De pen. tem», c. 6.

(8) *Blackstone*: l. 22.—*Séphen*: «Sommario, etc.», c., 2.—*Hume*: «Comentarius sobre el Derecho penal escocés (ingl.)», I, p. 44.



ción estado de demencia abraza todos los casos posibles de negación de la razón, y entre ellos el de embriaguez completa. Otros códigos consideran la embriaguez como un caso *sui generis*, y dictan reglas especiales para la misma; así, el Código de Suiza y el de Alemania, después de excluir el caso de la embriaguez adquirida con el fin de delinquir, sostienen que la completa exime de dolo y que todo lo más se puede castigar el hecho mismo de la embriaguez (1). El Derecho americano, con arreglo al *common law* de Inglaterra, afirmó que salvo el caso de la embriaguez accidental é involuntaria, no excusa los delitos el haberlos cometido por el que se ha embriagado, debiendo resolverse únicamente si hubo alteración de la razón para apreciar cuál haya sido el propósito del delincuente, y por consiguiente qué clase de delito hubiera cometido; v. gr., el homicidio con voluntad de matar, ó heridas de las que provino la muerte, si homicidio por impetu instantáneo ú homicidio premeditado (2). Así también el Código del Brasil exige para justificar al ebrio; que no haya premeditado el delito, ni se haya procurado la embriaguez para animarse á su realización, ni tenga el hábito de delinquir durante la embriaguez.

§ 93. Esta misma variedad se observa en la legislación italiana. El Código napolitano de 1819, el Código sardo, el albertino, el parmesano y el toscano, no hablan de la embriaguez; y nótese que si para el Código napolitano y para el toscano esto no significaba la exclusión de la plena embriaguez del número de las causas excluidoras del dolo, atendida la formula general de la demencia, no podía decirse lo mismo de los otros Códigos, los cuales especificaron las causas de privación de la mente que extinguen el dolo. Sólo el Reglamento romano y el Código estense se ocuparon de la embriaguez á propósito de los delitos de sangre, considerando como atenuado el homicidio en la embriaguez accidental, y como agravado cuando había sido cometido, ó en estado de embriaguez habitual ó de embriaguez procurada con el fin de cometerlo (3).

(1) Además de los Códigos de Austria, Wurtemberg, Baden, Darmstadt, Sajonia, Braunschweig, Hannover y Assia, el de Baviera, de 1861, establece terminantemente entre las causas de exclusión del dolo la embriaguez, cuando se halla en su grado máximo, sin hacer reserva alguna sobre sus causas: y hablando en el artículo 68 de la cuasi demencia, prevé el caso de la embriaguez incompleta, por el que si no desaparece, disminuye ó la conciencia de la punibilidad de los propios actos ó la libertad de elección. V. Temme: «Derecho penal suizo», § 43.

(2) Wharton: t., I, § 87 y sig.

(3) Es notable el art. 374 del C. estense: «El homicidio cometido en estado de em-



A estos últimos antecedentes se refería el Código de 1859; el cual, en su art. 95, habla de la cuasi demencia, y añade un párrafo especial destinado á la embriaguez. En él se determina: 1) que la embriaguez *completa* ó *involuntaria*, es causa de exclusión del dolo y de toda responsabilidad penal; 2) que la embriaguez plena, *cuan- do se haya procurado* con intención deliberada de realizar el delito, ó se verifique por hábito de embriagarse, no es causa de exclusión ni disminución de responsabilidad penal para los delitos que se cometan bajo su influjo; por último, 3) que la embriaguez plena, si es *voluntaria* y *accidental*, constituye una simple atenuación del delito, equiparándose á la cuasi demencia. El decreto de 17 de Febrero de 1861 modificó este art. 95, quitándole el párrafo referente á la embriaguez, y en el 94, hablando de la privación de la mente, especificó que la embriaguez excluye el delito, ya sea plena, ya transitoria y cualquiera que fuese la causa de que provino; de modo que la embriaguez completa constituye uno de los casos de privación de la mente; y cuando quede en un grado inferior de simple ofuscación, constituye no la privación absoluta, sino uno de los casos de vicio de la mente, prev. sto en el art. 95 modificado.

El Código vigente trata de esta causa modificativa de la imputabilidad en el art. 48, previendo todas las formas que en la misma pueden darse. Establece una primera distinción fundada en la circunstancia de ser la embriaguez *accidental* ó *voluntaria*. La segunda distinción se hace atendiendo á que la embriaguez produzca ó no una condición psicológica semejante en sus efectos á la *enfermedad de la mente* de que habla el art. 46, ó á la imputabilidad atenuada á que se refiere el 47. Para que la embriaguez excluya la responsabilidad, es preciso que sea *involuntaria* y *completa*, de tal modo que quite la conciencia ó la libertad de los propios actos. «Las disposiciones contenidas en la primera parte de los artículos 46 y 47 (dice el 48), se aplican también á aquel que en el momento de realizar el hecho se hallaba en el estado previsto en dicho artículo á causa de embriaguez accidental.» Por el contrario, cuando la embriaguez es voluntaria hay siempre responsabilidad, con una distinción: que si la embriaguez es plena, tiene lugar una mayor disminución de penalidad; y cuando no extingue la mente sino que la ofusca, la disminución es menor. «Cuando se trate de em-

---

dadera y absoluta embriaguez por quien no acostumbra á embriagarse, será castigado con la cárcel de uno á tres años.



briaguez voluntaria: 1.º, en el caso del art. 46 (que habla de enfermedad de la mente que se quita la conciencia ó la libertad de los propios actos), al *ergastolo* sustituye la reclusión de uno á ocho años, y de tres á doce, si la embriaguez era habitual; á la interdicción perpetua de los empleados públicos, sustituye la interdicción temporal; y las otras penas son aplicadas en una medida inferior á una sexta parte; y si la embriaguez era habitual, en una medida no inferior á una sexta parte ni superior á una tercera: 2.º, en el caso del art. 47 (que se refiere al estado de la mente que disminuye grandemente la imputabilidad sin excluirla), al *ergastolo* sustituye la reclusión no menor de diez años y no mayor de dieciocho, si la embriaguez era habitual; y las otras penas son aplicadas con la disminución de la mitad, y si la embriaguez era habitual con la disminución de un tercio.» Hay además, otras dos reglas: una es que el juez puede ordenar que la pena restrictiva de la libertad personal sea descontada en un establecimiento especial cuando la embriaguez es habitual. La otra, que todas las disminuciones de pena establecidas en el art. 48 no se aplican cuando la embriaguez ha sido procurada para facilitar la ejecución del delito ó para preparar una excusa; y esto, en conformidad con la antiquísima doctrina en virtud de la que ninguna consideración merece el que se procuró la embriaguez *ut melius delinqueret et se cum ebrietate excusetur*. En cuanto á las frases *embriaguez accidental* y *embriaguez voluntaria*, creemos que deben ser interpretadas racionalmente; y esta interpretación consiste en afirmar que la embriaguez es voluntaria sólo cuando el hombre ha querido embriagarse, no cuando por no haber previsto las consecuencias de beber, se halló ébrio; en suma, una cosa es querer beber vino ú otra sustancia alcohólica, y otra cosa muy distinta es el querer ponerse propia y directamente en la condición del ebrio.

§ 94. No daremos fin á esta materia sin indicar que entre las causas de privación de la mente ó de razón disminuída, no deben comprenderse ni la vejez, ni el sexo femenino, ni el impetu de las pasiones. La debilidad física de la edad senil no puede llegar á destruir los resultados de la experiencia diaria de la vida; es verdad que alguna vez puede existir tal estado de cansancio intelectual que llegue á la imbecilidad (1); pero es preciso probar este es-

(1) *Senectus est velut alia pueritia* (Tiraquello: «De pœmis temper», XIII, 20). *Senes sunt diminuti sensu et intellectu ita quod repuerascere incipiunt* (Farinac: Qu. XIII, 25).



tado para que excluya ó aténue la intensidad del dolo. Es de notar también que el ímpetu de las pasiones puede quitar la reflexión, pero no el obrar con una voluntad movida por la inteligencia, por muy rápido que sea el intervalo que transcurre entre el primer pensamiento del delito y su realización material. *Ira furor brevis*, dijo Séneca; pero esto no pasa de ser una locución retórica para expresar la fuerza de la ira, y no una definición adecuada del estado psicológico del hombre airado. Si por las pasiones se abriera la puerta para considerar la inteligencia ofuscada, sería preciso dejar impunes ó excusar todos los delitos más atroces. Las perturbaciones afectivas del espíritu humano *non excusant in totum, sed tantum faciunt ut delinquens mitius puniatur*.

Respecto á esta causa, el Código de 1859 la estudiaba con relación á determinada clase de delitos, los de sangre, en los que su concurrencia mitigaba la intensidad del delito, y por consiguiente la intensidad de la pena. Esta doctrina tenía como fundamento el *ímpetu del afecto* y dió origen á la noción del dolo afectivo. Dos eran sus formulas fundamentales: la una radicaba en el principio *cum sit difficillimum justum dolorem temperare*, y abrazaba los delitos de sangre cometidos en virtud de sorpresa en flagrancia de adulterio ó de estupro, ya del cónyuge, ya de la hija: la otra se apoyaba en el concepto de la ira provocada por aquel hecho injusto que nos ofende. El legislador de 1889 ha reunido ambos casos y ha formulado como norma general, que debe ser castigado con pena menor de la ordinaria aquel que impulsado por una provocación injusta comete el hecho en el *ímpetu de la ira ó de intenso dolor* (1). Naturalmente puede cometerse un delito contra la persona física ó moral, ó contra la libertad personal ó contra el patrimonio del ofensor, para decirse impulsado por injusta provocación ó intenso dolor; pero la ley se remite en esto al prudente arbitrio del juez para apreciar si la determinación á un delito fué provocada por algún hecho injusto, y todas las antiguas doctrinas sobre *comunión de las excusas* entre parientes, sobre el *calor rixæ*, sobre la relación entre los delitos patrimoniales como provocación y los delitos de sangre, entran como cuestiones de hecho que se confían á la conciencia estimadora del juez. La ley ha ampliado en este punto la potestad judicial, poniendo un criterio generalísimo y remitiéndole á él, para sus aplicaciones á los múltiples casos de

(1) Art. 59, Cód. vig.



la vida, no queriendo encerrar *a priori* en los límites de hipotesis determinadas las varias *causarum figuree*. El vigente Código limita á fijar los grados de provocación, esto es, la provocación simple y la provocación grave, sin que por eso limite la potestad del juez con una previa determinación respecto á la gravedad de la provocación. En su consecuencia, sólo dos reglas viene á fijar respecto á la gradación de la penalidad:

1.<sup>a</sup> Tratándose de provocación simple ó provocación in genere, sustituye á la pena del *ergastolo* la de reclusión de veinte á cuatro años, y en los demás casos, la pena establecida para el delito cometido es disminuída solamente en un tercio.

2.<sup>a</sup> Si por el contrario, la provocación es apreciada por el juez como grave, el delito que tenga señalada la pena del *ergastolo* es castigado con la detención de los diez á los veinte años; y cuando la pena señalada sea inferior, es disminuída de la mitad á los dos tercios, esto es, no podrá ser ni menor de la mitad ni mayor de los dos tercios de la pena ordinaria, y siempre será sustituida á la reclusión, la detención, y á la interdicción perpetua de los empleos públicos, la interdicción temporal.

§ 95. Por último, el sexo femenino no puede ser considerado como causa de exclusión del dolo. Efectivamente, en ninguna legislación fué establecido ni viene declarado por escritor alguno que la mujer haya de reputarse exenta de dolo. Prescindiendo de algunas mitigaciones en el género de pena, fundadas en la *infirmitas corpora*, por consentimiento unánime de la conciencia jurídica la mujer se considera tan responsable como el hombre. Solamente en el Derecho romano el sexo femenino fué comprendido en la categoría de la presunta *ignorantia juris*, cuando se trata no de *delicta juris gentium*, sino de *delicta juris civilis*; así, para algunos delitos como el *incestus jure civili*, el testamento falso y en general el *crimen falsi*, amparaba á la mujer la presunción de la ignorancia del Derecho (1). Pero en el Derecho penal moderno, donde ha desaparecido la distinción de *delicta juris gentium* y *delicta juris civilis*, este concepto romano no puede tener importancia, salvo algún caso raro de probada ignorancia de la ley positiva, que la ciencia no puede dejar de reconocer como causa de exclusión del dolo. Como dice Carrara, la inteligencia de la mujer es lúcida y ordenada lo ha-

(1) L. 9, pr. De jur. et frecti ignor.—L. 38, § 4, D. ad L. Jul. de adult.—L. § 20, D. ad Sc. Turpill.



tante para considerarla capaz de comprender el deber que le corresponde realizar, ya ante la ley civil, ya ante la ley religiosa y moral (*Programma*, P. I, § 234).

La única cuestión que se presenta con relación á las mujeres, no es respecto á la exclusión del dolo, sino respecto á su atenuación: la mujer es capaz de dolo como el hombre, pero no siempre tanto como el hombre, porque en ella predomina ordinariamente la *receptividad* sobre la *actividad*, el *pathos* sobre el *ethos*. En el mismo Derecho romano hallamos que el sexo está considerado como causa de atenuación de la pena por la menor intensidad criminosa del delito realizado por las mujeres: y de hecho se habla establecido que debía tenerse en cuenta el sexo para la graduación de la pena. Así, para el sacrilegio y para el delito de lesa majestad, eran excluidas las hijas del Rey, aduciéndose como razón, *pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus* (1): así también, el incesto era excusado en la mujer á causa del sexo (2), y para la mujer soltera se señalaba una pena menor que para el cómplice (3). De igual modo en el Derecho canónico se tiene en cuenta la condición de la mujer como causa atenuante de la pena (4).

Los prácticos, fundándose en el Derecho romano y en el canónico, afirmaban que la mujer es menos responsable que el hombre, porque veían en ella una mayor debilidad, no solamente corporal, sino también espiritual (5). Las legislaciones modernas no tienen en cuenta el sexo femenino al enumerar las causas que disminuyen el dolo, y del mismo modo casi todos los escritores están conformes en rechazar la opinión de que el sexo femenino sea causa de la existencia de un dolo menor. Sin embargo, Carmignani (6) entre los italianos, reprodujo la doctrina antigua, y Spangenberg entre los alemanes, fué mucho más allá, sosteniendo que la organización física, la educación, las costumbres, el género de vida, etc., contribuyen á dar al desenvolvimiento de la mujer menos fuerza y profundidad que la que corresponde al sexo viril; que es más débil

(1) L. 6, D. ad Jul. peculatus.

(2) L. 38, § 7, D. ad L. Jul. de ad.

(3) Non. CXXXIV. c. 9.

(4) C. 6, X de homicid. *Quod id excessibus singulorum non solum qualitas et quantitas delicti, sed etas, scientia, SEXUS, atque conditio delinquentium sint attendenda.*

(5) Tiraquelli: «De poen. temper.» Caus., IX — Farinac: Qu. 98, c. 10. — Matthew & Smez: «De re crim.», controv. 291, n. 71. — Beyer: «Electa Juris crim. suppl.», parte II, obs. 3.

(6) «Elementi di Diritto Crim.», § 184.



en ella la fuerza del pensamiento y de la voluntad por el predominio de la imaginación y el sentimiento; que, por consiguiente, es menor en las mujeres, tanto la conciencia de la ley como la libertad de la voluntad, y que por eso el criterio más racional y más seguro está en afirmar su menor responsabilidad (1). Las objeciones de Spangenberg, en nuestro sentir, tienen alguna parte de verdad, pero sería una exageración fijar como regla general y absoluta una aminoración del dolo en la mujer; y por eso, es preciso dejar al prudente arbitrio del juez la potestad de tener en cuenta la debilidad del sexo femenino en la extensión de la pena que ha de aplicarse, lo cual no impedirá que la mujer sea sometida á la misma pena que los hombres, cuando llegue el caso de que el dolo femenino alcance el mismo grado que tiene de ordinario el dolo masculino.

\*\*\* Con todo el respeto que se merece un criminalista tan ilustre y un profesor tan experto como el autor de este libro, ya hemos indicado en el Prólogo que no nos satisface por completo el plan por él adoptado para exponer los problemas generales de nuestra ciencia; y en el capítulo presente se aparece la oportunidad de reproducir esa misma repetitiva indicación. Distinguidos con acierto, en nuestro humilde juicio, los elementos que componen el delito, se nos ofrece ahora el examen de uno de ellos, el de la *materia* de la violación del Derecho, considerando primero desde el lado interno del propósito, y después desde el lado externo de la ejecución; pero así en este cap. 4.º, como en el que le sigue, más en aquél que en éste, se desarrolla mucha importante doctrina, que, con mayor razón y con ventaja de la claridad, debería estudiarse al examinar lo tocante al sujeto activo del hecho punible, y confesamos que en este punto se acomoda mejor con nuestro modo de ver el asunto, la distribución empleada por el Sr. Silvela en su notable Tratado de Derecho penal. Dicha distinción de elementos viene á hacerse ilusoria en la obra didáctica, si no se presta á los principales miembros de ella la atención singular que cada uno exige, y difícil es reconocer (prescindiendo de si debiera comenzarse por considerar antes la materia ó el objeto), que ocuparse en la individualidad humana como delincuente con la brevedad que el autor lo ha hecho, no sin el enunciado intento, toda vez que aquí tendría su oportuna colocación (aparte de lo que la escuela positivista discurre sobre las vari-

(1). Spangenberg: «Del sexo femenino con relación al Derecho y á la Ley Criminal», en el N. Arch. de D. Crim., t. VI. — El profesor P. Ellero publicó también, hace algunos años, una excelente monografía sobre el dolo en sus relaciones con el sexo femenino — Bonneville defendió la doctrina de Spangenberg en una disertación titulada: *Étude sur la moralité comparée de la femme et de l'homme*. París, 1890.

Entre nosotros, la señora Pardo Bazán, en su última novela «La piedra angular», pone en boca de uno de los personajes, las siguientes palabras: «Las mujeres, puesto que la ley las considera menores para infinidad de casos, y el Derecho político las excluye, deberían encontrar ante el Derecho penal la protección y la indulgencia que se deben al menor (pág. 251). — (N. T.)



de los delinquentes) lo relativo á los estados y causas de imputabilidad (edad, locura...), circunstancias modificativas de la imputabilidad, codeincuencia ó pluralidad de sujeto activo, etc.—Queremos decir con todo esto, que descomponer el delito en sus elementos integrantes é incluir luego casi la totalidad de la doctrina dentro de uno de ellos, lo juzgamos improcedente en una exposición bien concertada, aunque no se nos oculta que tales descomposiciones pueden ser en mucha parte artificiosas, porque esos elementos se entrecruzan y complementan de continuo, no se hacen inútiles para la labor docente, siempre que se recuerde lo que son en sí y la necesidad á que obedecen, y se advierta la conveniencia de no echar en olvido cómo la realidad produce el fenómeno sometido al análisis. Arrancar del concepto primario de la imputabilidad, en el cual y de cierta manera se sintetiza todo el Derecho penal, para pasar después á la diferenciación y estudio de los elementos del hecho criminoso, refiriendo á cada uno lo que, al ser ajeno á los demás, mostrase con él un vínculo más estrecho y exacto, sería el proceder mejor acomodado á las exigencias lógicas, y daría por resultado una distribución proporcional de las materias comprendidas en esta parte de la ciencia. A pesar de lo dicho, claro es que nosotros nos acomodaremos al orden del autor para apuntar las observaciones de otra índole que este capítulo nos sugiera.

Aunque es exacto que en las legislaciones penales apenas dejó darse algún valor para la incriminación de un hecho al supuesto de que el autor de él había obrado con conocimiento de su maldad, también lo es que en la historia no se ha reconocido toda la importancia de ese elemento intencional, hasta que el influjo del cristianismo y el aumento de la cultura destruyeron en mucho la tendencia á buscar una reparación y á imponer un castigo con vista del simple resultado físico. El individuo inculco como las primitivas sociedades, hubieron de conducirse según se conducen, en sus acciones y reacciones, las fieras ciegas de la naturaleza, y aun según se conduce á nuestra vista el niño que se revuelve airado contra la cosa ó la persona que le causa dolor, sin cuidar de inquirir hasta qué punto quiso causárselo. Al espiritualizarse más y más la vida, y la ciencia con ella, hubo de comprenderse hasta dónde son diferentes las desgracias que puede aportar el juego de las leyes fatales á que estamos sometidos y los males que puede acarrearlos la perversidad de los hombres, dueños de sus actos; y la moral purísima que pesa y mide las intenciones, que califica de *peccatum ad mortem* el pensamiento malo consentido, que ataja y condena el proceso de la iniquidad en el simple deseo, que tiene frases tan elocuentes y atemorizadoras como aquella de *qui non diligit fratrem suum homicida est*, que busca, en fin, el hombre interior y escribe sus veredictos en el fondo de la conciencia, necesariamente tenía que reparar los errores del sentido, poner en alto los fueros del espíritu, á iluminar el camino por que debiera marchar la justicia humana, imitadora, hasta donde la humana condición lo consiente, de la infalible justicia de Dios.

La persistencia en mantener el criterio que concede al acto material y al perjuicio de igual clase, que le sigue, una significación y una influencia poderosas, ya que no decisivas, se explica bien por aquella natural tendencia á que arriba aludimos, y, de otra parte, por las grandes dificultades que entraña el aprecio justo del elemento espiritual, ó sea lo que el autor llama la *cagión morale*. Ya el puntualizar teóricamente sus modalidades (dolo, sus especies, sus grados; culpa, sus cla-



ses, desde la mixta y la lata, que tocan en el dolo, hasta la pura leve, que tocan en el caso), supone un arduo análisis psicológico, el cual se une después en la práctica la recta aplicación de estos rasgos á cada hecho concreto sometido á juicio. Pero si el incidir en error tiene explicación y hasta disculpa, salir de él, una vez reconocido, es deber imperioso que ha de tratar de cumplirse por encima de todas las dificultades; y como para nosotros la manifestación externa del delito no envuelve valor sustantivo y sí únicamente de mera inducción para estimar la causa eficiente de aquél, combatimos el par del vicio histórico que fué apuntado, la doctrina que Carrara, por notoria franqueza, y Pessina, no con tanta, reputan preferible para explicar el delito, su vida y su punición. Somos, pues, intencionados en el sentido que á la palabra conviene, sin que por eso desconozcamos la necesaria imperfección de los humanos juicios; y esto nos da una escrupulosidad extrema para buscar la exactitud apetecida en los asertos como en las locuciones en que se condensa la invención presente. Y por cierto (dicho sea de paso) que si ese *intencionalismo* racional nos aparta en puntos importantes de los maestros sicos italianos, nos aproxima, en cambio, y sin duda por aquellos que los extremos se tocan, á determinadas soluciones del positismo penal, que consagrándose con preferencia á descubrir la *indole* del delincuente, no otorga al hecho y á sus consecuencias, *per se*, el valor de factor ponderativo de la represión, sino de dato denunciante de la potencia criminal.

\*\*\* Lo que en notas anteriores escribimos á propósito de la independencia de los términos voluntad, malicia, intención, imprudencia, no debe olvidarse aquí, porque el emplearlos con poca cautela, impide la fácil comprensión del problema actual. De igual suerte, decir que el agente doloso ha de ser á la vez causa física y causa moral del hecho, estorba más que favorece. El dolo es lo voluntario, pero lo voluntario *para* algo ilícito: es la voluntad directa de lo malo. También la culpa es voluntaria, pero sin el nexo entre el esfuerzo y el fin propio que el dolo supone. Recordando la definición que de la culpa da Cellari, «voluntaria falta de previsión de las consecuencias previstas del propio acto», cabe todavía poner más de resalto lo que nosotros queremos significar, diciendo que la culpa consiste en «la voluntaria falta de previsión de las involuntarias consecuencias dañosas de su conducta».—La distinción de los elementos del dolo, por la que viene á separarse la parte tocante al entendimiento (cuya falta da margen á la doctrina sobre la *culpa* y el *caso*), y la parte tocante al simple querer (cuya falta da margen á la doctrina sobre la *fuera de propósito*), es, bien considerada, inconsistente y falaz. El antiguo *culpa in scilicet* *litum quin precognitum*, nos ampara en nuestro parecer: un simple querer sin conocer es inconcebible; se quiere, en virtud de un estímulo que se origina en un conocimiento de lo querido; nunca la voluntad es ciega. Ni siquiera ese divorcio sirve para la artística distribución de materias que el autor persigue: ¿acaso en la culpa falta tan sólo la parte de previsión asignada al entendimiento? ¿Se han querido las consecuencias dañosas que produjo el hecho? Ni se han previsto, ni han querido; y no han podido quererse, porque se desconocían, quiera fuera posible conocerlas.—En los dos casos de fuerza mayor que se especifican (legítima defensa y obediencia debida), cabe más bien lo mismo, y han hecho bien los autores que, apartándose del camino seguido por Pessina, no tratan de la defensa con esta ocu-



que la estudian como una causa justificativa. En el que legítimamente se defiende hay volición completa, digámoslo así; hay la previsión y el querer que el autor distingue, y si no delinque, es porque lo que debe ó lo que puede hacer según el derecho. Y no se conoce que la parte del querer está limitada por la dificultad de la elección (jamás anulada), pues limitaciones análogas descubriríamos en casos de dolo, que como tales se dan, al citársenos el *dolus repentinus*, *affectivus*, *imperfectus*, etc.—En lo referente á la obediencia, cuando imposibilita la responsabilidad del que obedece, es porque éste quiso cumplir con el deber de su posición jerárquica, y no realizar el acto malo que envolvía el cumplimiento del mandato: siempre que se demuestre que quiso contribuir á la realización del acto malo, el que obedece es responsable. Si aceptáramos por un momento el dualismo que en el dolo señala el autor, la obediencia implicaría, antes que toda otra cosa, la falta de intervención del entendimiento, como la culpa y el caso; estaría, por tanto, erróneamente colocada dentro de la fuerza mayor, pues de lo que se trata, es de que al mandatario ó al inferior, exento de pena, se le oculte la injusticia del hecho en que interviene; no que se le imponga la comisión del hecho que conoce como injusto. Esto último constituiría, en su caso, otro motivo distinto de irresponsabilidad.

Extremando la argumentación, llegaríamos á probar que el autor, al analizar el dolo, y distinguir las dos condiciones que le informan, se quedaba con las condiciones... y sin el dolo. La primera condición es «que el fenómeno de negación del Derecho sea previsto por el sujeto como tal negación y como consecuencia cierta ó probable de un movimiento espontáneo de su organismo». Ahora bien: esta previsión la tenemos todos, y podemos prever que si damos de puñaladas á un hombre, le daremos la muerte y atentaremos al derecho que tiene á la vida, sin que por prever una cosa y otra delincamos ó demostremos dolo. Aun más: es preciso que este conocimiento nos acompañe para no usar de un puñal como un niño que, creyéndole un juguete, lo mismo hundiría el acero en la madera de un mueble que en el cuerpo de un hermano. Esa primera condición nada dice por sí sola. La segunda condición es «que el sujeto haya querido aquel movimiento de su organismo, del cual, como el efecto de la causa, deriva el fenómeno de la negación del Derecho». Es perfectamente inexacto que de un movimiento del organismo (del organismo físico) resulte un fenómeno de negación del Derecho. Cuando un hombre sujeta mi brazo, le arma con un puñal y con una fuerza que yo no soy capaz de resistir le hace moverse y apuñalar á un semejante mío, nadie dirá que soy asesino si que haya obrado con dolo de ninguna clase; y sin embargo, como efecto de la causa, la muerte del agredido procede del movimiento de mi organismo. Pero este movimiento no fué querido, y es preciso que lo sea para que aparezca el dolo. Enhorabuena: yo trato de probar que con aquella arma puede atravesarse una puerta, detrás de la cual está, sin que yo lo sepa, recostado un hombre; doy el golpe con todas mis fuerzas y la punta del puñal penetra en el pecho del hombre, que me mortalmente herido. ¿Soy asesino? ¿Hubo dolo en mi proceder? Sin duda que no; y sin embargo, el movimiento de mi organismo, ¿no fué querido? Luego tampoco esta segunda condición dice nada según se formula.

No aspiramos á la triste gloria del sofista; comprendemos, después de dar de mano á sutilezas y dislateos, el aprecio que, vista en su fondo, debe concederse á la doctrina del autor; pero oportuno es per-



catarse de los riesgos que engendra el prurito, noble y sano en la intención, de descomponer, mediante ingeniosos procedimientos, conceptos con que está naturalizado el buen sentido; de las consecuencias que trae el mezclar á la pura esencia del Derecho elementos ó accidentes, apreciables en otros órdenes de la vida, no en el jurídico; de los obstáculos que opone á la feliz expresión de los conceptos el uso de frases mal depuradas ó viciosas por su impropiedad ó inoportunidad. Por esto último, censuramos que se hable de casualidad física para explicar el fenómeno del dolo, que sólo es tal dolo por el principio anímico, intencional, ó como quiera decirse, en que se informa, en que esa causalidad física lo mismo se aparece en el dolo que en la culpa y en el caso, en el hecho del loco que en el del cuerdo, etc.—El vivimiento del organismo físico necesariamente ha de haberle en el fenómeno vital del hombre, por ser un compuesto material y orgánico: tan parte del organismo físico es el cerebro ó el plexo nervioso que se *mueve* cuando recibimos una sensación ó elaboramos un pensamiento, como el brazo que agitamos para blandir un arma ó la lengua que ponemos en ejercicio para proferir una palabra. Pero en esto, como lo tocante á la materialidad del evento, no hay para mencionararlo al educir la noción del dolo, y menos con locuciones como la de causa física, que es incoherente ó inadecuada, y que á fin de cuentas sólo sería aplicable á la producción de un efecto de su propia naturaleza: el golpe violento del asesino produce la muerte de la víctima, no produce el delito de asesinato; y esto, que parece afán de eruditista empedernido, es algo importante que tendremos ocasión de poner más de resalto al hacernos cargo de la argumentación del autor acerca de la frustración y la consumación del delito. A no encontrarnos con esa y otras aplicaciones sustanciales de un criterio para nosotros inadmisibles, tal vez juzgaríamos que las inexactitudes de lenguaje aquí observadas eran debidas á la exclusiva consideración de aquel dolo, siempre necesitado de señales exteriores, que *rendibile l'azione umana d'innanti alla giustizia sociale*.

● El delito, que supone una enfermedad de la voluntad, puede ser, según se acostumbra á decir, *doloso* ó *culposo*; por donde se ve, que la culpa, si es negación del dolo, no es negación del delito. El vicio de la voluntad persiste lo mismo en el dolo que en la culpa, salvo que en ésta no se determina hacia lo malo con la concentración y el estrechamiento definido que aquél implica. Una negligencia indisculpable, una falta de atención, una indiferencia para el bien de los otros, una obcecación del egoísmo, manifiéstase en nuestra conducta, y de aquí surgen perjuicios y daños, que si directamente no fueron queridos, lo fueron en cuanto *quisimos* no ejercitar los medios que estaban á nuestro alcance para evitarlos: *quod est causa causa, est causa causati*. La pena, que es medicina de la voluntad enferma, debe venir en auxilio del delincuente por culpa, á fin de fomentar y agilitar en él aquellas energías que aparecen como atrofiadas ó enmohecidas, en mayor ó menor grado, según las diferencias cuantitativas que los hechos revelan ó las cualitativas que los precedentes dejan apreciar; porque entre el dolo y la culpa hay una zona intermedia, constituida por el *minimum* del uno y el *maximum* de la otra, que casi los funde para el efecto de la punición.

El caso es ajeno por entero á la voluntad, *ignoti nulla cupido*, y por tanto, es negatorio del dolo y de la culpa; no da lugar alguno al delito y á la pena. Negaciones semejantes arrastran aquellas causas



de irresponsabilidad, que no sin motivo dijimos que clasificaban algunos autores en causas de justificación y causas de inimputabilidad, porque en unas (á pesar de las apariencias) resulta demostrado que no hubo delito, y en otras (á pesar de lo mismo) resulta demostrado que no hubo delincuente; con lo cual se da á entender que, por el examen inmediato del hecho ó por el examen inmediato del sujeto, se llega á la conclusión de la irresponsabilidad. En las causas de justificación figuran en primer término la legítima defensa y la obediencia debida, atemperándonos al texto del Código español, no sólo los números 1.º, 5.º, 6.º y 12 del art. 8.º, que hacen referencia á esos dos particulares, sino también los números 7.º, 11 y 13 del mismo artículo. En el grupo de las causas de inimputabilidad se incluyen principalmente la edad, la privación ó vicio de la mente, la embriaguez, la sordo-mudez, el sueño, la violencia y el miedo, y con arreglo al citado artículo del Código patrio, los números 1.º, 2.º, 3.º, 9.º y 10. En todas ellas lo que en definitiva aparece es la carencia de la propia voluntad viciosa, que no puede faltar en ningún hecho punible, pues aun en casos como el de la defensa y la violencia moral, en que cabría afirmar que la voluntad existe, cabe decir que no es la voluntad aquí necesaria: en el que se defiende (aparte de que no son únicamente algunos Santos Padres, como San Cipriano y San Ambrosio, los que niegan que sea lícito dar la muerte á otro para defenderse) no debe existir el deseo de amparar á su adversario (*non ad sumendam, sed ad propulsandam injuriam*), y si tan sólo el de amparar su propio derecho; y en el que obra por miedo, no hay, como el autor escribe con acierto, la voluntad de violar la ley.

•• Hace figurar el autor entre las negaciones y exclusiones del dolo el núm. 4.º, relativo á la *imputación*, cuya colocación intermedia no nos explicamos tampoco satisfactoriamente; y con motivo de fijar aquella noción, declara que el dolo constituye un fenómeno interno, un hecho psicológico de la individualidad humana, con lo cual puede creerse que destruye todo lo anterior (causa física, movimiento del organismo, etc., como elementos integrantes); pero lo que se deduce de lo que antecede y de lo que sigue, es que por lo menos se confunde lo que en realidad constituye el dolo y lo que es preciso para que sea justificable, cosas que toleran ó, mejor, exigen, una distinción completa, digna de ser atendida por el expositor y expresada con la debida claridad.

Fuera de esto y de la colocación del número aludido, no estaría de más diferenciar también la *imputabilidad* de la *imputación*, para que la doctrina fuese mejor entendida; y aquí se confirma el fundamento de las observaciones que consignamos en la primera de las notas del presente capítulo.—La imputabilidad, como es sabido, la declara el legislador, y la imputación la realiza el magistrado ó el juez. La calidad del hecho punible, en general, las condiciones con que el hecho ha de ser producido para que pueda ponerse á cuenta del sujeto activo con las consecuencias que esto supone, concierne á la teoría de la imputabilidad, se preestablece sin otras dificultades que las dependientes del justo aprecio del proceso de la conducta humana, y se formula en principios y reglas invariables, hasta el punto que es inviolable la pura investigación científica ó los resultados de ella en que descansa la obra legislativa. La imputación se refiere á un hecho concreto, á un sujeto determinado, y aquí es donde el reconocimiento de aquel dolo, de aquella culpa, de aquella *voluntariedad*, en fin, con sus



grados, modalidades ó accidentes, ha de acomodarse á lo que es el definido campo de la vida y la variedad inagotable de sus fenómenos, imposible de reducir de antemano á reglas fijas y á presunciones invocables. El legislador, con vista á aquella *voluntariedad*, suele establecer una presunción que no tiene por aventurada y que generaliza cuantas acciones y omisiones castiga, y así lo vemos en el párrafo segundo del art. 1.º de nuestro Código, donde se dice que las acciones y omisiones se reputan voluntarias á no ser que conste lo contrario. Tal presunción, discutible y discutida, descansa en que el hombre, por vez desenvueltas sus facultades, se conduce de ordinario con conciencia de lo que hace, y mucho más tratándose de la comisión de actos tan importantes como los que la ley pena: y puesto que esto es lo común y natural, esto es lo que cabe presumir. Y aquí no sería injusto referirse á la doctrina sostenida por Luchini, Benevolo y otros criminalistas, respecto á cuál sea el elemento necesario ó subyacente para constituir la imputabilidad moral y dar base á las decisiones judiciales; doctrina que, limitándolo á la existencia y aprecio de la mera *voluntarietá del fatto*, rehuye las peligrosas y prolijísimas especulaciones sobre el libre albedrío. No negaremos que á esa halagadora teoría la amparan razonamientos felices y discretas observaciones; pero la dificultad que se rehuye no queda por eso salvada; y si escogite el legislador una fórmula hábil y el magistrado se mantiene en una abstención prudente, no es bastante para la plena satisfacción del entendimiento, siquiera formalmente facilite la obra de la justicia social. En el fondo de todo ello subsiste como un *supuesto* tácito afirmación capital que tanto se discute; y la especie de neutralidad que los citados criminalistas intentan mantenerse, no sería posible desde el punto y hora en que faltara á la opinión común, y á los dogmas é intérpretes de ella, el íntimo sentimiento de la asendereada libertad moral. Como esto no habrá de ocurrir, y contra el casi universal testimonio de la conciencia no prevalecerán las sutilezas y subtilidades de la controversia, no tememos nosotros que falte nunca el fundamento real que trata de sustituirse con algo que pudiera parecer también aparato retórico ó artificio de legista sagaz.

.\*. Más con objeto de aludir á la doctrina legal española que de amplificar la del autor sobre las varias causas que excluyen, en último término, la responsabilidad penal, diremos breves palabras acerca de cada una por el orden con que se enuncian en el texto.

—La violencia material y la violencia moral están en nuestro Código (art. 8.º) reconocidas en estos términos: «El que obra impulsado por una fuerza irresistible»; —«el que obra impulsado por miedo insoportable de un mal igual ó mayor». —Usase, como se ve, en el primer caso, de una frase ya célebre en la literatura jurídica: *fuerza irresistible*, que permite por su misma vaguedad aplicaciones diferentes. Sin embargo, entre nosotros es opinión común que debe contraerse á la fuerza material. El miedo de que se nos habla después, está calificado de *insuperable*, y claro es que este calificativo no debe entenderse de un modo literal absurdo, sino que habrán de tomarse en cuenta, de un lado, las condiciones personales del sujeto, y de otro, aquel mal que produce el miedo, mal que, según declaraciones de la jurisprudencia, ha de ser positivo, grave, injusto, ineludible sin hechos violentos. Por un defecto de redacción no se expresa el término comparativo del mal respecto del que ha de existir la igualdad ó el exceso; pero



desde luego se advierte que es el mal á que se nos incita amedrentándonos.

—A la defensa dedica el Código tres de los números del artículo que exponemos. Se extiende á la persona, al honor, á los bienes y á los derechos; y, en otro respecto, al propio sujeto, á sus parientes y á los extraños. Los requisitos de la defensa propia son tres, que se puntualizan sendamente por los calificativos que subrayamos: agresión *ilegítima*, necesidad *racional* del medio empleado para impedir la ó repelerla, falta de provocación *suficiente* por parte del que se defiende. Los dos primeros subsisten en la defensa familiar y en la de los extraños; pero el tercero se substituye en la familiar por el de que, «caso de haber habido provocación (aun suficiente), no haya tomado parte en ella el defensor», y en la de personas extrañas, por el de que «el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento á otro motivo ilegítimo».—Aparte de las escasas aclaraciones que el texto legal reclama y de las censuras que pueda merecer alguna parte de él, promueven los autores cuestiones numerosas acerca de la defensa, que empiezan ya, según indicamos atrás, al apreciar su verdadera legitimidad cuando por ella se origina la muerte del adversario. Supuesto que esto sea lícito, ¿á qué clase de agresiones ha de limitarse? ¿Cabe la defensa extrema contra la agresión del loco? ¿Cabe contra los agentes de la autoridad que se extralimitan en sus funciones? ¿Cabe en aquel que, habiendo agredido, se en peligro su propia vida por la defensa opuesta á su ataque? ¿Qué resultado penal debe tener el exceso en la defensa?... Alargáramos demasiado estas líneas si quisiéramos dar un índice, y aún más dar la resolución razonada, de todos los casos, muchos de los cuales pueden recibirla fácilmente del buen sentido.

—Conciso es el Código español en lo tocante á la obediencia, puesto que sólo dice que no delinque el que obra en virtud de «obediencia debida». Aunque Carrara distingue la doméstica, la jerárquica y la política, es indudable que la segunda es la que tuvo presente el legislador y la que de ordinario se menciona. Para saber cuándo es debida la obediencia, habrá de recordarse la doctrina que queda expuesta y que puede servir de comentario. A nadie *se debe* obediencia para el mal; antes que todo, *nos debemos* al bien.

—La menor edad penal, según el Código, llega hasta los diez y ocho años; pero dentro de ella se distinguen tres períodos: uno desde el nacimiento hasta los nueve años; otro, de los nueve á los quince, y el último, de los quince á los diez y ocho. En el primero, el dañador es indiscutiblemente irresponsable, y lo es en el segundo, cuando en un pronunciamiento previo no se declara que obró con discernimiento, esto es, que tuvo *voluntad de delinquir*. En todo caso, la ley dicta las medidas oportunas para que el dañador no vuelva á serlo, á lo cual contribuirán con mayor eficacia disposiciones acertadas sobre el significado y alcance de la potestad paterna, y la existencia de instituciones destinadas á recoger y educar los niños abandonados ó precozmente corrompidos. También aquí á la par de estos interesantísimos problemas, se suscitan otras cuestiones de las que pueden dar ejemplar ideas las preguntas siguientes: ¿Convendría alterar los límites señalados á cada uno de aquellos períodos? ¿Convendría tener en cuenta para su fijación la naturaleza de los delitos (de lo cual nos da algún indicio el Código de las Partidas), ya que la posibilidad de su práctica ó la del discernimiento en el sujeto ha de diferir seguramente? ¿Convendría prescindir del señalamiento de tales plazos, siempre ocasionado á absurdas consecuencias, y dejar desembarazado el camino al



juzgador para estimar en cada caso, según las personales condiciones del agente y la índole de la acción realizada, la irresponsabilidad ó la responsabilidad y sus grados, dentro de una amplia forma legal? ..

—Cuando nuestro Código dice que no delinquen «el imbecil y loco, á no ser que éste haya obrado en un intervalo de lucidez», expresa con las palabras subrayadas la misma idea que aparece en el del autor (*privación ó vicio de la mente*), y que origina la división en locura por *impotencia*, y locura por *perversión*, consignada por otros tratadistas, los cuales distinguen luego en la primera la *imbecilidad* (carencia nativa de facultades), el *idiotismo* (atrofia de ellas por defecto de cultura ó de ejercicio) y *amencia* (agotamiento ó paralización por vejez ó enfermedad); y en la segunda, la simple *demencia* y *furor*, que pueden presentarse en una dirección fija y determinada (*monomanía*), y que también pueden manifestarse con intermitencia más ó menos largas (*locura alternativa*). No hay necesidad de declarar que los juristas no aspiran, ni deben aspirar, con esas y otras distinciones, y esos ú otros calificativos, á ofrecer el cuadro completo de esa gran desgracia que aqueja á la humanidad, y que parece crecer á medida que la civilización avanza y despliega sus grandes maravillas, ni á dar el título más propio á cada manifestación de su copiosa morfología; tarea insuperable casi para los alienistas dedicados al estudio especial de tan arduo asunto. Hay, no obstante, en ese intento, el deseo razonable de significar de alguna manera los aspectos más salientes del problema, sin perjuicio de conceder á los peritos todo el respeto y toda la consideración que se les debe. Con igual salvedad, los penalistas suelen enumerar ciertas presunciones de la existencia de la locura, que por lo que valgan apuntaremos á continuación, según las ha reunido M. Proal como resultado de observación atenta:

1.<sup>a</sup> Que antes del hecho que aparece como un crimen, se haya operado en el autor de él un cambio profundo de carácter, pues el hombre como escribe Legrand du Saulle, comienza á estar enfermo cuando empieza á diferir de sí mismo.

2.<sup>a</sup> Que no haya tenido cómplices: el loco no los busca.

3.<sup>a</sup> Que haya sido fútil el motivo; indicio aventurado, sin embargo, por la dificultad en el descubrimiento del motivo verdadero, ó por los efectos de una vida depravada.

4.<sup>a</sup> Que la víctima sea un deudo ó amigo del malhechor, pues el loco odia más á los que más amó.

5.<sup>a</sup> Que falte la premeditación.

6.<sup>a</sup> Que el agente no trate de sustraerse á las pesquisas judiciales.

7.<sup>a</sup> Que manifieste indiferencia absoluta después del acto, si bien no son muy raros los casos de insensibilidad moral, ó de ficción de ella, en verdaderos criminales.

La tendencia á confundir el criminal y el loco, ó á calificar de loco á todo criminal, sobre todo si es reo de uno de esos delitos que sobrecogen y espantan á los hombres honrados, no es nueva en los libros ni en los Tribunales por parte de aquellos que se dedican á la especialidad científica ó presumen de conocerla; pero el buen sentido, que no atinará á decidir sobre el diagnóstico del caso concreto, sabrá también distinguir los malvados de los enfermos, los que son víctimas de una desgracia fatal y los que lo son de sus vicios y apetitos infames, por más que á todos los compadezca y para todos ansie el remedio de que han menester. Las tinieblas y misterios que aún acompañan estas cosas, irán poco á poco disipándose al claror de la ciencia (dígalo, si



no, lo que ya hoy se conoce sobre enfermedades tan obscuras como la epilepsia y el histerismo, tan relacionadas con el asunto presente), y la creación de institutos tan necesarios como los manicomios judiciales, auxiliará grandemente la más acertada y expedita administración de la justicia.—Aquella ciencia en progreso creciente, repugna la decisión adoptada en nuestro Código respecto á la locura que se manifiesta con intervalos de lucidez, y nosotros opinamos con ella que aunque el agente haya practicado en uno de éstos el hecho de que se le imputa, no debe hacérsele responsable en la forma que la ley determina. En cambio, la ciencia (ó pseudo-ciencia), que trae á este campo el fantasma de la llamada *locura moral*, cuyo distintivo es la perversidad de la conducta, ó sea la producción del delito, ni responde á nada definido en la realidad jurídica con los caracteres que el nombre implica, ni la psicopatología, en opinión de ilustres y nada sospechosas autoridades, puede darle carta de naturaleza en sus propios dominios.

—No se especifica la sordomudez en el Código español, aunque de recordar lo que ya expresaba acerca de ella el Digesto (*natura surdus mutus iudicio caret*), pudiera creérsela incluída en la imbecilidad. En este punto habrá que tomar en consideración lo que el autor manifiesta respecto á los eficaces medios educativos de que hoy se dispone, por fortuna, en favor de aquellos seres desventurados, á quienes faltan los órganos indispensables para la apetecible comunicación con los demás hombres; y por cierto que no toca á España escasa gloria en esa benéfica labor. No por esto suscribimos en absoluto los razonamientos que Pessina, lo mismo que Carrara y otros, alegan para justificar la irresponsabilidad del sordomudo no educado, pues los más recientes estudios sobre la materia demuestran que la afirmación de ser la palabra «condición esencial de la reflexión interna como colquio del espíritu consigo mismo», por manera que no cabe pensamiento ni obtención de ideas abstractas sin el empleo interior del lenguaje, es una afirmación inexacta. Sin penetrar en las profundidades del asunto, no es difícil hacer en sí propio la experiencia que contradice aquel aserto, siempre que quien lo haga esté avezado á escudriñar sentimientos ó ideas de cierto orden superior; y por algo existe la palabra *inefable*, que no por emplearla á menudo con un fin puramente retórico, deja de tener adecuada y puntual aplicación. Pero aun desvirtuando tal razonamiento, queda lo bastante para justificar la doctrina en las conclusiones que aquí importan.

—Tampoco especifica nuestro actual Código, como ninguno de los modernos, ciertos fenómenos anormales del sueño. En las Partidas existe una atinada disposición relativa al sonámbulo, que sabiéndose tal y conociendo que durante el estado de sonambulismo puede ocasionar males ó daños, es responsable de su incuria en no hacerse custodiar debidamente.—El Código de 1822 mencionaba el sonambulismo como circunstancia eximente. Con posterioridad al libro de Pessina, la promovido agitación y ruido extraordinario lo referente al llamado, con un pleonismo bilingüe, *sueño hipnótico*, y sobre todo, la *sugestión hipnótica*, su temerosa consecuencia. Procediendo sensatamente, hay que separar aquí los hechos reales demostrados y la investigación seria y razonada, de los relatos novelescos y las fantasías científicas (si vale la paradoja), con lo cual se desvanecen sobresaltos y temores que, de otra manera, estarían muy en su punto. Para nuestro objeto, bueno será recoger aseveraciones tan tranquilizadoras como las siguientes, deducidas de experimentos repetidos: la influencia sugestiva requiere el consentimiento del sujeto *sugestionable*—;



aun bajo la acción del hipnotismo, el sujeto moral repugna y rechaza las propuestas de índole criminosa—; de los efectos de la sugestión suele hablarse preferentemente con motivo de cierta clase de hechos punibles, como los atentados al pudor, cuya explicación es posible muy probable y sin necesidad de recurrir á otros *prestigios* que los ordinarios—; los sujetos hipnotizables son por lo común sujetos histéricos, en los que la ficción y el embuste abundan como obligado cortejo de su idiosincrasia, por lo que de modo fácil puede ser víctima de engaño aun el observador de buena fe...

A la postre, y sin pretensiones de negar todo fundamento al poder del hipnotismo, no es difícil formular reglas para las aplicaciones de la responsabilidad penal, reglas que tienen concomitancia con las ya conocidas al tratarse de la violencia y de la obediencia debida.

—Habla el Código de la embriaguez al enumerar las circunstancias atenuantes (*contingente del reato*, examinadas por Pessina más adelante), pero la omite al enumerar, en el art. 8.º á que venimos refiriéndonos, las denominadas, con impropiedad notoria, circunstancias eximentes. La omisión era completa en el Código de 1822. El legislador y el intérprete no pueden, sin embargo, dejar de conceder grandísima atención á un vicio que la Moral y el Derecho condenan y que tanto influye en la producción de la criminalidad. *Ebrietas multae mater est, virtutis inimica, fortem virum reddit ignavum, ex temperato facit lascivum, justitiam ignorat, prudentiam extinguit*, como escribió San Basilio; y San Juan Crisóstomo, tras de una semejante enumeración, concluye, dirigiéndose al ebrio: *O pecus! O porcum!*—

Y si se añade que el *alcoholismo* de nuestros días es todavía más terrible en sus consecuencias, se comprenderá la importancia capital del asunto, que es objeto de numerosas disposiciones represivas, administrativas y penales, en todos los países cultos. La escuela positivista ha otorgado especial atención al examen del caso, y lo merece para apreciar la variedad de criterio, que tampoco aquí falta, el trabajo publicado en 1887 por el Doctor Colajanni.

Por lo que va dicho y por la lectura íntegra del repetido art. 8.º, ha de notarse que la doctrina legal española es deficiente; deficiencia que se salvará, según unos, admitiendo, por analogía con las escritas en el Código, otras causas de exclusión de la responsabilidad penal, buscando en la definición del art. 1.º el medio que facilite análogo resultado; y, según otros, acudiéndose por el Tribunal, cuando proceda, al recurso consignado en el art. 2.º—Pero si de una parte se nota esa deficiencia, nótese de otra exceso manifiesto, pues alguno de los números del art. 8.º (como el 8.º y el 11, por ejemplo), no sólo no requieren comentario, sino que no necesitan mención en la ley.—Una fórmula feliz, por su claridad y comprensión, en que se condensaran las condiciones de la imputabilidad, evitaría tales dificultades y desacuerdos.

● Nada se dice en las páginas anteriores sobre el importantísimo problema de la responsabilidad penal. Su interés es tal, que no creo posible poder conocer de un modo perfecto las teorías sobre el dolo y la culpa sin el previo estudio de esta vitalísima cuestión.

En el Derecho penal primitivo para nada aparece la idea de responsabilidad, tan sólo, á modo de excepción y de anticipación sorprendente, se encuentra alguna ley como el Código de Ammurabi, en el que se distinguen los hechos causados voluntariamente de los originados por imprudencia ó negligencia; pero lo corriente es que para la imposición



de la pena se atenga la ley solamente á la ejecución material del hecho sin indagar si éste fué voluntario ó involuntario. Tomemos como ejemplo una de las legislaciones antiguas más importantes: la legislación germánica. En ésta para nada se tiene en cuenta la personalidad del agente, ni la dinámica psicológica del delito; la mayor ó menor extensión del daño causado, la categoría social del muerto, su edad, su sexo, son las únicas bases de la penalidad. Es este, pues, un derecho penal enteramente objetivo; la idea de responsabilidad es aquí desconocida en absoluto.

El influjo del Cristianismo y el resurgimiento del Derecho romano, y, quizás, el desarrollo del Derecho canónico, abrieron, según creen algunos autores, un nuevo período en el campo de la penalidad, el período de la responsabilidad moral. En la Edad Media se verificó este hecho transcendental; entonces, por obra de los teólogos, el libre arbitrio se convirtió en el alma del Derecho penal. Antes, el libre arbitrio no había ejercido una influencia decisiva sobre éste; pero en estos tiempos se formuló el principio de que sin libre arbitrio no es posible penalidad alguna, principio que ha dominado sin oposición hasta nuestros días.

Dentro del terreno penal, las dos teorías que representan los elementos más extremos en esta cuestión de la responsabilidad, son, por una parte, la teoría clásica del *libre arbitrio*; por otra, la teoría *determinista*.

Según la primera, para que exista culpabilidad, es preciso: 1.º, *inteligencia y discernimiento*, en el agente de los actos ejecutados; 2.º, que goce de la *libertad de voluntad*, de su *libre arbitrio*; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presentan ante su espíritu y de determinarse mediante la potencia de su voluntad; la existencia de esta libertad está demostrada por nuestra conciencia que nos señala el mérito ó el demérito de nuestros actos y por la creencia universal. Solamente en el caso de concurrir todos estos elementos, puede un individuo ser declarado responsable del delito; pues lo ha querido con plena libertad y habría podido y debido abstenerse de ejecutarlo. Su responsabilidad penal es consecuencia de su responsabilidad moral. Si el individuo no ha sido libre en su determinación; si ha obedecido á un impulso contra el que no ha podido reaccionar; si ha sido empujado al delito por causas á las que no podía resistir, no hay delito, y no puede ser declarado responsable, ni puede ser castigado. Pueden tomarse respecto de él, si es un alienado peligroso, ciertas medidas de precaución; pero estas medidas no pueden considerarse como penas porque se dirigen á un ser irresponsable, enfermo, y tienden no á castigarle, sino á ponerle en estado de no ser dañoso, á cuidarle y á curarle (1).

La escuela denominada determinista niega en absoluto la existencia del libre arbitrio; éste, dicen, es solamente una ilusión proveniente de la ignorancia de las diversas causas que nos determinan y del desconocimiento del proceso mecánico del acto voluntario. En realidad, nosotros obedecemos al motivo más fuerte; la voluntad es tan sólo una resultante, y no tiene influencia ni sobre la cohesión de los motivos ni sobre la deliberación. La voluntad humana individual está enteramente sometida á las influencias naturales, no solamente de orden moral y psicológico, sino de orden puramente físico, y no puede

(1) Vid. Vidal, *Droit criminel*, pág. 163.



sustraerse á ellas; esta demostración, dada por la fisiología y la copatología, está confirmada por la estadística que demuestra la comisión de las voluntades individuales tomadas en su conjunto á las influencias del medio físico y social. Todos los hombres tienen una personalidad física y psíquica (temperamento y carácter) que está terminada de una manera fundamental por la herencia fisiopsíquica y se desarrolla y se modifica según las condiciones del medio en que está colocada.

Por otra parte, aun admitiendo que el determinismo de las acciones humanas sea dudoso y que no esté demostrado de modo indiscutible, la ciencia y la legislación, no pueden hacer descansar la responsabilidad penal sobre la libertad moral que tantos adversarios tienen que es tan discutible, y que conduce á abusos peligrosos por el fraccionamiento de las penas que lleva consigo la idea de libertad parcial y atenuada. Hay que buscar una base más segura que pueda ser por todos aceptada y que tenga menos inconvenientes para la defensa social. Esta base es la *responsabilidad social*: «el hombre es imputable y, por consiguiente, responsable porque vive en sociedad.» Si comete actos peligrosos y perjudiciales á la sociedad, debe sufrir la reacción social que la pena representa porque mediante esta reacción necesaria, la sociedad se defiende contra la repetición de estos actos en el porvenir. Esta reacción social y penal, independientemente de toda preocupación de libertad moral y de responsabilidad moral, se calculará según el grado de nocuidad, según la temibilidad del agente, sin distinguir entre los delincuentes alienados, los delincuentes natos víctimas de su temperamento hereditario, y los delincuentes sin tara que ceden á las influencias exteriores del medio. La responsabilidad social es igual para todos: el modo de reacción sólo varía según los delincuentes (1).

Entre estos dos sistemas extremos que acabamos de exponer existe un número considerable de teorías intermedias que no parten de bases puramente metafísicas como el libre arbitrio, y que, por otra parte, no llegan al determinismo radical y absoluto de la escuela positiva. Estas teorías admiten una libertad relativa de la voluntad.

Una de las más importantes es la sostenida por Prins, que cree que todo ser humano lleva en sí un elemento de libertad y un elemento de necesidad. Tiene de libertad la posibilidad de querer y de escoger entre los varios motivos, y de necesidad, la huella que dejan en su carácter los influjos de familia, de raza, de medio, de época, todo lo cual determina la dirección de su elección. «En otros términos, dice, estamos dotados de una libertad interna condicionada por las leyes generales del universo, y en los límites de estas leyes generales, conservamos una dosis de espontaneidad ó de fuerza de reacción más ó menos grande (2).

Otras muchas teorías intermedias podrían citarse. Fouillé concibe una *libertad ideal* que nace y se desarrolla como una idea-fuerza. El hombre no es libre, pero si quiere puede llegar á serlo, pues este deseo de libertad se convierte en una idea-fuerza que tiende á realizarse por

(1) Los principales defensores de esta teoría, son: Ferri, *Sociología criminal*, núms. 42 y sigs.; Garofalo, *La Criminología*, 3.ª parte, cap. II. Vid. Vidal, *ob. cit.*, págs. 165 y sigs.

(2) Prins, *Science pénale et droit positif*, págs. 162 y sigs.



El mero hecho de haberse concebido (1). Otra teoría, que se denomina de el *factor personal*, concede todavía al hombre un residuo de libertad moral; según Levy-Bruhl, aun cuando en el momento de la acción este no pueda reaccionar contra los motivos que le determinan, es responsable por no haber, durante el período de formación de su carácter, disciplinado y asegurado el predominio de los elementos sociales (2). Para Saleilles, que tiene un punto de vista análogo, las desviaciones de nuestra personalidad psicológica y moral son imputables á nuestra individualidad, considerada desde el punto de vista activo como el sujeto de sí misma, como con dominio sobre ella; esta imputabilidad cesa cuando el funcionamiento cerebral se hace anormal, en cuyo caso no responde ya á las percepciones normales, y por consiguiente, no responde á la realidad objetiva de las cosas (3).

Un grupo de teorías bastante numeroso sienta los fundamentos de la responsabilidad fuera del libre arbitrio y del determinismo. La capacidad que el hombre tiene de ser intimidable por la amenaza de la pena, es para algunos la razón de la responsabilidad; los hombres, dicen, por ser intimidables deben considerarse responsables de sus actos porque la pena puede obrar sobre ellos como coacción psicológica (4). Otros acuden á la *normalidad*. Para ser responsable el autor de un hecho punible debe presentar un *mínimum* del estado que la ciencia establezca como necesario para constituir el hombre normal. Este es el punto de vista de Conti, que considera imputable á todo hombre que viviendo en una sociedad delibera y ejecuta un acto contrario á la ley *encontrándose en condiciones psíquicas é intelectuales normales*. Para que ante la ley penal sea un hombre responsable, es preciso que haya obrado, no automáticamente por una causa cualquiera sino mediante la potencia de su autonomía personal ejercida en condiciones relativamente normales (5).

Liszt también acude á la normalidad para fundamentar la responsabilidad. Esta es la facultad de determinación normal (*normale Determinierbarkeit*). Es, por consiguiente, responsable todo hombre espiritualmente maduro y espiritualmente sano, dotado de una conciencia serena. La esencia de la responsabilidad está constituida por el contenido normal y por la fuerza motivadora normal (*normalmotivierende Kraft*) de las representaciones (6).

El ilustre criminólogo Tarde considera como condición indispensable para la existencia de la responsabilidad penal la *identidad personal* del delincuente consigo mismo antes y después del delito, y su *separanza social* con los individuos entre los que vive y por los que ha de ser penado. En cuanto falte alguna de estas dos identidades desaparece la responsabilidad, aunque la sociedad pueda tomar ciertas medidas respecto del individuo; pero éstas no pueden ser de carácter penal (7).

(1) *La science sociale contemporaine*. Paris, 1890, lib. IV, cap. II.

(2) Levy-Bruhl, *L'idée de responsabilité*. Paris, 1884, pág. 105.

(3) Saleilles, *L'individualisation de la peine*. Paris, 1898, págs. 148 y sigs.

(4) Almena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I.—Dubuisson, *Theorie de la responsabilité en Archives d'Anthropologie criminelle*, 15 de Enero de 1898.

(5) Ugo Conti, cit. por Vidal, ob. cit., pág. 170.

(6) Liszt, *Lehrbuch*, pág. 168.

(7) Tarde, *La criminalité comparée*. Paris, 1890, págs. 143 y sigs.; *La philosophie pénale*. Lyon, 1890, caps. III y IV.



Queda, por último, otro sistema que basa la responsabilidad en la *voluntariedad*; sólo los hechos ejecutados con voluntad pueden imputarse, sin que aquí se descienda á investigar si dicha voluntad ha sido libre ó determinada. Lo más cómodo de esta teoría es, según Ferri, que con la palabra voluntad no se disgusta ni á los unos ni á los otros, porque el que niega el libre albedrío como cualidad inherente á la voluntad, no niega, sin embargo, la voluntad misma, en tanto que es determinada por condiciones internas y externas; y aquel que, por el contrario, cree en el libre arbitrio, puede también sentirse satisfecho con la sola palabra *voluntad*, precisamente porque piensa que la libertad es una cualidad inseparable de la voluntad, como la gravedad de la materia (1).

Este sistema ha sido acogido por muchos códigos: el italiano, algunos códigos suizos, el de la India inglesa, el portugués, el bálgico, el noruego, el ruso y nuestro Código se han inspirado en él.

● Pessina, como todos los secuaces de la escuela clásica, exige como ya se ha visto, dos condiciones para la existencia del *dolo*: la *voluntad* de ejecutar un hecho y *conciencia* de su oposición al derecho.

La escuela positiva al tratar este problema cree que el *dolo* no está constituido solamente por la *voluntad*, comprende además, dice Ferri, la *intención* y el *fin*.

«La *voluntariedad* se refiere al acto en sí: la explosión del fusil ha sido querida ó accidental; tal palabra en un artículo de periódico ha sido escrita y pensado, ó sólo es un error tipográfico, y así en otros casos.»

«La *intención* se refiere al motivo por el cual se ha querido el acto: ¿se ha disparado un fusil para matar, ó para herir, ó para atemorizar ó sólo por hacer ruido? ¿Se ha escrito tal palabra injuriosa para vengarse de alguno, ó para revelar la verdad?»

«El *fin* se relaciona con el efecto que, queriendo realizar cierto acto con una determinada *intención*, se propone obtener. Se ha disparado un tiro para matar, ¿pero se perseguía el fin de vengar un ultraje, de usurpar una herencia, de robar ó de defenderse? Se ha difamado para revelar la verdad; ¿pero se acariciaba el propósito egoísta, por ejemplo, de eliminar un concurrente, de herir á un tercero ó de hacer un reclamo? ¿O se proponía ser útil á la sociedad, atrayendo la atención pública sobre los canallas que estafan la reputación de las gentes honradas?»

Para que haya responsabilidad penal, son necesarios estos tres elementos: no basta con que el acto se haya *querido*, precisa también que el agente haya tenido *intención de lesionar el derecho de otro* y *un fin antisocial y antijurídico* (2). Así establece Ferri la teoría del *dolo*.

Sin proponerse criticar esta teoría, ó por lo menos, sin decirlo, Mazzini deduce, del estudio del derecho positivo italiano, que el *dolo* comprende más noción que la de la *voluntariedad*, excluyendo, por tanto, la *intención* y el *fin*. Según este autor, «el *dolo* es la voluntad consciente de ejecutar un hecho, de acción ó de omisión, lesivo de los intereses ó derechos ajenos, ejecutado con medios ilícitos, fraudulentos

(1) Ferri, *Sociología criminal*, cap. III, 60.

(2) *Sociología criminal* (trad. española), tomo segundo, pág. 115.



violentos, sabiendo ó no que aquél hecho está castigado por la ley penal» (1).

No es por tanto, el dolo, dice Manzini, la intención de violar el derecho esto no puede estar, y generalmente no está, en el ánimo del delincuente. El ladrón cuando decide ejecutar y cuando ejecuta el hurto, ¿tiene quizás la intención de violar el derecho? ¡Nunca! Son muy distintas sus intenciones. Lo que sí es cierto, es que el ladrón siempre tiene conciencia de cometer voluntariamente un hecho violador del derecho, cualquiera que sea su íntima intención.

Nada importa que el agente conozca ó no la ley, que reprime el hecho que él ha cometido, porque los delitos en que el dolo se exige no sólo representan violaciones de preceptos de moral mínima al alcance de todos, sino que constituyen además lesiones de intereses y derechos ajenos; así, que no es posible que un individuo, con personalidad de derecho penal (capaz de querer y obrar jurídicamente) al cometer un hecho previsto por la ley como delito, pueda proceder sin tener por lo menos duda de lo antijurídico de su acto.

La intención, prosigue el autor, no puede tener para el derecho, como no tiene para la moral el mismo valor que tiene para la psicología. La intención mira al *motivo del impulso* de la acción, motivo que las más de las veces permanece inescrutable para el jurista como para el moralista y que con frecuencia, no es único, sino que está confundido en un conjunto heterogéneo. El criterio de la intención, inducido de la manifestación exterior de la voluntad, no tiene influencia alguna sobre la noción jurídica de la voluntariedad del hecho, es decir, sobre el dolo genérico.

De igual modo el concepto de dolo excluye la idea del *fin* previsto por el delincuente; éste sólo puede servir para distinguir de otras, algunas especies de delitos, como el fin de lucro en el hurto, el fin de matar en el homicidio, etc.

La concurrencia de la *voluntad*, de la *intención* y del *fin*, es objeto del examen de las ciencias psicológicas que se ocupan de la acción individual con fines y métodos diversos de los del derecho, el cual no puede sino limitarse á considerar la voluntad del individuo en relación, no con su intimidad jurídica, sino con la manifestación de su voluntad puesta en relación con la voluntad expresada por la ley (2).

La teoría de Manzini, es la negación más completa de la sostenida por Ferri.

Una teoría, que trata de resolver el problema de la responsabilidad y de la culpabilidad, atendiendo á los motivos que han conducido al

(1) A esta noción, dice el citado autor, ha llegado el derecho italiano mediante una lenta evolución. Los glosadores y postglosadores se conformaban con la definición de Labeon, según la cual el dolo es: «calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum»; esto es, el fraude. Baldo va más adelante: «Duplex est dolus: *dolus velatus*, qui committitur sine vi, simulando et dissimulando; *dolus apertus*, qui committitur cum vi», lo cual forma el concepto comprensivo (fraude ó violencia) del *dolus malus* romano. Deciano señala un progreso notable: el dolo es la intención dirigida á producir consecuencias antijurídicas. Sin embargo, en los escritores de esta época falta una definición; pero del conjunto de sus escritos puede considerarse caracterizado el dolo: 1.º, dolo es la voluntad con conocimiento de lo antijurídico de su desarrollo; 2.º, es la voluntad de producir consecuencias antijurídicas.

(2) Manzini, *Diritto penale*, vol. II. Torino, 1908, § 2.



delito, según que estos motivos sean morales y jurídicos ó inmorales y antijurídicos, tiene no pocos partidarios. Sin embargo, el más como dice muy bien Alimena, no puede ser el único elemento que determina la imputabilidad, y aun cuando se le considere como uno de los más notables elementos concomitantes, no debe perderse de vista que debe estar inspirado en la moral más sana y en una bien entendida utilidad social.

El que matare á un hombre que oye misa devotamente, para llevarle al cielo, el que matare á una huérfana hermosa, para sustraerla á su posible deshonor, si no fuera un loco, sería un delincuente peligroso (1).

Pero la apreciación del motivo, no debe nunca abandonarse; siempre debe tenerse en cuenta, no sólo porque aumenta ó atenúa la imputabilidad del delincuente, sino también porque influye sobre la opinión que todo ciudadano tiene sobre su propia seguridad. El que delinque por un motivo generoso, conmueve menos la conciencia social, que el que comete un delito semejante, por móviles bajos é inmorales (2).

La teoría de los motivos, la considera Manzini, como una teoría utópica. La evaluación que de los móviles hace el derecho penal, tiene, según este autor, ninguna influencia sobre la esencia del delito; esto es, sobre la voluntariedad del hecho, tal evaluación sólo puede referirse á la violación de la norma, pero no al grado de intimidad y realidad del agente. El más malvado de los delincuentes, puede cometer ocasionalmente un delito inspirado en motivos no inmorales; un individuo nada peligroso puede accidentalmente cometer un delito bajo el impulso de un motivo inmoral y bajo.

En suma, dice, el derecho, disciplina de los hechos exteriores, puede preocuparse de la intención, sino en cuanto ésta pueda influir sobre la violación de un precepto penal y se manifieste por medio de dicha violación (3).

No obstante tales críticas, puede decirse que la teoría de los motivos del delito tiene cada día mayor número de partidarios, como Liszt, Ferri (5), Conti (6) y otros. Pero no sólo ha sido aceptada en la teoría sino también en la práctica. Así, el Código penal alemán, dispone que cuando pueda elegirse entre la pena de reclusión (*Zuchthaus*) y la detención en una fortaleza (*Festungshaft*) se impondrá la primera cuando el hecho punible se haya cometido por un móvil deshonesto (4). El Código holandés señala por los delitos inspirados en motivos inmorales la pena de prisión (*Gevangenisstraf*), y para los determinados por móviles más elevados una «custodia honesta» (*Hechtenis*), (art. 9.º). De igual manera el Código italiano tiene presente en muchos casos los móviles del delito, y establece dos penas paralelas, la reclusión y la detención; la primera, para los delitos ejecutados por móviles inmorales; la segunda, aplicable á los ejecutados por móviles no deshonestos. En el proyecto del Código penal federal suizo (el último de 1908), se dispone que se atienda para determinar la medida de la pena á los móviles del delito (art. 49), se consideran como circunstancias

(1) Alimena, *I limiti*, vol. I, págs. 401 y sigs.

(2) Alimena, *I limiti*, vol. II, pág. 387.

(3) Manzini, *Diritto penale*, vol. II, págs. 18 y sigs.

(4) *Zeitschrift. f. gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1896, pág. 477.

(5) *Sociologia criminale*, núm. 68.

(6) *Rivista penale*, Nov. 1898.



dependiente (art. 50) los móviles respetables (*achtungswerten Beweggründe*). En el proyecto de Código alemán (1909), también se manda que para la medida de la pena, se tengan presentes los móviles del autor (*die Beweggründe des Täters*) y el fin que persigue (§ 81). Y por último, el proyecto austriaco (1909), al establecer los principios generales que han de regular la medida de la pena, establece (§ 43) que cuando la ley permita la elección entre las diferentes penas privativas de libertad ó entre una pena privativa de libertad y una pena pecuniaria, se aplicará la pena más grave en los casos en que el autor sea más de una vez reincidente, ó cuando haya que poner á su cargo una especial brutalidad (*besondere Roheit*), un egoísmo grosero (*grober Egoismus*), desvergüenza ó repugnancia al trabajo. Todos estos móviles ó sentimientos, se consideran también como circunstancias agravantes (§ 45).

Como vemos, la apreciación de los móviles del delito está reconocida, no sólo por la legislación del presente, sino también por la legislación del porvenir.

● El sistema seguido por los Códigos para fijar cuándo un individuo ha de ser imputable, no es el mismo en todas las leyes penales. Los Códigos presentan dos caminos: unos determinan, en su parte general, las condiciones de la imputabilidad y los elementos que constituyen el delito. Otros hablan sólo de las causas que excluyen la imputabilidad, de modo que los casos negativos hagan conocer los positivos. Este sistema es el seguido por las leyes inglesas y por los Códigos francés, alemán, belga, holandés, danés, sueco y algún otro. Los pertenecientes al primer grupo pueden agruparse en los siguientes sistemas: *Sistema del libre arbitrio*, seguido solamente por el Código de San Marino que exige la libertad de querer. *Sistema de la voluntad*, seguido, como ya sabemos, por los Códigos italiano, portugués, búlgaro, ruso, noruego, por algunos cantones suizos y por el Código de la India inglesa, y, además, por nuestro Código. *Sistema del libre arbitrio y del dolo*, Código de Lucerna, que exige la voluntad, la razón y la libertad de querer; análogo el Código del Cantón de Argonia. *Sistema del dolo malo*, el Código austriaco que exige la mala intención.

● En nuestro antiguo derecho ya se encuentran rudimentos de apreciación de la intención criminal como base de la culpabilidad. El Juro distingue en los homicidios el que mata á otro *por su modo*, del que mata «por ocasión». Las Partidas enumeran varias causas que excluyen la imputabilidad, causas que estudiaremos más adelante, y especialmente al tratar de los homicidios, separa los cometidos voluntariamente de los cometidos por imprudencia.

En el Código de 1822, se fijó de un modo muy claro el contenido del fundamento interno del delito, la *malicia*, que unida á la libertad y á la voluntariedad, constituían el delito (1). Los Códigos de 1848 y 1850 y el Código vigente, aun cuando no lo digan de un modo expreso, parecen que al dar la definición del hecho punible contenida en el art. 1.º, han considerado, según expusimos ya en el capítulo anterior, la mala intención, la *malicia* como fundamento de la imputabilidad.

(1) «Comete delito el que libre voluntariamente, y con malicia hace ú omite que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena.»



Examinado el citado art. 1.º del Código, se ve que después de señalar que «son delitos ó faltas las acciones y omisiones penadas por la ley», añade en el párrafo siguiente: *Las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.* Siéntase aquí la presunción de que los actos que la ley castiga son actos maliciosos, actos ejecutados con mala intención. Como la presunción que aquí sienta la ley es una presunción *tantum*, pues cabe prueba contra ella, podrá, por consiguiente, probarse que no hubo inteligencia ó libertad en el agente, en cuyo caso no pudo haber malicia, ni, por tanto, culpabilidad basada en el dolo.

Establecida esta presunción en la forma indicada, puede preguntarse, dice Silvela, si el legislador obró cuerdaamente al consignar ó si hubiera hecho mejor en no dictar disposición alguna sobre este punto; y dado el caso de haber presumido, si debió partir de que el acto es intencional, ó de que se verifica sin malicia.

Respecto de la primera cuestión, opina el autor citado, que es oportuna la disposición del Código para determinar claramente el campo dentro del que han de moverse el acusador público ó privado y la persona sujeta al procedimiento criminal; es más, cree, que en el caso de silencio por parte del legislador se hubiera suplido éste por la prudencia.

En cuanto al segundo extremo, el legislador decidido á premiar no podía hacerlo sino en el sentido de lo que es común, ordinario y natural en todo acto humano. El que se decide á obrar lo hace con algún propósito, con intención; si el daño ó mal resulta alguna vez contra el deseo del agente, esto es excepcional; y si lo que debe premiar se es lo que generalmente sucede, la excepción es lo que debe probarse (1).

● Para terminar estas notas relativas á la teoría del dolo, vamos á decir algo relativo al denominado *dolus premeditatus* ó *premeditatum*, conocido en la técnica del actual derecho positivo con el nombre de *premeditación*.

En la división que la escuela clásica hace del dolo en *premeditatus*, *simplex vel repentinus* y *affectivus* ó *impetus*,—clasificación que también expone Pessina, vid., § 19.—se ha sostenido por los penistas de esta escuela que el *dolus premeditatus* puede considerarse como el contrapuesto al *dolus affectivus*.

Puede concebirse que la voluntad de delinquir se ha formado determinada por una pasión instantánea que no permita reflexión alguna; este es el caso del dolo repentino ó de *impetu*. Pero se puede concebir también que esta voluntad se haya formado de un modo lento y reflexivo; deliberadamente, en este caso el dolo se denomina de *propósito* ó *premeditado*. Esta es la *premeditación*, como la denominan los Códigos penales.

La escuela clásica, considerando solamente la cantidad abstracta de voluntad que entra en la ejecución de un delito, y descuidando la calidad concreta de la voluntad y las disposiciones del delincuente, hizo de la premeditación la agravante más cualificada, pues para los clásicos, era este el acto libre por excelencia.

Hoy, especialmente por obra de Holtzendorff, se ha manifestado una reacción contra esta concepción enunciada. Holtzendorff ha li-

(1) Silvela, ob. cit., págs. 116 y sigs.



mado la atención sobre la insuficiencia de la noción de la premeditación, sosteniendo que para determinar la gravedad del hecho debe de atenderse más que á la premeditación en sí á los móviles del delito. Es indudable que el carácter de los motivos que han impulsado á cometer un delito, por ejemplo, un homicidio, tienen más importancia para la medida de la pena que el espacio de tiempo más ó menos largo que separa la concepción del delito de su realización. Esta opinión se justifica plenamente con algunos ejemplos: un amante profundamente celoso desde mucho tiempo atrás llega á pensar en matar á la mujer que le engaña y termina matándola en una escena de celos que ella ha provocado.

Aquí hay premeditación, y por consiguiente, según casi todas las legislaciones, hay un *asesinato* (1).

Otro ejemplo: un reincidente, delincuente de profesión, se introduce para robar en una casa que cree deshabitada, y encontrándose con una mujer que le ordena marcharse, saca un arma y la mata. Este delito sólo constituye un *homicidio*, no hay premeditación, y sin embargo, este delincuente es peor y más peligroso que el primero. Se ve también en estos ejemplos cómo el autor de un hecho puede haber pensado con anterioridad su realización, haberlo premeditado y estar determinado, sin embargo, por la impetuosidad de una pasión irresistible.

Alimena cree que deben tenerse en cuenta la premeditación y los motivos, de modo que aquella no sea una causa *absolutamente* agravante de todos los delitos, sino una causa *relativamente* agravante en el caso de delitos cometidos por un impulso del mismo género. Así no debe preguntarse en general si un homicidio es más grave que otro sólo porque uno es premeditado y el otro no, sino, por el contrario, es preciso preguntar si de dos homicidios cometidos ambos por igual motivo (por odio, por ejemplo), y en igualdad de circunstancias, es uno de mayor gravedad que el otro, por la concurrencia de la premeditación.

Sin embargo, esta supone, para Alimena, calma y frialdad de ánimo, y estas condiciones revelan mejor el fondo del carácter del delincuente (2).

Otro de los errores más corrientes sobre la premeditación, es suponer que el acto premeditado y reflexionado es el acto libre por excelencia. Esto, dice Saleilles, ha sido el gran error de la escuela clásica. Premeditar, es haber preparado, haber esperado, reflexionado, tomado sus medidas y fortificado la voluntad. Pues bien, tómense personas obsesionadas por una idea, los que están en el camino que conduce á esos crímenes que se llaman pasionales; cuanto más irresistible sea la obsesión, más ciega, más dominante, de modo que posea al ser por entero, la voluntad aparecerá más fría, más calculada, paciente y reflexiva.

Nada más paciente y premeditado que la obsesión del suicidio; nada más paciente que la obsesión pasional de ciertos homicidios. Así el autor citado establece esta regla: La premeditación no es un signo de libertad y responsabilidad moral; es más frecuentemente una señal de obsesión ó de perversidad innata, un signo de nocuidad individual: es, quizás, un síntoma de la temibilidad del agente, como dicen

(1) Prins, *Science pénale et Droit positif*, págs. 176 y sigs.

(2) Alimena, *I limiti e i modificatori*, etc., vol. I, págs. 394 y sigs.



los italianos (1)». Yo encuentro muy justa esta opinión de Saleilles, pero siempre que no se abandone la consideración de los móviles del delito.

La premeditación, por sí sola, no es un criterio muy seguro para establecer la mayor temibilidad del agente.

● Entre las teorías modernamente expuestas sobre la culpa, merece citarse la Tosti. Este autor considera la culpa como un defecto de las facultades intelectuales del agente, por lo cual su actividad puede ser perjudicial á la sociedad (2). Angiolini considera que la razón fundamental de la punibilidad estriba en la temibilidad de su autor y frente á la *temibilidad por maldad*, establecida ya por la escuela positiva, ha colocado la *temibilidad por ligereza* ó imprudencia.

Mirando la cuestión bajo este aspecto, hace la siguiente clasificación de los delinquentes por culpa: 1.º Delinquentes por falta de sentido moral y de altruismo en quienes fué consciente la causa del hecho culposo y previsto el efecto; 2.º Delinquentes por inexperiencia, por ineptitud, por ignorancia, en lo que es consciente la causa inmediata y que violan especiales deberes sociales; 3.º Delinquentes por defecto del mecanismo de la atención y de la asociación de ideas, en los cuales es consciente la causa, pero no prevén el efecto; 4.º Delinquentes por influjo del ambiente, por *surmenage* físico ó intelectual, en los que es inconsciente la causa inmediata (3).

● En nuestro antiguo derecho, si bien falta una noción de la culpa, obsérvase cómo los hechos culposos no escaparon á la atención del legislador. En el *Fuero Juzgo* se distinguen los homicidios cometidos por imprudencia, de los dolosos, y se prevén algunos casos de incendio culposo en mieses, eras, viñas, etc. En las Partidas, reproduciendo casi exactamente algunos fragmentos romanos, se ponen como ejemplos de homicidios culposos, el podador de árboles que arrojó una rama y mata á un transeunte y otros casos análogos. La primera noción de *culpa* la encontramos en el Código penal de 1822. «Comete culpa, dice, el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar.»

Nuestro Código vigente la denomina *imprudencia*, y en su artículo 581 determina que ésta consiste en ejecutar un hecho que si mediare malicia constituiría un delito grave ó menos grave. Comparando esta noción con la del Código de 1822, se ve que lo esencial y característico de la culpa ó de la imprudencia es la falta de malicia.

La imprudencia, según nuestro derecho positivo, contiene tres grados: la imprudencia temeraria (art. 581), la simple imprudencia con infracción de reglamentos (art. 581) y la meramente simple imprudencia (art. 605, 3.º).

Respecto de la imprudencia ó negligencia, en lo que á nuestro Código se refiere, deben tenerse presentes las siguientes observaciones hechas por el Sr. Viada.

1.º Para que se califique un hecho de imprudencia es preciso que no haya mediado en él malicia ni intención alguna de dañar.

2.º No son solamente los delitos contra las personas los que pue-

(1) *L'individualisation de la peine*, pág. 65.

(2) *La colpa penale*. Torino, 1908, pág. 95.

(3) Angiolini, *Dei delitti colposi*, págs. 69 y sigs. Torino, 1901.



den cometerse por imprudencia, como algunos creen, sino otros muchos; pueden cometerse por imprudencia el delito de incendio, el de infidelidad en la custodia de documentos, etc.

3.º La imprudencia no debe penarse mientras no se produzca el daño material del delito que constituiría á mediar malicia.

● En el estudio de la materia relativa á las causas que modifican la imputabilidad, ya haciéndola desaparecer, ó disminuyéndola ó agravándola, se separan estas notas del orden seguido por Pessina. Comenzando por las causas de extinción de la imputabilidad, las dividiremos en dos grandes grupos: 1.º, causas de justificación; 2.º, causas de no imputabilidad. En aquéllas el individuo se encuentra en condiciones normales de imputabilidad, su inteligencia y su voluntad no presentan alteración ninguna, pero el acto ejecutado es lícito, es legal, conforme á derecho. En las segundas, han desaparecido los elementos fundamentales de la imputabilidad, las facultades psíquicas están destruidas ó se encuentran disminuidas de un modo muy sensible, el autor se encuentra en condiciones de completa anormalidad psíquica.

Como causas de justificación estudiaremos: la legítima defensa, el estado de necesidad y la obediencia debida.

Como causas de no imputabilidad: la menor edad, la alienación mental, la embriaguez y algunas otras de menor importancia que enumeraremos á su debido tiempo.

● Legítima defensa ya en el Derecho romano encontramos ésta: *non scripta sed nata lex*, según la frase de Cicerón; sin embargo, no hay sobre ella prescripciones de carácter general. Los casos en los que se permitía la legítima defensa están detallados en la ley, v. g., en los ataques contra la vida; también era lícita contra el ladrón nocturno, y cuando el agredido *parcere ei sine periculo non potuit* y contra el diurno *si is se telo defendat*. Y se admitía como máxima general: *vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur*. En el Derecho germánico presenta un carácter especial derivado en parte del derecho de venganza, y en parte de la «pérdida de la paz» en que se encontraba el agredido por el mero hecho de la agresión, lo cual permitía rechazar el ataque y hasta matarle. En el Derecho canónico tomó un aspecto particularísimo, pierde su carácter de derecho para convertirse en una necesidad excusable, *moderamen inculpatae tutelae*, sometida á algunas penitencias canónicas. Los jurisconsultos de los siglos XVII y XVIII formularon las condiciones sobre las que se fundamentaba la defensa, y, como ya dice Pessina, exigieron: a) *impetus inopinatus et injustus*; b) *lesio inchoata*; c) *periculum in mora*; d) *damnum irreparabile*.

La *Constitutio Carolina* ya la prevé y la regula de un modo perfecto. Todos los Códigos posteriores, como los actuales, la han desmenuado en sus artículos dándola más ó menos amplitud.

Los fundamentos jurídicos asignados á la legítima defensa son muy diversos. Para Pessina, como ya hemos visto (§ 73), éstos se reducen á la impotencia de la sociedad de acudir en socorro del individuo injustamente agredido; de modo muy análogo piensa Carras (1). Pufendorf la justifica *propter perturbationem animi*. El instin-

(1) *Programma*, § 291.

*Elementos de Derecho penal.*



to de conservación, dice, es un afecto muy arraigado, y el hombre agredido no es imputable por la perturbación del ánimo que le causa la inminencia del peligro (1). Esta teoría no encuentra hoy ningún partidario.

Geyer comienza diciendo que la defensa privada es esencialmente injusta, porque si la represión de los delitos compete sólo al estado, aquel que privadamente se defiende sustituye á la fórmula, «debe reprimirse el mal con el mal», esta otra: «yo reprimo el mal con el mal». Y si ésta es injusta, siempre lo será, porque no puede admitirse que la necesidad transforme en derecho lo que no es ilícito. La ofensa causada por el que obra en defensa propia no puede justificarse, pero no se castiga porque hay una completa igualdad entre la agresión y reacción, y, por consiguiente, con la reacción ya se verifica la retribución del mal con el mal, y la pena, si se impusiera, no sería más que un nuevo mal, pues no encontraría nada que retribuir (2).

Von Buri dice que cuando dos derechos se hallan en conflicto de modo que uno no pueda conservarse sin la destrucción del otro, el Estado debe sacrificar el menos importante. Ahora, cuando hay un agresor y una persona agredida, el derecho del agresor disminuye por el hecho de la agresión, y encontrándose en colisión con el derecho del agredido, que es un derecho superior, el derecho de aquél debe ser sacrificado (3).

Hegel fundamenta la defensa legítima en consideraciones de justicia intrínseca. El delito, dice, es la negación del derecho, la defensa privada es la negación de la negación del derecho, y, por consiguiente, es justa (4).

La escuela positiva, representada aquí por Ferri, Fioretti y Zerboglio, estima que la legítima defensa representa el ejercicio de un derecho. La agresión injusta revela la temibilidad, el carácter antisocial de su autor; todo lo que tiende á eliminar, con el peligro corrido por la víctima de la agresión, las fuerzas criminales del agresor, se hace en interés de la sociedad; el que rechaza á este injusto agresor, realiza un acto de justicia social. Su acción es el ejercicio de un derecho lo mismo que la pena infligida por la autoridad social (5).

De todas estas teorías que se acaban de resumir, ninguna vale, en mi opinión, como la sostenida por Pessina. El verdadero fundamento jurídico de la defensa privada se encuentra en la imposibilidad momentánea en el que el estado se encuentra, por múltiples razones, de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado; sería incomprensible, y además inhumano, que el estado impusiera á los individuos sucumbir á la agresión ilícita sin resistencia alguna para evitarla ó rechazarla. Sólo un genial pensador, Tolstoi, ha proclamado el principio de la «no resistencia al mal por la violencia». Pero si los hombres obraran de acuerdo con este precepto, ¿no se vería la sociedad seriamente amenazada?

(1) Ceit p. Alimena, *Principii di Diritto penale*, vol. I, pág. 549.

(2) Cit por Alimena, ob. cit. pág. 550.

(3) Vid. *Rivista penale*, XIII, pág. 433 sigs.

(4) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127.

(5) Ferri, *Sociologia criminal*, § 63. — Fioretti y Zerboglio, *Sulla legittima difesa*, Torino 1894, pág. 63 y sigs.



● La defensa legítima tiene amplia aceptación en los códigos, pero no todos la regulan de la misma manera.

Unos códigos la colocan en la parte general, como el alemán, el austriaco, el búlgaro, ruso, portugués, holandés, noruego y finlandés. Otros sólo se ocupan de ella al tratar del homicidio y de las lesiones, como el francés, belga, turco y el del cantón suizo del Ticino.

Ciertos códigos, no sólo autorizan la defensa de los derechos inherentes á la persona, sino también la de los bienes, como en los de Rusia, Finlandia, Bulgaria, Noruega y Hungría. Otros no hablan ni de personas ni de bienes, y se limitan solamente á enunciar un derecho; así, los códigos de Alemania y Austria.

● En nuestro antiguo derecho aparece ya la defensa privada, ora de la persona, ora de los bienes; pero no está concretada en un principio general, si no admitida tan sólo en algunos casos particulares. El Fuero Juzgo, inspirado sin duda en el derecho romano, deja impune el homicidio del ladrón diurno, que armado se defiende, y el del ladrón nocturno. En las Partidas, también bajo la influencia romana, se consignan estos casos y otros análogos, como el que mata al que de noche quema ó destruye sus campos ó su casa, y se consigna el caso más típico del que, defendiéndose, mata á otro que le ha acometido con un arma, y añade la ley, no debe esperar á ser acometido.

El código de 1822 admite la defensa de la vida propia ó ajena, de la propiedad y de la libertad. Tiene, pues, amplio concepto de este derecho, completamente de acuerdo con el moderno espíritu de las teorías y de las leyes que tienden á ampliar su noción. Además examina el caso del exceso en la defensa, como hacen muchos de los códigos hoy en vigor; cuestión que ha dejado, desgraciadamente, sin resolver, y hasta sin plantear, el código actual.

Hoy día, nuestro derecho positivo exime de responsabilidad al que obra en defensa de su persona, en defensa de un pariente y en defensa de un extraño. Pero la defensa no se limita á las personas, se extiende también á sus derechos; por tanto, dentro de esta amplia noción, se comprende la vida, la integridad personal, el honor, la propiedad, la libertad, etc., todos los bienes jurídicos, en una palabra. He aquí textualmente las disposiciones del código:

*«No delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal: ...*

4.º *El que obra en defensa de su persona ó derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

Primera. *Agresión ilegítima.*

Segunda. *Necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla.*

Tercera. *Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende»* (art. 8.º).

Para que la defensa sea legítima es preciso que concurren las tres circunstancias enumeradas.

Es lógico que se exija la agresión ilegítima, pues sin agresión no cabe defensa; de igual modo si la agresión ha pasado, tampoco se concede la defensa. Por esto el Tribunal Supremo ha declarado que no cabe apreciar que una persona obra en defensa propia, cuando ya no corría peligro, por haber arrancado de manos del agresor el instrumento con que intentaba herir, y también que cesa el estado jurídico de propia defensa por haber desaparecido la agresión, cuando el procesado herido en el brazo por su contrario, es separado de éste por un terce-



ro, y en la huida del que fué su contendiente le persigue y le da muerte (1).

El código no se contenta con exigir la existencia de la agresión, ésta ha de ser *ilegítima*. Supone, dice Silvela, que las agresiones pueden ser de dos clases: legítimas las unas, ilegítimas las otras; y, en vigor, añade, no sería difícil sustentar que tal distinción, y por consiguiente, el calificativo que se emplea, no son rigurosamente exactos, pues la idea de agresión lleva envuelta en sí la idea de ilegitimidad; esto es la de ser opuesta ó contraria á la ley. Sin duda el legislador temió, no sin razón, que se calificara como acto de agresión ó ataque el ejercicio de algún derecho, el cumplimiento de algún deber, en una forma más ó menos violenta, y para evitar eso, empleó las palabras expresadas en el texto (2).

La segunda condición de la defensa legítima es, dice el código, la *necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla*. De modo que si existe cualquier otro medio capaz de proteger completamente el derecho ó derechos amenazados, la defensa ya no es necesaria, y por consiguiente, no es justa (3). Supuesta la necesidad de la defensa, el medio que se emplee para repeler la agresión injusta, ha de ser, dice Silvela, proporcionado á la importancia y condiciones del ataque mismo, ó como dice el Tribunal Supremo, el oportuno y conveniente para preservar á la persona del riesgo que corre con la amenaza ó ejecución de la ofensa material de que es objeto, dados la situación del ofendido, lugar y ocasión en que aquélla se verifique y medio más ó menos poderoso que utilice el defensor para su mal propósito (4).

Además, se exige en tercer lugar la *falta de provocación suficiente por parte del que se defiende*, es decir, que el defensor no haya dado lugar á la agresión con su conducta injusta. Pero la provocación ha de ser *suficiente*, de modo que no toda provocación impide la defensa legítima, sino tan sólo aquella que explique satisfactoriamente la agresión.

El código, como ya sabemos, declara también exento de responsabilidad criminal á: 5.º *«El que obra en defensa de la persona ó derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes ó hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, de sus afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiera tenido participación en ella el defensor»* (art. 8.º).

Las condiciones exigidas en la defensa del pariente son casi las mismas que las reclamadas en la defensa propia; sólo la última varía, y en vez de la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, se dispone que, *en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor*.

También está exento de responsabilidad criminal *«el que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, siempre que concurren la primera y la segunda circunstancias prescritas en el número anterior»*.

(1) Recursos de casación de 5 de Octubre y 12 de Noviembre de 1875 y de 9 de Enero de 1901.

(2) Recursos de casación de 5 de Octubre y 12 de Noviembre de 1875 y de 9 de Enero de 1901.

(3) Ob. cit. pág. 156.

(4) Recurso de casación de 16 de Abril de 1872.



ro 4.º, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo» (art. 8.º, 6.º). La ley, pues, exige que el defensor no sea movido á la defensa por motivos de índole reprochable, como venganza, resentimiento, etc., sino por motivos dignos y elevados.

Ya decíamos, al referirnos al Código de 1822, que el Código penal había dejado sin plantear siquiera, el caso del que injustamente atacado rechaza por miedo, terror u otra causa el ataque, con una violencia desproporcionada á la intensidad de aquél, es decir, al caso de exceso en la defensa. Esta laguna fué colmada en el proyecto de Código penal de 1881 donde en el art. 32 se consignaba que «el exceso en la legítima defensa no será punible cuando resulte del terror ó del arrebato y obcecación del momento, atendidas las circunstancias del hecho, del lugar en que se efectúe y las personales del agresor y del agredido.»

● El estado de necesidad es otra causa de justificación.

«El estado de necesidad, dice Liszt, es un estado de peligro actual para los intereses jurídicamente protegidos en el que no queda más salvación que la violación de los intereses protegidos por el derecho pertenecientes á otro individuo». El estado de necesidad es, pues, un caso de colisión de intereses. La acción del estado de necesidad aparece como la protección de los intereses propios (y mediante ayuda, por la necesidad, de los extraños) en peligro inmediato, mediante la lesión de los legítimos intereses de otras personas (1).

El estado de necesidad se diferencia de la legítima defensa, en que en esta se causa el mal á un agresor injusto. mientras que en aquél los intereses ó derechos lesionados pertenecen á un inocente.

El conflicto de derechos que el estado de necesidad supone, puede presentar dos aspectos. O el conflicto estalla entre derechos ó intereses de igual importancia ó entre derechos é intereses de importancia diversa. En este caso el conflicto se resuelve fácilmente; el interés más valioso se salvará; el de menor valor será sacrificado. Ejemplos: en una tempestad que amenaza hacer naufragar un buque, el Capitán arroja al mar el cargamento para salvar las vidas de la gente de á bordo; para combatir el incendio de una casa hay que derribar la pared de la casa inmediata perteneciente á diverso propietario. Pero cuando el conflicto tiene lugar entre intereses de igual valor, la solución se complica de modo extraordinario. El ejemplo clásico es el del naufragio que disputa á otro la tabla de salvación, capaz sólo para una persona, y apoderándose violentamente de ella lo deja presa de las olas. Casos análogos de conflicto de vidas humanas se producen en las grandes catástrofes, incendios de teatros, cinematógrafos, naufragios, etc., en los que la salvación de algunas vidas se hace á expensas del sacrificio de las de los seres más débiles, generalmente mujeres y niños, que sucumben en estas luchas horribles en las que el más arraigado y el más animal de los instintos no reconoce freno alguno. Las dificultades que se presentan para resolver estos casos gravísimos son de gran entidad.

Aparece esta cuestión del estado de necesidad como uno de los problemas más delicados de la imputabilidad. Todos los autores están de acuerdo en que tales hechos deben declararse impunes; pero el acuerdo

(1) Liszt, *Lehrbuch*, pág. 153.



cesa al determinar el fundamento de la impunidad. Algunos creen, especialmente los antiguos autores alemanes (Grocio, Wolf, Fichte, Grolman, von Woechter), que en estos casos el orden jurídico se mantiene, las acciones cometidas en este estado están fuera del derecho.

Otros sostienen que el acto necesario es injusto pero no es punible. Esta no punibilidad quieren fundamentarla considerando que la pena no puede ejercer ningún efecto intimidativo sobre el individuo que se encuentra amenazado por un peligro inminente. «Si la pena dice Fenerbach, no es más que un contraimpulso criminoso, un estímulo legal contrapuesto á los estímulos que empujan al delito, no tendrán ninguna razón de ser cuando aquellos estímulos son tan poderosos y fatales que quiten toda eficacia intimidadora á la coacción psicológica de la pena» (1).

Otras teorías consideran intrínsecamente justo el acto necesario, basándose especialmente en la colisión de derechos que hay en todo estado de necesidad. Esta teoría ha sido defendida por Berner. Cuando hay colisión entre dos derechos desiguales, el Estado debe proteger el derecho más importante; así queda impune quien por salvar el derecho mayor sacrifica el menor. Si los derechos en colisión son iguales, no puede hablarse de justificación sino solamente de causa de no imputabilidad, fundada en la debilidad de la naturaleza humana (2).

Por último, otra teoría proclama que en el caso de colisión entre derechos de igual valor, la sociedad no tiene interés alguno en tomar partido en esta lucha y no teniendo razón para decidirse por uno más bien que por otros, el conflicto queda fuera del derecho, el resultado de la lucha no es justo ni injusto, es indiferente ante la ley jurídica (3).

El camino que conduce á la justificación más racional de la impunidad de los actos necesarios, yo creo que se encuentra indicado ya por Filangieri, cuando dice: «Si las leyes civiles debe inspirar, no pueden exigir la perfección humana. Pueden dar mártires al heroísmo, como la religión los ha dado á la fe, pero no pueden, como aquélla, castigar á los que no tienen el valor que exige semejante esfuerzo» (4).

Así, como cree Alimena, todo el problema se reduce á esta pregunta, ¿puede el Estado exigir el sacrificio? La respuesta no puede menos de ser negativa, pues dados los fines del Estado y lo limitado de la naturaleza humana no cabe admitir que el Estado pueda pretender este sacrificio.

● Ya en el derecho romano se mencionaban algunos casos del estado de necesidad, la *Lex Aquilia* y la *Lex Rhodia de jactu*, los regulaban. En el derecho germánico se autorizaba al viajero á tomar de los campos ajenos el alimento necesario á su caballo hambriento, y se permitía al miserable que sufría hambre apoderarse de lo preciso para satisfacerla. El derecho canónico consagró el principio *necessitas non habet legem* y justificó sobre todo el robo cometido bajo la presión del hambre. Este caso lo trató también la Constitutio Carolina encomen-

(1) Feñerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, §§ 86 y 84, Giessen 1847.

(2) Cit. por Alimena, *Principii di Diritto penale*, vol. I, pág. 588.

(3) Moriand, *Du delit nécessaire et de l'état de nécessité*, pág. 248 y sigs., Ginebra 1889.

(4) Cit. por Alimena, ob. cit., pág. 590.



dando su resolución á los jurisconsultos. Sigue conservando esta cuestión su importancia, y la vemos planteada y resuelta, proclamando generalmente la impunidad del robo necesario, en las doctrinas de Grocio, Pufendorf, Muyart de Vouglans, Rousseau de la Combe y otros.

En la actualidad algunos códigos hacen entrar el estado de necesidad dentro de la fuerza irresistible como los códigos francés, belga, austriaco y sueco. Otros sólo lo tratan de un modo muy imperfecto, sin considerar más que el daño causado á las cosas, como los códigos de Venezuela, Dinamarca, Islandia. Y otros comprenden dentro del estado de necesidad los daños causados para salvar la vida ó la integridad personal: códigos de Alemania, Hungría, Zurich; ó el pudor ó la libertad: código griego; ó el patrimonio: códigos finlandés, ruso y noruego.

En España, en el antiguo derecho, apenas se conoce esta causa de impunidad; en las Partidas sólo se prevee el caso de la destrucción de la casa del vecino para evitar que el fuego se propague cuando está inmediata á la incendiada (Parte VII, título XV, ley XII). En el código vigente sólo encontramos una disposición que exime de responsabilidad criminal, á *«el que para evitar un mal mayor ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Realidad del mal que se trata de evitar. Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo. Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.»* (Arts. 8.º, 7.º)

La razón de esta disposición hay que buscarla en la creencia de que todos deben consentir en que su propiedad sea sacrificada en momentos de peligro ó de angustia para salvar la ajena, siempre que se indemnice, como es justo, por aquél ó aquéllos que reportaron el beneficio. De esta voluntad presunta, añade Silvela, nacen muchos cuasi-contratos que el Derecho civil, el mercantil, y aun el administrativo reconocen. Por esto el código penal al ocuparse de la responsabilidad civil, establece en el art. 19, que están obligadas á prestar la indemnización las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, á proporción del beneficio que hubieren reportado (1).

Como una forma del estado de necesidad podría considerarse también la circunstancia 10.ª del art. 8.º, según la cual está exento de responsabilidad criminal, *«el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor»*. Los comentaristas y la jurisprudencia creen que para que exista esta causa de exención es preciso que el miedo se halle justificado por los antecedentes del hecho mismo, que éste no pueda eludirse sin recurrir á medios violentos y de fuerza, cuando se demuestra que el mal es grave, positivo y no imaginario, ó insignificante (2).

● La teoría sostenida por Pessina, respecto de la *obediencia jerárquica*, como causa de justificación, es muy racional y la admiten muchos autores.

Los códigos al regular esta materia presentan una gran variedad. Algunos proclaman un principio general aplicable á todos los delitos: el código belga, el holandés, el portugués, el griego, el ruso y el búl-

(1) Silvela, ob. cit., pág. 159 y sigs.

(2) Silvela, ob. cit., pág. 199, parte segunda.



garo. Otros proclaman este principio sólo para algunos casos, como el código turco, el egipcio, venezolano, sueco, francés y rumano.

Nuestro antiguo derecho ya planteó el problema de la obediencia debida; así ya lo encontramos en las Partidas, que también en ese caso particular dejan ver un manifiesto influjo romano. El hijo en potestad de su padre, se dice allí, el vasallo y el siervo en potestad de su señor, el menor de veinticinco años en potestad del guardador, y el fraile ó religioso bajo la potestad de su superior, eran excusados cuando bajo el mandato de estos tales superiores causaban algún daño en las cosas de otro, el responsable era solamente quien dió la orden. Pero cuando algunos de los enunciados «deshonrase ó furiese ó matase á otro, por mandado de aquel en cuyo poder estuviere, non se podían excusar de la pena.» (Partida VII, título XV, ley V.)

El Código vigente declara que está exento de responsabilidad criminal «el que obra en virtud de obediencia debida» (art. 8.º, 12). Y la obediencia es debida, según ha declarado el Tribunal Supremo, cuando el que manda lo hace en virtud de sus atribuciones y el que obedece obra dentro de sus deberes (1).

● Terminada la exposición de las más importantes causas de justificación, pasamos al estudio de las de *no imputabilidad*. En éstas el sujeto agente se encuentra en condiciones de anormalidad en cuanto á su inteligencia y á su voluntad. Sus facultades intelectuales y la facultad de querer están alteradas ó aniquiladas, ó disminuidas ó no desarrolladas, por esto se halla fuera del dominio de la imputabilidad que no puede existir sin la normalidad de las facultades anímicas.

Comenzaremos su estudio por la *menor edad*. Sobre su fundamento jurídico, como causa de no imputabilidad, nos remitimos á lo expuesto por Pessina (§ 80 y siguientes).

Durante mucho tiempo se acogió en el Derecho penal, tanto en el terreno de la teoría como en el del derecho positivo, la triple clasificación de la menor edad que Pessina, y otros muchos autores, establecieron como base para determinar la imputabilidad de los menores en las diversas edades. Este modo de ver las cosas, ya no es compartido por la mayoría de los autores, y el punto de batalla, allí donde la divergencia de la opinión moderna es más manifiesta en la cuestión relativa al examen del *discernimiento*, examen que debe tener lugar, según la teoría tradicional, durante el período de la adolescencia (Vid Pessina § 89).

Ante todo, ¿qué es discernimiento? Pessina no nos da una noción muy clara; parece que lo identifica con la capacidad de dolo, tiene discernimiento el *capax doli*. Para otros, consiste en el poder de discernir lo bueno de lo malo (2). Garraud cree que consiste en la apreciación exacta de la gravedad del acto y de su alcance social (3). Según Berner, es la conciencia del deber y el conocimiento de la punibilidad del propio acto (4). Y de un modo más ó menos análogo opinan otros autores que creo ocioso citar.

Pero hoy día es cuestión ociosa averiguar en qué consiste, pues

(1) Sentencia de 4 de Marzo de 1886.

(2) Carrara, *Programma*, § 221. — Valdés, *Derecho penal*, 3.ª edición, tomo I, página 111.

(3) *Précis de droit criminel*, pág. 179.

(4) Berner, *Lehrbuch deutschen Strafrecht*, pág. 76, Leipzig 1886.



desde hace algún tiempo se ha iniciado un movimiento científico de gran importancia que exige la abolición de su examen, y la adopción respecto de los menores de medidas únicamente educativas y protectoras.

Nacido este problema bajo el antiguo régimen penal de estricta proporción entre la pena y el grado de libertad del agente en la comisión del delito, se justificaba entonces este examen que no tenía más fin que no imponer al delincuente más cantidad de pena, de mal, de sufrimiento, que el que justamente mereciese por su delito. Pero como hoy la pena, por lo menos para los menores, como veremos más tarde, no es propiamente pena, ni mal, ni castigo, sino medida benéfica y paternal, no es de temer que se abuse de ella y se cause un perjuicio al penado, y, por tanto, es inútil tal examen, que sólo se proponía prevenir este posible abuso.

Además, entre los niños, según la opinión de muchos Médicos y Magistrados, no existe un discernimiento real y efectivo.

Si se trata del discernimiento jurídico, dice Prins, es decir, de aquel que consiste en saber que se castiga el robo, que hay gendarmes, cárceles y policía, creo que este discernimiento lo tiene el niño en todas las edades; cuanto más se desciende en la escala social, más pronto se da en el niño el discernimiento jurídico, porque es, sobre todo en las clases inferiores, donde más pronto aprende el niño que hay policía y prisiones.

Pero, por el contrario, si se trata del discernimiento social, que consiste en saber que hay un camino recto y honrado, y otro que no lo es, creo que el niño de ciertos bajos fondos sociales no lo adquiere nunca, porque para tener el discernimiento entre el bien y el mal, es preciso poder escoger. Ahora hay muchos niños que no tienen ante sus ojos más que el ejemplo del mal, y, por tanto, no pueden escoger (1).

De acuerdo con este espíritu, numerosos penalistas de todos los países piden la abolición de la indagación del discernimiento. Lo mismo se ha votado en no pocos Congresos de Derecho penal (Congresos de la Unión Internacional de Derecho penal de Berna de 1890, de Stuttgart de 1903, Congresos de Patronato de Amberes de 1890 y de 1894). Pero lo más importante es que este movimiento científico ha trascendido á las legislaciones como se manifiesta en las leyes y proyectos penales más modernos. Así, el Código penal holandés ha abolido el examen del discernimiento de los menores mediante una ley de 1901, también está abolido en el Código penal noruego (1903), en el Código penal japonés (1907), y en los proyectos de Códigos penales más recientes.

En otra clase de medidas se muestra también este espíritu tutelar y educativo, que parece presidir hoy día el derecho penal de la infancia; me refiero á la constante tendencia que hoy reina, tanto entre los autores como en las leyes, á retrasar la edad durante la cual los niños no pueden en modo alguno ser objeto de medidas penales. Por unos se ha pedido que este retraso tenga lugar hasta la edad de catorce años; otros, hasta la de diez y seis; otros, hasta la de dieciocho y hasta la habido quien, como el Sr. Dorado, ha pedido que este retraso sea indefinido (2). En las leyes obsérvase muy bien el constante retra-

(1) Prins, *Revue Penitentiaire*, 1892, pág. 421.

(2) *Rapports du troisième Congrès Internationale de Patronage*, Bruxelles 1898.



so de la mayoría penal. Alemania, por la ley prusiana de 2 de Julio de 1900 sobre la educación protectoria de los menores (*Fürsorgeziehung*), ha hecho posible su retraso hasta los dieciocho años. Francia por ley de 12 de Abril de 1906 también la ha retrasado, de dieciséis á dieciocho años; el retraso de la minoría también ha tenido lugar en los Códigos noruego (1903), ley sueca de 1902, Código penal japonés (1907), en el proyecto argentino y de Código federal suizo (1908).

Estas medidas prueban que el derecho penal respecto de los menores va revistiendo caracteres especiales que lo diferencian cada vez más del vigente, respecto de los adultos. Tratándose de los niños, el acuerdo es unánime; hace ya tiempo se tiene declarado que no se les debe penar, sino proteger y educar. Todos los criminalistas, cualquiera que sea su dirección, clásicos, positivistas, etc., opinan, que respecto de los menores, la función penal debe ser estrictamente educadora.

Garçon, un criminalista francés perteneciente á la orientación clásica, hace algunos años (en el discurso inaugural del primer Congreso Nacional francés de Derecho penal celebrado en París en 1905), decía: «Sobre este punto, el acuerdo es unánime; puede decirse que el niño ha salido del Derecho penal. Para él, por lo menos, ya no se habla de expiación ni de responsabilidad moral» (1).

● Las legislaciones regulan de modo muy diverso esta causa de imputabilidad que estamos estudiando. Los períodos de división de la menor edad varían mucho de unos Códigos á otros; pero por lo que á esto respecta, pueden agruparse las legislaciones en cinco grupos.

Primero. Legislaciones que establecen un período de completa irresponsabilidad, después un período de responsabilidad dudosa, durante el cual es preciso hacer el examen del discernimiento del imputado, y por último, un período de responsabilidad atenuada. Códigos de Alemania, Portugal, Rusia, Bulgaria, Servia, Zurich, Italia.

Segundo. Legislaciones que establecen un período de irresponsabilidad absoluta y un período de responsabilidad dudosa durante el cual hay que investigar el discernimiento. Código holandés, griego, turco del cantón de Ginebra.

Tercero. Legislaciones que carecen del período de responsabilidad absoluta; en éstas la responsabilidad en los primeros años de la vida hasta cierta edad, siempre es dudosa. Códigos francés, belga y mejicano.

Cuarto. Legislaciones que conocen el período de responsabilidad dudosa y pasan de un período de irresponsabilidad absoluta á un período de responsabilidad completa. Códigos de Austria, Bosnia-Herzegovina, sueco, finlandés y noruego.

Quinto. El Derecho común inglés admite un período de irresponsabilidad absoluta, un período de responsabilidad dudosa y un período de responsabilidad atenuada; pero respecto de algunos delitos, contiene reglas especiales. Estos principios han sido acogidos también por el Derecho penal de los Estados Unidos.

● Recorriendo nuestra antigua legislación, encontramos ya en las Partidas una clasificación muy orgánica de la menor edad como causa de exención ó atenuación de la imputabilidad. Los menores de diez años y medio eran responsables en absoluto; pero en los delitos sexua-

(1) *Rev. Pénitentiaire*, 1905, pág. 753.



En esta minoría llegaba á los *catorce* años para los varones y á los *diez* para las hembras.

Los menores de *catorce* años en unos casos y los de *diez y siete* en otros, eran ya responsables, pero con responsabilidad atenuada.

Nuestro Código, como los pertenecientes al primero de los grupos antes mencionados, establece tres períodos: uno, de completa irresponsabilidad; otro, de responsabilidad dudosa, en el que es preciso hacer examen del discernimiento, y, por último, otro de responsabilidad plena.

Están exentos de responsabilidad criminal, dice la ley: «El menor de nueve años.» «El mayor de nueve años y menor de quince, no ser que haya obrado con discernimiento.—El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena ó declararle irresponsable.—Cuando el menor sea declarado irresponsable en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado á su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado á un establecimiento de Beneficencia destinado á la educación de huérfanos, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos » (Art. 8.º, 2.º y 3.º) El hecho «de ser el imputable menor de diez y ocho años» es circunstancia atenuante (artículo 9; 2.ª)

En el caso del menor de nueve años, el Código establece la presunción *juris et de jure*, de que el agente ha obrado sin discernimiento. Respecto del mayor de nueve años y menor de quince, también el Código establece la presunción de que no delinque; pero aquí la presunción es sólo *juris tantum*, y admite, en contrario, la prueba de que hubo discernimiento y no sólo la admite, sino que exige de modo terminante que el Tribunal haga declaración expresa sobre este punto (1).

El Código no determina que debe entenderse por discernimiento; tampoco creo que la jurisprudencia haya definido esta noción. Para el señor Silvela sería la facultad de distinguir lo bueno de lo malo y de comprender la diferencia entre el cumplimiento ó la práctica del Derecho y su infracción ó falta. Tiene, pues, discernimiento el que es capaz de conocer el precepto de la legislación positiva, y goza, por tanto, de la facultad de determinarse conforme á él ó de separarse de su cumplimiento.

En cuanto «al menor de quince años que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento», se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido. Al mayor de quince y menor de diez y ocho, se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley» (art. 86).

● ¿Puede la vejez influir sobre la imputabilidad? La mayor parte de los autores, de acuerdo con la tesis que sustenta Pessina (§ 94), no creen que puede disminuir la culpabilidad; hasta los autores modernos que tratan esta cuestión, Longhi (2), Alimena (3), Manzi

(1) El Tribunal Supremo ha resuelto que si el Tribunal no hace declaración expresa sobre este punto, debe absolver al procesado, pues tal omisión presupone la carencia de discernimiento. Sentencia de 7 de Diciembre de 1906.

(2) *Repressione e prevenzione nel Diritto penale attuale*, pág. 191, Milán 1911.

(3) *Principii di Diritto penale*, vol. 1.



ni (1), creen que la vejez por sí misma no puede dar lugar á la atenuación del dolo.

Respecto de este asunto que se trató en el Congreso de Antropología criminal de Amsterdam (Septiembre de 1901) se dieron en dicha Asamblea nuevas soluciones, y un holandés, el Dr. Wellenbergh, propuso que «los cambios intelectuales que frecuentemente provienen de la vejez y que exigen y reclaman un tratamiento especial, sean tomados en especial consideración por el Derecho penal y por la legislación y, en su consecuencia, pedía: 1.º, que los delitos de los viejos sin antecedentes penales fuesen sometidos á un procedimiento especial, y que la edad de la vejez se fije en el 70.º año (2).

En dos Códigos penales, en el portugués y en el del Cantón de Grisons, se admite la vejez como atenuante; otros colocan la vejez entre los casos de alteración de la inteligencia; así el Código finlandés y el sueco, y otros, por último, declaran que á los viejos pueden aplicársele ciertas penas que se conmutan por otras más leves: Código del Cantón de Vaud y Código de Anam.

Este último sistema es el seguido por nuestro Código, que al determinar que los sentenciados á las penas de cadena temporal ó perpetua las cumplirán en ciertas condiciones de rigor penal que determina, consigna que el Tribunal consultando la edad puede modificar en la sentencia alguno de los rigores impuestos (art. 107). Y en el artículo prescribe de modo terminante que «el condenado á cadena temporal ó perpetua que tuviere antes de la sentencia sesenta años de edad, cumplirá la condena en una casa de presidio mayor.—Si al cumplirlo estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa de presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia» (art. 109).

● ¿Puede considerarse el sexo femenino como causa de extenuación de modificación de la imputabilidad? Pessina (§ 95) expone la cuestión y dice que este problema ha merecido á las leyes y á los autores, especialmente á Carmignani y á Spangenberg, que sostienen la menor imputabilidad de la mujer. Pessina, por el contrario, disiente de esta opinión. No repetiremos sus razonamientos.

Vamos á exponer este problema tal como lo plantea un autor moderno: Bernardino Alimena.

He aquí el problema: ¿Puede considerarse á la mujer, sólo por su sexo, independientemente de toda influencia morbosa, permanente ó transitoria, menos imputable que el hombre? Dejando á un lado, dice el autor, las exageraciones de Lombroso, que ve en ella un ser inferior de tal modo que aun la mujer normal, le parece una *semi-criminosa*, *loide inocua*, y dejando, también, á un lado la exageración de Le Bon, que la coloca debajo de los monos, queda como cierto que la mujer, tanto por sus funciones orgánicas, como por su educación y más todavía, por la parte que representa en la vida social, está en un nivel inferior al del varón. Basados en esto, Spangenberg y sus partidarios sostienen que la mujer es menos imputable en los delitos de creación política, porque puede ignorar la ley más fácilmente. Pero quieren también, que sea menos imputable en los delitos naturalmente ilícitos.

(1) Ob. cit., vol. I, pág. 412.

(2) *Compte rendu*, Amsterdam 1901, pág. 128 y sigs.



porque mientras en el hombre las facultades de conocer y de juzgar están muy desarrolladas, en la mujer es menor este desarrollo.

Puede aceptarse la primera tesis porque, es verdad, que la mujer tiene menos medios de conocer aquellas leyes que atribuyen un carácter delictuoso á hechos inocentes en sí. Pero la segunda solución debe ser rechazada. Es cierto, efectivamente, que la mujer es, psicológicamente, algo inferior al hombre, pero esta ligera inferioridad, no llega á aquel límite que basta para comprender las consecuencias de los propios actos y que, por tanto, basta para originar la imputabilidad. Dentro de estos límites, la mujer no debe ser menos imputable que el hombre; ya vemos que cuando delinque, no es inferior á él, sino más estúpida, más racional.

No se diga que la mujer, por su naturaleza, resiste menos á las pasiones, pues cabe responder que, aun resistiendo menos á las pasiones, todavía encuentra en su ánimo otros elementos, por ejemplo, la maternidad, que sirven para alejarla del delito y, añadiremos, que la índole (por sí misma), no puede ser una excusa, pues todo delincuente, no sería tal, si no tuviese una índole adaptada y propia y en el caso presente, la ley penal debe dirigirse contra la mujer como es, y no puede predicar la instigación para todas las mujeres, como no puede predicarla para todos los hombres que, aun no siendo locos, delinquen por su índole envidiosa, colérica, malvada.

Lo que puede admitirse es cosa bien distinta. En los casos prácticos, cuando la mujer no se encuentra en un estado que haga sospechar la alienación mental, el Juez, teniendo en cuenta la índole, la educación y todas las circunstancias que se refieren á la imputada, podrá reputar el sexo como un elemento capaz de hacer conceder una eximente ó una atenuante que, en idénticas circunstancias, no se concedería al hombre.

Así, la constitución física y psíquica de la mujer, son elementos de gran valor para la apreciación de la legítima defensa, del ímpetu del dolor, del miedo, de la ira, de la obediencia y de la coacción (1).

Desde el punto de vista legislativo, poco puede decirse. Sólo prevén dos cosas las legislaciones modernas. Procurar que la pena impuesta á la mujer se ejecute en las condiciones de menor dureza; esto dispone el Código italiano. En otros códigos, se prescribe que la pena de muerte, no se ejecutará en la mujer en cinta, hasta después del parto.

En las Partidas, siguiendo el espíritu del Derecho romano, se permite á las mujeres aducir en juicio la ignorancia de la ley. En el Código vigente, se dispone que «cuando las mujeres incurren en delitos castigados con las penas de cadena perpetua ó temporal, ó con las de presidio mayor ó correccional, se les impondrán respectivamente las de reclusión perpetua ó temporal, prisión mayor ó correccional» (artículo 96).

El Fuero Real y las Partidas, inspiradas también aquí en el Derecho romano, disponen que la condenada á muerte no sea ejecutada hasta después del parto. «Si alguna mujer preñada, dicen las Partidas, ficiere porque deue morir, que la non deuen matar fasta que sea parida. Ca si el fijo que es nascido non deue rescevir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que está en el vientre, por el yerro de su madre».

(1) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. II; *Principii di Diritto penale*, vol. I, pág. 673 y sigs.



El Código vigente dispone: «No se ejecutará la pena de muerte a la mujer que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta días después del parto» (art. 105).

● Al tratar el problema de la alienación mental como causa eximente de la imputabilidad, creo oportuno dar una noción de lo que la escuela positiva denomina criminal alienado.

El tipo más saliente es el loco moral. Los criminales de esta categoría, se encontrarían arrastrados al delito por un impulso irresistible. La locura moral (denominada también, imbecilidad moral, locura razonada, etc.), bajo cuyo dominio obran, ya sea congénita ya adquirida, consiste en la ausencia ó atrofia del sentido moral, coexistiendo con una aparente integridad de las facultades intelectuales (1). Al lado de éstos existen los alienados propiamente dichos, cuya anormalidad mental tiene múltiples formas; idiotismo, imbecilidad, manía, etc. Por último, los individuos que se encuentran en la vasta zona intermedia, según la expresión de Maudsley, fluctuante entre la sana razón y la locura (2).

La alienación mental, según los psiquiatras, puede dividirse en grandes grupos: la imbecilidad, y la locura propiamente dicha. La imbecilidad, consiste en la falta de desarrollo de las facultades mentales y se subdivide en *idiotismo* ó *idiocia*, que es la falta completa de desarrollo cerebral, y en *imbecilidad en sentido estricto*, que es la detención de este desarrollo.

La *locura* es una perturbación de las facultades mentales que impide su completo desarrollo. Se divide en *demencia* y en *mania*. La *demencia* consiste en el debilitamiento de las facultades mentales, en todo de la voluntad; se asemeja á la imbecilidad, pero difiere de ésta en que ataca á las facultades mentales después que han alcanzado su pleno desarrollo. La *mania* es una sobreexcitación de las facultades intelectuales y afectivas (de los sentidos), con delirio, alucinaciones (creencia en sensaciones inexistentes), ilusiones (apreciación errónea de las sensaciones reales), etc., y puede ser general ó particular.

Vamos á examinar primero la responsabilidad de los *idiotas* y los *imbeciles*, esto es, de los *degenerados inferiores*. Con estos degenerados se han formado tres grupos: los *extrasociales*, los *asociales*, y los *antisociales*. Respecto de los primeros no cabe duda alguna, no son responsables, pues son seres ajenos por completo á la vida social como su nombre lo dice. Además su incapacidad física (muchos de ellos apenas son capaces de actividad muscular) les imposibilita para

(1) Pritchard definía la locura moral (*moral insanity*) como una desviación patológica de los sentimientos, de las inclinaciones y de las fuerzas activas coexistiendo con facultades intelectuales inalteradas.

Dicho estado depende de una defectuosidad ó de una insuficiencia en el sistema nervioso central, sea en su estructura anatómica y microscópica, sea en su composición física, ó en su nutrición. Esta defectuosidad puede ser congénita ó adquirida bajo la influencia de diátesis alcohólica, sífilítica, epiléptica, etc.

En ambos casos, ya sea hereditaria, ya adquirida, los intereses superiores del espíritu pierden vigor y la actividad de los centros especulativos se debilita mientras las pasiones más animales dominan á las demás facultades. Kovalevsky, *Psychologie criminelle*, Paris 1903.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 223.



dejar hechos punibles. Los segundos tampoco causan perjuicio social, el único es el que proviene de los gastos que imponen su mantenimiento y hospitalización. La tercera categoría, la de los *antisociales*, es la categoría realmente peligrosa. A ella pertenecen los individuos denominados locos morales (esta noción no es exclusiva de los criminalistas de la escuela positiva, la emplean también psiquiatras, criminalistas, etc., que siguen otras tendencias). Respecto de ellos se plantea una de las graves cuestiones de responsabilidad, es decir, no cabe duda que son irresponsables, la gran dificultad estriba en distinguir en la práctica al loco moral irresponsable del criminal responsable, dificultad que nace, sobre todo, de la aparente integridad mental de estos alienados. Sin embargo, aun en el caso de un diagnóstico seguro de locura moral, es preciso tomar respecto de estos individuos muy serias medidas de seguridad: por ejemplo, el internamiento en manicomios criminales.

**Dementes.** En esta categoría la forma más interesante de la demencia desde el punto de vista médico-legal es la denominada *parálisis general progresiva*. Esta forma de demencia tiene tres períodos: lo que nos interesa el primero ó inicial, pues en los dos últimos (período de estado y período terminal) el enfermo se encuentra en un estado físico tal, que no puede cometer ningún delito. En el primer período el individuo sufre á veces una profunda modificación en su conducta, y su voluntad impotente es incapaz de dominar los instintos y los impulsos que determinan al paralítico á la ejecución de actos delictuosos, contrarias á su conducta anterior, como robos, hurtos, lesiones, actos de violencia, actos contrarios al pudor, etc. Los paralíticos son irresponsables: la gran dificultad consiste en distinguir los enfermos de los que no lo son, pues el diagnóstico debe presentar dificultades á juzgar por el número de paralíticos condenados. Pero el mayor número de estas condenas abusivas, dice Dallemagne, provienen de la ignorancia grosera, é inevitable, de los magistrados, que en presencia de estos casos equívocos, no se cuidan de llamar á los peritos médicos.

Entre los maníacos merecen especial mención los perseguidos delirantes (*paranoia persecutoria*). El diagnóstico de la responsabilidad es muy difícil, porque en la mayor parte de los casos las facultades mentales, casi intactas, funcionan normalmente fuera del tema que caracteriza el delirio, lo que hace que muchas veces se tomen por individuos normales personas atacadas de manías. La irresponsabilidad respecto de los actos cometidos bajo el influjo del delirio, es afirmada por todos. Respecto de los actos que parecen ejecutados fuera de la influencia del delirio, existe desacuerdo. Los jurisconsultos han sostenido que á una locura parcial y localizada debía corresponder una responsabilidad igualmente parcial y localizada. Por consiguiente, la responsabilidad de los monomaniacos existía para los actos ejecutados bajo ideas no delirantes, pero desaparecía para los actos ejecutados bajo ideas delirantes. Esta teoría fué sostenida por juristas como Carrara, Molinier, y por médicos como Belloc, Ball. Pero la teoría hoy dominante cree que es imposible dividir la personalidad humana en dos; una sana, la otra enferma; una responsable, la otra irresponsable. En lo que se denomina monomanía, dice Mandsley, la alteración mental es ordinariamente más extensa y más profunda de lo que se cree, y es imposible, en la apreciación de las causas de un delito determinado, aislar el hecho de la locura parcial de manera que pueda afirmarse que el delito no tiene con él ninguna relación. En estos términos, como dice muy bien un jurista, Alimena, la monoma-



nía consiste no en un delirio implantado sobre un fondo sano, sino en un delirio sistematizado sobre un fondo morboso.

Una cuestión análoga de responsabilidad se presenta en la forma de locura denominada periódica, alternante ó circular. La solución dada por Pessina (párrafo 86) es la de la vieja escuela, durante el llamado intervalo lúcido declaran la responsabilidad. Pero, como dice Krafft-Ebing, la importancia de estos intervalos disminuye por el hecho de que, en estos casos, la enfermedad cesa solamente en sus manifestaciones externas, pero persiste en la intimidad del individuo. La apariencia de integridad mental no da la seguridad de que esta integridad sea real. Un loco que se encuentra en un intervalo lúcido, no está más sano de espíritu que está sano del cuerpo el atacado de fiebres intermitentes en el intervalo de los accesos ó el epiléptico en el intervalo de las crisis. Así, teniendo en cuenta estas consideraciones, no puede concederse valor alguno á los intervalos lúcidos para fundamentar en ellos la responsabilidad de los hechos ejecutados en estos períodos.

La alteración de las facultades mentales reviste á veces la forma de impulsiones irresistibles que, aniquilando la facultad volitiva, impelen al individuo á la ejecución de numerosos y diversos hechos delincuentes. Formas de estas impulsiones, es la impulsión homicida, la *pyromania* ó impulsión al incendio, la *kleptomania* ó impulsión al robo, la *dipsomania* ó impulsión á la bebida; á éstas pueden agregarse la rica variedad de psicopatías sexuales (sadismo, masoquismo, fetichismo, etc.), y otras muchas impulsiones. En estos casos parece muy difícil distinguir el vicio de la enfermedad. Si la impulsión llega á determinarse, no cabe duda, el individuo será declarado irresponsable; pero como se trata de individuos sumamente peligrosos, es preciso que la sociedad les someta á eficaces medidas de seguridad.

Otra de las formas de neuropatías interesantes desde el punto de vista médico-legal, es la epilepsia. Se manifiesta por crisis convulsivas con pérdida de la conciencia y del recuerdo. Durante las crisis no hay responsabilidad; tampoco la hay en los períodos que preceden á los accesos (*aura epiléptica*); durante éstos la excitación psíquica puede producir impulsiones irresistibles. Junto á esta epilepsia, fácilmente reconocible por sus crisis convulsivas, se ha reconocido la existencia de una *epilepsia larvada*, latente, sin crisis convulsivas ni signos exteriores, denominada por esto *epilepsia psíquica*, manifestada por amnesia, pérdida de la conciencia y un vértigo psíquico que determina al enfermo á hechos delictuosos de diversa clase. También estas impulsiones epilépticas excluyen la responsabilidad.

La *histeria* en principio no es causa de irresponsabilidad, pues no suprime el discernimiento, y por lo general, el individuo permanece dueño de sus actos. Pero en los casos de *histeria* grave en los que el enfermo obedece á impulsos que no puede reprimir, y en los de *locura histérica*, la responsabilidad puede desaparecer por completo (1).

● La historia de la locura en sus relaciones con la penalidad puede dividirse en dos períodos: uno desde los tiempos más antiguos hasta el derecho romano. En aquellos remotos tiempos se creía la locura de origen divino ó demoníaco, la epilepsia se denominaba el morbo sacro.

(1) La doctrina anteriormente expuesta es resumen de la desarrollada por Vidal, ob. cit., pág. 249 y sigs.



En este período las legislaciones no declaraban la impunidad de los locos.

El otro período comienza con el derecho romano. Este ya encontró la psiquiatría, relativamente, algo desarrollada, distinguía el *furiosus*, el *demens* y el *mente captus* y escribió una máxima desconocida de las legislaciones anteriores: *Furiosi nulla voluntas est*. Sin embargo, si las nociones que se encuentran en el derecho romano sobre los locos, eran muy progresivas y completas en el derecho civil, eran, por el contrario, muy imperfectas en el derecho penal, porque las teorías demoniacas, aunque muy debilitadas, no habían desaparecido del todo, y por lo tanto, aun se veía en el loco el hombre agitado por el espíritu maligno.

Por esto, el fundamento de su irresponsabilidad oscilaba entre la teoría de la piedad, que veía en el loco un desventurado bastante castigado con su enfermedad, *satis ipso furore punitur* y la teoría más científica que no veía delito allí donde no hubiese mente sana.

El derecho romano entendía por *mente captus* el idiota ó el imbecil que nunca era responsable; por *furiosus* y por *demens* algunas veces se entendía la locura en general, y con más frecuencia, el primer término, servía para designar los estados de excitación (*mania*), y el segundo, los de depresión (*lipemania*) y la verdadera y propia demencia.

De aquí nació una notable diferencia, mientras el estado del *mente captus* no daba lugar á dudas sobre su punibilidad, en los otros dos casos se admitía la imputabilidad para los delitos cometidos durante el intervalo lúcido: *Intervalis sensu saniora*, en cuyo caso *nec morbo mandanda est venia*. Fuera de los intervalos lúcidos el loco no era castigado, pero en caso de absolución era diligentemente segregado como medida de seguridad pública.

En la Edad Media no se encuentran normas que regulen la condición del loco; las distinciones del derecho romano se habían perdido. Sólo el derecho canónico proclamaba la máxima: *Si furiosus aut dormiens hominem mutilet, nullam ex hoc irregularitatem incurrit*. Mas tarde ya se consideró como causa de irresponsabilidad en la *Somme rurale* de Boutellier, y en el *Grand coutumier de France*. Pero, sin embargo, estas reglas no eran constantes en su aplicación, porque reputándose, como decía Heinroth, que sólo el pecador podía volverse loco, estos pobres enfermos fueron con frecuencia, y contra los mismos cánones, sometidos á penas crudelísimas.

Y así se llega al Código francés de 1810 (1).

Las legislaciones contemporáneas han seguido diversos sistemas en lo relativo á esta causa de irresponsabilidad. Algunos códigos dan una definición más ó menos precisa de la alienación mental; así los Códigos de Rusia, Grecia, Holanda, Suecia, Austria; otros declaran simplemente que los locos no son responsables: Códigos francés, belga, mejicano, búlgaro, noruego, portugués. Algún Código, como el alemán, habla de estados de inconsciencia ó de alteración malsana de la mente. La jurisprudencia ha determinado, en este país, que en el concepto de la *alteración malsana de la mente*, se comprenden las enfermedades mentales, y en el de *inconsciencia* se incluyen otras causas de irresponsabilidad, como la embriaguez y el alcoholismo.

(1) Vid. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. I, cap. I, I. Elementos de Derecho penal.



● Dispone el Código penal que: «No delinquen, y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El imbecil ó loco, no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón.

Cuando el imbecil ó el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley califica de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

Si la ley califica de delito menos grave el hecho ejecutado por imbecil ó el loco, el Tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, ó entregará al imbecil ó loco á su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia» (véase artículo 8.º)

Nuestro Código comprende, como vemos, las dos formas de la alienación mental, la imbecilidad y la locura. Sin embargo, hubiera sido de desear que emplease otra fórmula más comprensiva dentro de la que cupiesen formas de alienación como las impulsiones irresistibles, la epilepsia, etc., como hacen muchos de los Códigos de otros países. Esta laguna de nuestra legislación ha sido en parte resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado exento de responsabilidad criminal al individuo que en el momento de la comisión del hecho, se hallaba bajo el influjo de un ataque epiléptico (1). También el Tribunal Supremo ha declarado exento de responsabilidad criminal, á un individuo degenerado que padecía un estado de locura parcial limitada, que le impulsaba contra su voluntad á ejecutar actos deshonestos (2).

Mientras que la imbecilidad es considerada por el Código como un estado permanente, no así la locura, que puede presentar intervalos de razón, en este caso, cuando el delito ha sido ejecutado en uno de estos intervalos de lucidez, su autor es declarado responsable. Tal declaración es anticientífica y está en contradicción con las afirmaciones de la moderna medicina mental, que como ya dijimos, sostiene que en estos casos, la enfermedad cesa solamente en sus manifestaciones externas, pero persiste en la intimidad del individuo, y que la apariencia de la integridad mental, no da la seguridad de que esta integridad sea real.

Como el imbecil y el loco, aun cuando no delinquen, pueden constituir un grave peligro para la sociedad, el Código para evitar posibles males, dispone su internamiento; por esta razón ordena que «cuando el imbecil ó el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley califica de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual, no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal». Cuando el hecho ejecutado por el loco, no reviste suma gravedad, sino que, por el contrario, se trata de un hecho de poca importancia, el Código, ordenando, sin duda, que el peligro que representa el alienado no es de gran entidad, consiente en entregarle, mediante ciertas garantías, á la custodia de su familia. «Si la ley califica de delito menos grave, el hecho ejecutado por el imbecil ó el loco, el Tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo anteriormente indicado, ó entregará al imbecil ó loco á su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia».

(1) Sentencias de 14 de Julio de 1871 y de 18 de Diciembre de 1872.

(2) Sentencia de 16 de Abril de 1902.



Un comentarista del Código, el Sr. Silvela, censura estas disposiciones y pone de relieve su pretendida injusticia. Los hechos del loco, tanto si constituyen un delito grave, como un delito menos grave, han sido cometidos sin discernimiento y tienen el mismo valor ético moral, y si la familia del que ha cometido el 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 (1).

Yo no estimo justa la crítica de Silvela, pues olvida en absoluto que la defensa social, tanto contra los normales de espíritu, como contra los alienados, es la principal misión del derecho penal.

● Así como entre la integridad de las facultades intelectuales y la alienación mental hay una serie de grados intermedios, infinitos, es lógico admitir, dicen algunos autores, los mismos grados entre la responsabilidad completa y la irresponsabilidad.

Existen algunos individuos, cuyos taras mentales, sin ser bastantes para hacer desaparecer su responsabilidad, son suficientes para cambiar su inteligencia, para hacer vacilar su voluntad, y para aminorar en cierta medida, en gran medida, ó en muy gran medida su responsabilidad.

No todos admiten esta teoría; algunos sostienen que cuando hay una lesión en la inteligencia, la responsabilidad debe desaparecer por completo. Otros, y entre estos encuéntranse muchos médicos, creen que los delinquentes de responsabilidad limitada no son más que una variedad criminal, y dicen que en cuanto hay responsabilidad, por disminuida que se halle, hay delito, y si hay delito, debe imponerse la pena correspondiente.

Los partidarios de la responsabilidad limitada no se hallan de acuerdo sobre el tratamiento aplicable á los semirresponsables. El Código penal italiano da una solución: el Juez puede ordenar que esos individuos cumplan la pena en una *casa di custodia*, una especie de hospital prisión, en lugar de cumplirla en una prisión ordinaria. Se ha objetado, con razón á este sistema, que no garantiza á la sociedad contra estos anormales, pues llegado el día de su salida de estos establecimientos especiales, vuelven á constituir un peligro para la sociedad.

Otros proponen que el delincuente, después de cumplir la pena impuesta, sea internado en un asilo hasta su curación. Dura es esta medida; pero se justifica, dicen, por la necesidad de defenderse contra estos delinquentes peligrosísimos.

En Francia discutióse esta cuestión en el seno de la *Société des prisons* en el año de 1905. Allí se manifestaron múltiples tendencias. Médicos, como Voisin y Legrain, sostuvieron que sólo había responsables ó irresponsables; Voisin decía que los denominados semirresponsables conservan siempre, aunque debilitada, la noción del bien y del mal; y si es á los médicos á quienes se ha de encomendar la declaración de la responsabilidad atenuada, los delinquentes dirán: yo soy responsable, curadme, que soy un enfermo. Legrain cree, por su parte, que esta teoría de la semirresponsabilidad es una tesis de transición que nada tiene de científica. Esta teoría, dice, es una manera cómoda de disfrazar nuestra ignorancia, es una fórmula que ha

(1) Silvela, ob. cit., parte segunda, pág. 196.



permitido hasta ahora suplir la falta de un conocimiento más exacto de las verdaderas causas y de los verdaderos efectos. Cuando una cosa halla en duda, ó no se atreve á aventurar una opinión firme, es una verdadera excelencia el encontrar un término medio que parece que todo lo arregla.

Tampoco se les ha ocultado á algunos penalistas cuán injusta parece la reclusión ilimitada de los semialienados. Feuilletoy, por ejemplo, afirma que no sólo debe atenderse al interés social, sino que es preciso, ante todo, satisfacer las exigencias de la justicia. ¿Es justo, decía, mantener á un semirresponsable por un tiempo indefinido en un asilo y encerrar por dos ó tres años en una cárcel á un responsable que haya cometido el mismo delito?

Pero no obstante estas consideraciones, predominó la opinión favorable al reconocimiento de la existencia legal de la responsabilidad atenuada. Algunos, como el Profesor holandés Van Hamel y el alemán Von Liszt, que no obstante su cualidad de extranjeros, emitieron su autorizada opinión, consideran este problema como «una cuestión esencialmente práctica, que no tiene nada que ver con los grandes problemas de la filosofía y de la metafísica, ni con el problema del determinismo».

En Alemania, en el Congreso celebrado por la Unión Internacional de Derecho penal en Stuttgart en 1905, se abordó también este tema. El Profesor Von Liszt defendió también su creencia favorable á la admisión de la responsabilidad limitada, y sostuvo la necesidad de la defensa social contra los semirresponsables, no sólo contra los criminales, sino también contra los que aun sin haber cometido delito alguno, apareciesen peligrosos. Las medidas preventivas, encaminadas á evitar los males que éstos pudieran causar, serían tomadas por el Tribunal civil. La situación jurídica en que se encontrarían los sometidos á estas medidas, se denominarían «decadencia de la mayoría» ó «colocación en tutela». Los individuos, autores de hechos punibles, responsables parcialmente, serían sometidos á determinadas medidas de seguridad (1).

Algunos Códigos han acogido el sistema de la responsabilidad atenuada, á la que corresponde una penalidad atenuada también. El Código italiano es uno de los más típicos en este sentido; los Códigos de Finlandia, Suecia y Dinamarca, siguen también este sistema. En todos estos países, la atenuación de las penas impuestas á estos individuos, no completamente alienados, ha dado lugar á numerosas protestas de médicos y juristas, basadas en el peligro que estos desequilibrados presentan el día de su liberación, pues vuelven á la vida social sin que respecto de ellos se tome medida alguna. El Profesor de Copenhague, Torp, refiriéndose especialmente á la legislación danesa, exponía estas quejas ante el Congreso de Hamburgo (1905), celebrado por la U. I. D. P. (2).

● No incluye nuestro Código la alteración parcial de las facultades mentales entre las causas de la atenuación. Pero como dispone

(1) Dorado, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906, pag. 26 y sigs.; *Revue Pénitentiaire*, 1905, pag. 44 y sigs.; *Bulletin de l'Union Internationale de Droit penal*, vol. XII, pag. 387 y sigs.; Grasset, *Demi-fous et demi-responsables*, Paris 1907.

(2) *Bulletin de l'Union Internationale de Droit penal*, 1906 pag. 491.



que son circunstancias atenuantes las circunstancias eximentes cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos (art. 9.º, 1.ª), los defensores de los reos aducían la alienación parcial, basándose en este precepto. El Tribunal Supremo, en repetidas sentencias (1), declaró que la locura ó imbecilidad incompletas no pueden constituir nunca la circunstancia atenuante 1.ª del art. 9.º, porque constituyen un estado ó condición única, que no sólo no se forma con la concurrencia de requisitos, sino que los excluye y rechaza; y que entre la razón y la locura, no hay estado medio en el orden legal. Después ha declarado que el tener el reo incompletas sus facultades intelectuales, hasta el punto de ser casi imbecil (2), y que la limitación de las facultades mentales del reo, impidiéndole conocer en toda su extensión el daño causado, deben considerarse como causa de atenuación de la pena (3), y que por tanto, que la circunstancia atenuante 1.ª del art. 9.º, es aplicable en los casos de imbecilidad ó locura incompletas.

El Código penal de la Marina de Guerra ha llenado esta laguna que se observa en el Código penal común, y en su art. 13, núm. 6.º, dispone que podrá estimarse como circunstancia atenuante cualquier estado excepcional morboso que disminuya en el agente el imperio de la voluntad sin privarle por completo de la conciencia de delinquir.

● La forma imperfecta en que se efectúan los peritajes médicos ante los tribunales, y la mayor parte de las veces la ausencia de la intervención médica, aun en casos en que es sospechable en el acusado la alienación mental, han causado numerosos errores judiciales condenando como plenamente responsables á pobres locos, á desventurados, cuya salud mental se hallaba profundamente quebrantada. Algunos autores, especialmente los cultivadores de la psiquiatría criminal, citan casos, verdaderamente conmovedores, de alienados conducidos á las cárceles, sometidos durante varios años á un duro régimen penal, hasta que la alienación, manifestándose con formidable evidencia, ha puesto de manifiesto el error padecido por el tribunal sentenciador.

En Francia quejáanse los alienistas de la frecuencia de las condenas á individuos alienados. En una comunicación del Consejo superior de Asistencia pública se evalúa en 700 el número de locos injustamente condenados en el período de 1886 á 1890, es decir, próximamente 140 por año (4). Dorado, en su obra *Los peritos médicos y la justicia criminal* (5), contiene datos numerosísimos que prueban superabundantemente la frecuencia de tales condenas. Respecto de España, aun cuando los datos que se poseen son muy escasos, también pueden señalarse, según refiere un estudio de Salillas (6), algunos casos de locos condenados. De 284 locos, autores de hechos punibles, 13 fueron penados, la mayoría de ellos declarados locos durante el cumplimiento de la condena, y tres condenados á muerte y suspendida la ejecución

(1) 19 de Diciembre de 1881 y 3 de Octubre de 1884.

(2) Sentencia de 9 de Octubre de 1891.

(3) Sentencias de 4 de Abril de 1896 y de 17 de Junio de 1893.

(4) Vidal, ob. cit., pág. 280.

(5) IV. — Errores judiciales. Locos condenados por los Tribunales, pág. 104 y siguientes.

(6) *Los locos delincuentes en España en Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1889, pág. 117 y sigs.



por causa de locura. Uno de los declarados locos durante el cumplimiento de la condena fué sentenciado á pena de muerte por la Audiencia de Lérida é indultado. Ingresó en el presidio de Ceuta, donde volvió á cometer un nuevo delito, declarándolo el tribunal militar exento de responsabilidad por causa de enajenación mental. Con ese motivo fué declarado loco por la Audiencia sentenciadora».

A lo cual el autor añade á modo de conclusión: «Algunas veces hay motivos para repetir las mismas palabras que al tratar de esta clase de locos pronunció el Attorney general en la Cámara de los Comunes: á saber: Muchos súbditos de V. M. han perdido la vida por no estar tomadas todas las precauciones que se la debieran garantir».

Pero aun prescindiendo de estos casos de extremada gravedad, en los demás casos de condena á penas de privación de libertad ó otros, estos errores producen incalculables daños, pues la inscripción de un individuo en el casillero penal es una mancha para la familia y para el loco, cuya honorabilidad se destruye, privándoles á veces de poder obtener un empleo con que vivir.

Por todas estas consideraciones se ha pedido repetidas veces, y se pide, por médicos y por juristas que el peritaje médico en materia de medicina mental se perfeccione y que los jueces y magistrados reciban una cultura psiquiátrica elemental, pero suficiente para determinar en qué casos es precisa la intervención del médico para examinar desde el punto de vista mental al imputado.

● Hoy día reclaman con insistencia los criminalistas la creación de manicomios criminales para internar á los alienados delincuentes. Un psiquiatra italiano, Antonini, que en el Congreso de Antropología criminal de Amsterdam defendía estas instituciones, sostiene que no deben conducirse los alienados criminales, pero para considerar á los autores de hechos punibles como tales, no debe partirse, dice, del punto de vista del crimen cometido, sino del examen del individuo en cuestión, pues muchas veces, á la manera como los hombres normales se ven conducidos al delito por un concurso de circunstancias pasionales, hay alienados que después de la excitación maniaca ya no son elementos de perturbación y de indisciplina; pueden haber cometido un crimen y no ser peligrosos para el porvenir, y sin temor alguno pueden ser reclusos en un asilo común de alienados. Otros, por el contrario, aun sin haber delinquido, siendo peligrosos, deberían ser reclusos en establecimientos de este género (1).

Los adversarios de los manicomios criminales afirman que desde que el autor de un hecho punible es declarado loco ya no puede ser considerado como un delincuente, y debe entrar pura y simplemente en el derecho común y, por consiguiente, ser internado á lo más en un manicomio ordinario. Este modo de concebir las cosas proviene, según Ferri (2) de considerar la locura como una desventura y la criminalidad como una maldad de la libre voluntad. Así como hace un siglo, continúa, se admitió contra la opinión medioeval que la locura no depende de nuestra libre voluntad, hay que reconocer que tampoco depende de ella el delito. «Delito y locura son dos desventuras; tratamos ambas sin rencor, pero defendámonos de ellas».

Este sistema de recluir los alienados autores de hechos punibles es

(1) *Compte rendu*, pág. 369, Amsterdam 1901.

(2) *Sociología criminal*, pág. 864 y sigs.



manicomios criminales, es el seguido en Italia, en Irlanda y en los Estados Unidos. Otro sistema que tiene muchos partidarios es el de la segregación de estos locos en departamentos especiales anejos á los establecimientos penitenciarios; este es el sistema seguido en Alemania. En el Congreso de Antropología criminal de Amsterdam triunfó este sistema sobre los demás. En otros países los alienados criminales son internados en secciones especiales de los asilos comunes de alienados.

En España, el Real decreto de 1.º de Septiembre de 1897 regula las medidas de seguridad que han de tomarse respecto de los individuos exentos de responsabilidad criminal por causa de enajenación mental y de los penados cuyo cumplimiento de condena se haya suspendido por causa de enajenación mental. Dispone que los locos de la primera categoría se subdividan: 1.º, en reclusos de manicomio; 2.º, á cargo de su familia. Serán reclusos en manicomio los varones y hembras exentos de responsabilidad por causa de enajenación mental que hubieren ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, ó calificándole de menos grave, cuando así lo acuerde el Tribunal sentenciador. Estarán á cargo de su familia los varones y hembras exentos de responsabilidad que hubieren ejecutado un hecho que la ley calificase de delito menos grave, cuando así lo acuerde el Tribunal sentenciador, según las circunstancias del hecho, y dando la familia la suficiente fianza de custodia. A fin de que la fianza de custodia sea efectiva, las Audiencias dispondrán semestralmente que un Médico (forense, auxiliar de la Administración de Justicia y de la penitenciaria, de Sanidad penitenciaria, ó municipal, según las localidades), visite á cada enajenado á cargo de su familia, é informe acerca de su estado patológico, de cuyo informe se remitirá una copia á la Dirección general de Establecimientos penales. Además remitirán las Audiencias á dicha Dirección general copia autorizada de cualquier acuerdo que modifique la situación legal de cualquiera de los enajenados comprendidos en el art. 1.º de este Decreto.

● La embriaguez y el alcoholismo causan en el hombre la desaparición ó la disminución de las facultades mentales. El alcoholismo, sobre todo como causa criminógena, despierta hoy día grandes inquietudes por sus terribles progresos. Los criminalistas, sociólogos y médicos prestan cada vez mayor interés al estudio de este problema que tanta gravedad encierra.

● Contra el criterio clásico, en lo que á la embriaguez se refiere como causa de no imputabilidad ó de atenuación de la imputabilidad, se ha levantado la protesta de Garofalo. En el caso de un delito cometido en estado de embriaguez, debe estimarse la responsabilidad del autor como si hubiera realizado el hecho en estado normal; pues la embriaguez, asegura, no hace más que exagerar el carácter. Por mucho que beba, dice, un hombre pacífico, nunca matará á otro; hará, si, extravagancias, será capaz de gritar, de agitarse, pero no cometerá ningún delito. Así, siempre se verá que existe una completa correlación entre el hecho punible y el carácter del agente; cuando puede notarse entre ambos alguna incompatibilidad, es solamente respecto de algunos pequeños delitos, como lesiones, injurias, etc. (1). Esta teoría apenas tiene partidarios.

(1) *Criminalología*, pág. 274.



● Pessina (§ 91) examina los tres grados clásicos de la embriaguez, resolviendo el problema de la responsabilidad en cada uno de ellos de la manera que el lector habrá visto en las páginas anteriores. Esta cuestión se ha resuelto hoy día con arreglo á otro criterio que á mí me parece más aceptable.

Dejemos á un lado la embriaguez accidental ó fortuita, en cuyo caso no hay responsabilidad, y examinemos el caso de la embriaguez voluntaria. En este caso, se dice, el dolo desaparece; el hecho punible no puede considerarse como voluntario é intencional; no se puede exigir al autor una responsabilidad fundada en la voluntariedad. Pero si el ebrio no es responsable de sus actos, es responsable de su embriaguez; sabía y debía prever los peligros de este estado, y, por consiguiente, es culpable por negligencia, por imprudencia, y esta negligencia debe ser castigada con una pena. Así, desde el punto de vista penal, los hechos ejecutados en estado de embriaguez, como excludiendo la imputabilidad, deben considerarse, no como actos dolosos é intencionales, sino como actos de imprudencia ó negligencia, y deben imponérseles las penas que se aplican á los de este género (1). De todas maneras, en los casos de delitos cometidos bajo el influjo de la embriaguez, la represión penal debe ser vigorosa; pues si la atenuación de la penalidad fuese considerable, los delincuentes no dudarian en embriagarse para obtener la impunidad.

Examinemos ahora el caso de la embriaguez premeditada, es decir, la adquirida intencionalmente por el autor para cometer el delito bajo su influencia. Esta es aquella embriaguez que Farinaccio llama «ebrietatem procuratam et affectatam ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret».

Pertenecen estos hechos al grupo de las denominadas acciones *libere in causa (seu ad libertatem relatae)*, es decir, acciones determinadas en cuanto á su efecto, pero libres en cuanto á su causa. Y el problema que plantea así: ¿La embriaguez premeditada es dolosa? Aquí las opiniones son muy encontradas. Unos (Geyer, Berner, Binding, Von Bar) se deciden por la afirmativa, pues dicen que el estado no imputable deriva del estado imputable, ó que el hombre se transforma voluntariamente en un instrumento ciego (Heinze), ó que hay dolo, porque es necesario que éste sea concomitante con la acción (Carrara). Otros (Pezzeri) responden negativamente Tissot y Garraud, que reputan necesaria la concomitancia del dolo con la acción; Bertault, que estima que el reo podía renunciar á su idea delictuosa; Schwarze, porque la embriaguez premeditada es solamente un acto preparatorio, y Pessina que, como ya he visto, sostiene, que en caso de embriaguez completa, la premeditación desaparece con la ofuscación de la conciencia y de la inteligencia.

Alimena ha propuesto una solución muy racional á esta cuestión. En los delitos de *omisión*, esta embriaguez sería dolosa; porque el que se embriaga con el fin de encontrarse en el letargo más profundo en el momento en que debe cumplir un deber, sabe que el efecto del vino será seguro, y que llegado el momento esperado la omisión no podrá menos de realizarse. En los delitos de *acción* la solución varía según la embriaguez sea completa ó incompleta. Cuando es incompleta, es posible el dolo, y el que se ha embriagado para adquirir ánimos para ejecutar el delito, no merece el beneficio de ninguna atenuante. En el

(1) Vidal, ob. cit., pág. 276 y sigs., y *Rapport sur l'alcoolisme et la loi pénale* Rev. Penitentiaire, 1897, pág. 6.



caso de la completa embriaguez, observa Alimena que no se concibe un hombre que para llevar á cabo un delito se embriague, hasta el punto de perder en absoluto la luz de la razón, sin la cual, mal podrá verificar su propósito; pero si en este caso, el hecho llegara á realizarse, no habría dolo, habría solamente culpa, porque no existe nexo alguno entre el hecho y el estado imputable (el estado anterior á la embriaguez, en el que se formó la resolución delictuosa), pues dicho nexo (la voluntad que ejecuta y la inteligencia que dirige) está anulado por la embriaguez (1).

● Respecto de los alcoholizados crónicos presa de delirio y de locura alcohólica, se aplican las reglas establecidas para la alienación mental.

● Muchos de los Códigos penales, hoy en vigor, nada dicen de la embriaguez; parece que tal estado se comprende dentro de la noción de la alienación mental. Este sistema es el de los Códigos francés, belga, rumano, holandés, ruso, noruego, búlgaro, húngaro y sueco. En el Código penal alemán, en la denominación de estado de «inconsciencia», se comprende también la embriaguez (2). Lo mismo en el Código de Noruega. Otras legislaciones consideran la embriaguez, ya como causa de exención, ya como causa de atenuación; así los Códigos de Austria, Grecia, Finlandia, Lucerna, San Galo y algún otro. Los Códigos de Noruega, Austria y Grecia prevén el caso de la embriaguez posterior al proyecto de delinquir, y declaran que en tal estado no cabe ninguna atenuación de la responsabilidad.

● La consideración del peligro social que representa el progreso del alcoholismo y de la embriaguez, y la visión clara de que los sistemas legales hoy en vigor (la exención ó atenuación de la responsabilidad en caso de delito cometido bajo su influjo, y el castigo de la embriaguez como un hecho de imprudencia con una multa más ó menos fuerte y una pena de prisión más ó menos duradera), no satisfacían las urgencias de la defensa social, ha determinado una nueva orientación en la represión de la embriaguez y del alcoholismo.

Vidal, refiriéndose á la aplicación frecuente de la pena de cárcel impuesta á los ebrios habituales dice, «yo creo que esta pena en vez de corregir su vicio, lo que hace es originarle otros más peligrosos y convertirle de simple vicioso en un malhechor, y en todo caso, en un pago forzoso». Para remediar estos inconvenientes y para garantizar la defensa social, pues el delincuente alcoholizado es uno de los comprendidos en la condición que la ciencia penal moderna denomina «estado peligroso», se ha propuesto su reclusión en asilos especiales. El Congreso penitenciario internacional de París (1895), reconoció esta necesidad y recomendó la creación de asilos especiales para bebedores habituales, ó de pabellones destinados á éstos en las casas de alienados, y el Congreso penitenciario internacional de Bruselas (1900), acordó crear tales asilos ó pabellones para el tratamiento médico de los condenados alcoholizados. En Bélgica, M. Le Jeune, presentó al Senado en 1897 un proyecto sobre alienados criminales y alcoholizados peli-

(1) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. II.

(2) Liszt, *Lehrbuch*, pág. 174; Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, Stuttgart, 1899, § 25, vol. I.



grosos, que autorizaba á los Tribunales para ordenar el internamiento en asilos especiales, de ciertos condenados, cuando el delito se hubiese cometido en estado de embriaguez ó bajo el influjo del alcoholismo crónico. Inglaterra cuenta desde 1898 con una ley denominada *Intemperate Act*, que dispone el envío á los reformatorios para ebrios (*Intemperate Reformatory*), por un espacio de tiempo que puede llegar á tres años, de los delinquentes ebrios en el momento de cometer su delito, y de los individuos que en el mismo año hayan sido condenados cuatro veces por embriaguez. Según una memoria de hace pocos años, de la Howard Association de Londres, se trataba de sustituir estos reformatorios por instituciones más apropiadas. La ley noruega de 1900 sobre la represión del alcoholismo, determina que el Gobierno puede colocar al delincuente alcohólico, no en una prisión, sino en una casa de trabajo ó en un asilo para su curación. El proyecto de Código penal austriaco (§ 36), dispone que determinados delinquentes ebrios sean conducidos á casas de alienados hasta su curación, y los proyectos alemán (§ 43) y suizo (art. 35), ordenan la colocación de estos individuos en asilos especiales para bebedores.

Esta es la nueva orientación en la represión de la embriaguez; las medidas que hemos visto adoptadas en los Códigos y en las leyes citadas, tienen dos aspectos: uno tutelar, protectorio del delincuente, en la cura, ó se trata curarlo y de crear en él nuevos hábitos de vida; el otro aspecto es de defensa social, obtenida ya por la curación de estos sujetos peligrosos, ya por su retención durante un largo período de tiempo en dichos asilos especiales.

● Si examinamos como ha sido considerada la embriaguez por nuestra legislación, veremos como ya en las Partidas se encuentra alguna disposición que determina la responsabilidad del que delinque bajo la excitación alcohólica. En los delitos consistentes en «dejar mal del Rey», la embriaguez producía la exención de responsabilidad, porque el individuo comete este hecho «estando desahogado de su sentido de manera que non entiende lo que dice». Los homicidios cometidos en estado de embriaguez se consideraban, como un criterio estrictamente moderno, como hechos culposos atribuibles á falta de previsión; la pena que se imponía era muy atenuada, y la razón de su imposición era que sus autores «fueron en culpa: non poniendo ante que acaesciesen (los hechos punibles) aquella guarda deuiaran poner».

Nuestro Código no considera la embriaguez como causa de exención, sólo la estima como causa de atenuación de la responsabilidad. Dice así en su art. 9.º: *Son circunstancias atenuantes: 6.ª La de cometer el hecho en estado de embriaguez, cuando esta no fuere habitual y posterior al proyecto de cometer el delito. Los Tribunales resolverán con vista de las circunstancias y de los hechos, cuando haya de considerarse habitual la embriaguez.*

El Tribunal Supremo por su parte, de acuerdo con la doctrina del Código, ha declarado que las acciones ejecutadas en estado de embriaguez, no pueden menos de considerarse siempre voluntarias ó ejecutadas con voluntad libre (1), y que la embriaguez sólo puede determinar en algunos casos una circunstancia de atenuación, pero nunca la exención de responsabilidad (2).

(1) Sentencias de 9 de Febrero de 1871, 9 de Abril de 1872 y 29 de Septiembre de 1875.

(2) Sentencia de 22 de Noviembre de 1895.



Pero no siempre es la embriaguez causa de atenuación; si es habitual dejaría de serlo. En caso de habitualidad, como dice Silvela, suponiendo el Código por ello que el agente conoce el efecto que en él producen las bebidas espirituosas, y que deliberadamente se expone á faltar á la ley, no admite atenuación. Tampoco la admite cuando la embriaguez es posterior al proyecto de delinquir, considerando que el delincuente se puso en tal estado para facilitar la ejecución del delito, y quizás para obtener de este modo una circunstancia de atenuación.

El Código penal de la Marina de Guerra, también considera la embriaguez como atenuante, cuando sea «no habitual ni buscada de propósito para cometer el delito» (art. 13, 6.º); el Código de Justicia Militar, dispone que «la embriaguez no será atenuante para los militares, á no haber delinquido el culpable impulsado por malos tratamientos después de hallarse en tal estado».

● El abuso de la morfina y de la cocaína, hoy muy frecuente en algunos países, puede causar profundas perturbaciones en las facultades psíquicas. La privación de la morfina en el individuo habituado á su empleo, llega á producir una impulsión irresistible al robo de esta sustancia. Según el testimonio de Kraft-Ebing, el uso frecuente de la morfina puede determinar verdaderos estados psicopáticos análogos á la locura moral. El morfínmano habiendo perdido todo freno moral, puede abandonarse á todo género de excesos. El abuso de la cocaína puede determinar un delirio sensorial alucinatorio análogo al delirio alcohólico, caracterizado por alucinaciones terroríficas de la vista y del oído, por ideas delirantes de persecución (y sobre todo de celos), etcétera. La responsabilidad de los actos ejecutados bajo la influencia de estas intoxicaciones, se regulará como la de los actos ejecutados bajo la alienación mental (1).

● Hoy no se discute la responsabilidad del sonámbulo, la tesis de Pessina (§ 90) es la tesis dominante y, en general, se consideran no punibles los actos ejecutados en este estado particular del sueño. Sin embargo, cuando el sonámbulo conoce su estado y sabe que es capaz, durante el acceso sonambólico, de ejecutar hechos que pueden causar perjuicios más ó menos graves, puede ser responsable por su negligencia. El individuo que padece accesos de sonambulismo y durante éstos tiene el hábito de manejar armas de fuego y de disparar y sabiéndolo, coloca un revólver en la mesa de noche y mata á otro durante el período de sonambulismo, dice Prins (2), puede, si se demuestra su falta de previsión, ser perseguido como autor de un homicidio involuntario.

La mayor parte de los Códigos no hablan del sonambulismo, otros, como el Código alemán, consignan como causa de exención de la imputabilidad el encontrarse el autor del hecho en un estado de *inconsciencia* al que puede referirse el sonambulismo (3), y en algún Código, en el de Venezuela, se considera como causa de no imputabilidad.

En el antiguo Derecho español las Partidas disponen que el sonámbulo que, conociendo su anormalidad, y sabiendo que durante el estado de sonambulismo, puede ocasionar males ó daños, es responsable de su

(1) Vid Vidal, ob. cit., pág. 278 y sigs.

(2) Prins, *Science pénale et droit positif*, pág. 253.

(3) Liszt, ob. cit., § 38, III.



incuria en no hacerse custodiar debidamente. Esta tendencia á exigir al sonámbulo una responsabilidad por imprudencia, aparece de nuevo, como acabamos de ver, en el Derecho moderno. El Código de 1890 consideró el sonambulismo como una causa de exención. El Código vigente guarda silencio absoluto. Algún comentarista, como el señor Viada (1), cree que si se probase la ejecución de un hecho en verdadero estado de sonambulismo si se justificara que ningún interés pudo tener el autor del hecho en ejecutarle, en una palabra, que obró sin conciencia, sin libertad, en estado de sueño real y efectivo, sino en virtud del art. 8.º, cuyas disposiciones son taxativas, en virtud del art. 1.º del Código debería declararse la no delincuencia de la acción ejecutada por el sonámbulo. Silvela cree (2), por el contrario, que los Tribunales no podrían apreciar este estado como causa de exención, pues bien es verdad que el delito es la acción ú omisión voluntaria, esto es, con conciencia, y que carece de ella el sonámbulo, no lo es menos que toda acción ú omisión se reputa voluntaria en tanto que no se demuestre lo contrario y la voluntariedad de la acción, á juicio de este autor, sólo queda suprimida dado el sistema de nuestro Código, cuando se prueba la existencia de alguna de las causas de exención, ó mejor, de no imputabilidad que taxativamente enumera el art. 8.º Este silencio del Código respecto del sonámbulo, es una de las muchas lagunas que es de esperar sean colmadas en su primera reforma.

● Desde hace algunos años, preocupanse no pocos Médicos y psiquiatras de estudiar el hipnotismo en sus relaciones con el Derecho penal. Realmente tal estudio es de interés, pues la hipnosis, destruyendo la voluntad y aniquilando la iniciativa cerebral facilita la comisión de numerosos delitos, atentados contra el pudor, violaciones, etcétera, sobre el hipnotizado que no puede presentar resistencia á las manipulaciones del hipnotizador. Pero el problema más importante es el relativo á las sugestiones criminales. ¿El hipnotizado al que se sugiere la ejecución de un delito determinado, llegará á realizarlo por la sola potencia de esta sugestión? En el caso de que el delito llegara á realizarse, ¿quién sería responsable? Así se nos presenta esta cuestión. Sobre la eficacia y el poder la sugestión las opiniones están divididas, mientras que la escuela de Nancy cree que el hipnotizado llega á convertirse en un autómatas en manos del sugestionador; se sostiene, por otra parte, que el sonámbulo hipnótico no es un puro autómatas, una simple máquina ... posee una personalidad reducida, es cierta, pero en algunos casos persiste por completo y se afirma claramente por la resistencia que opone á las ideas sugeridas» (Gilles de la Tourette, que «el sonámbulo no ejecuta más que las sugestiones agradables ó indiferentes que le produce un individuo agradable» (Brouardel). De las comunicaciones presentadas al XIII Congreso de Medicina (París, Agosto de 1900), se deduce que la sugestión hipnótica de un delito, es posible siempre que se trate: 1.º, de un hecho insignificante, como un hurto, un engaño, etc., ó de un crimen de laboratorio; 2.º, de un sujeto que haya sido adormecido varias veces y cuya sugestionabilidad haya sido cultivada. Pero en el caso contrario, cuando se trata de un grave delito, el hipnotizado resiste, como está plenamente demostrado, pues se establece un brusco contraste entre la naturaleza moral

(1) Viada, *Código penal*, tomo I, pág. 92, Madrid 1890.

(2) Silvela, ob. cit., parte segunda, pág. 200.



del sujeto y el acto ordenado, y este choque mental determina un des-  
pertamiento parcial de la personalidad, la elaboración de fenómenos  
de detención y de corrientes de inhibición, todo lo cual determina la  
resistencia del hipnotizado que de una manera directa ó indirecta se  
niega á obedecer. De la experiencia, se decía en el Congreso citado,  
puede deducirse esta afirmación: que la sugestión de los verdaderos  
delitos por el hipnotismo no está probado. Sin embargo, teóricamente,  
no es imposible, pues basta con que el hipnotizado se dirija á un su-  
jeto además de fácilmente hipnotizable, desprovisto de sentido moral,  
pues en este caso el choque, el contraste de que hablamos ahora no se  
realizará. Pero en este caso los riesgos para el verdadero serían bas-  
tante grandes para que un criminal astuto pensase en correrlos (1).

En el caso de que la sugestión se realizase completa y necesaria-  
mente sólo el sugestionador sería responsable; el hipnotizado, pues  
obra sin voluntad, está exento de responsabilidad. Esta sería atenuada  
en el caso de haberse sometido libremente á la sugestión hipnótica y  
sería completa si el hipnotizado conocía de antemano el delito que se  
le quería hacer ejecutar.

● La opinión de Pessina (§ 88), respecto de la sordomudez como  
causa modificativa, es hoy admitida por casi todos los penalistas. Se  
considera que los sordomudos son enfermos y que cuando pertenecen  
á las clases pobres y menesterosas necesitan más bien asistencia y  
protección que represión. El sistema seguido por las legislaciones en  
esta cuestión es muy diversa. Algunos Códigos como el alemán pres-  
criben el examen del discernimiento del imputado; cuando éste no  
existe no hay responsabilidad, pero aun cuando no falte el discerni-  
miento la pena se impone con cierta atenuación. Análogas son las dis-  
posiciones de los Códigos de Hungría y Bélgica. El nuevo Código pe-  
nal japonés (1907), determina que el delito del sordomudo ó no lleva  
ninguna pena alguna ó ésta es atenuada. Otros Códigos para nada  
mencionan este particular estado, como el Código francés y el Código  
austriaco.

Nuestro Código calla también sobre este particular. El Tribunal  
supremo en alguna de sus sentencias (2) declaró que la sordomudez  
podía constituir la circunstancia atenuante 8.<sup>a</sup> del 9.<sup>o</sup>; pero poste-  
riormente ha admitido (3) que la sordomudez y la falta de instrucción,  
equiparan al procesado á un menor de diez y ocho años y mayor de  
cinco, y, por consiguiente, la ha considerado como causa de atenua-  
ción.

El Código penal de la Marina de guerra, más perfecto que el Códi-  
go penal común, declara exento de responsabilidad criminal al sordo-  
mudo menor de diez y ocho años, á no ser que obrase con discerni-  
miento (art. 10, 3.<sup>o</sup>).

● La influencia de las pasiones (4) sobre la responsabilidad ha  
sido principalmente estudiada por Carrara, que ha emitido sobre esta  
materia una teoría muy divulgada.

Las pasiones, dice, deben considerarse no desde el punto de vista  
moral, ni desde el punto de vista jurídico, sino desde el punto de vista  
psicológico. Considerándolas bajo este aspecto, las divide en *ciegas* y

(1) Vid. *Archives d'Anthrop. criminelle*, 1900, pág. 529 y sigs.

(2) Sentencia de 12 de Abril de 1873

(3) Sentencia de 27 de Diciembre de 1889.

(4) Vid. Pessina, § 91.



*razonadoras*. Solamente las primeras pueden tener influjo sobre la responsabilidad, pues anulan ó disminuyen el libre arbitrio; las segundas carecen de influencia, y cuando concurren, el individuo es plenamente responsable. Aquéllas provienen del miedo causado por un mal que nos amenaza, éstas nacen de la apetencia de un bien. Pero como que las pasiones ciegas modifiquen la responsabilidad deben ser más instantáneas y justas, por lo menos en opinión del autor del hecho delincuente (1).

Se ha objetado, con razón, á esta teoría que no es posible, basándose en criterios psicológicos, hacer una evaluación jurídica de las emociones y de las pasiones. Estas, desde el punto de vista psicológico, no pueden distinguirse más que por su intensidad, y dada la misma intensidad todas ciegan y todas perturban (2).

La doctrina que hoy tiende á inspirar las legislaciones distingue entre los móviles morales y sociales, y los inmorales y antisociales. La pasión no puede servir de excusa más que cuando su causa es justa y cuando el fin que se propone el Agente no es contrario á los intereses sociales. Así, el que viola á una joven, por violenta que sea en su pasión, no merece ninguna excusa, ni atenuación en la pena correspondiente; por el contrario, el padre, el hermano de la víctima, si mata ó hieren al seductor deben ser excusados, pues su pasión es justa y útil socialmente (3). Pero la pasión, por justa que sea en su origen, no puede considerarse como una causa de justificación; es preciso, como dice Vidal, que la pena legal se imponga como un signo de censura legal, como muestra de la ilegalidad de la acción, lo cual no existe si que se atenúa la pena al ser aplicada y que se establecen para esos delinquentes penas especiales, distintas de los reservados á los criminales más vulgares (4). Y en aquellos casos en los que la pasión es tan violenta que origine una falta de conciencia y de libertad como en los casos de alienación mental, en tales casos extremos la absolución es más ejemplar que la condena. El Magistrado ateniense y el Magistrado romano cuando quisieron absolver al imputado reo, conforme á la ley escrita ó inocente, según la ley natural —, le dijeron «vuelve dentro de cien años.» Pero esta solución, tan magnífica y poética, como observa Alimena, ya no es posible en el Derecho moderno (5).

En la mayor parte de los Códigos el ímpetu de la pasión, como causa de exención, se comprende dentro de la *fuerza irresistible*, que se refiere á impulsos ó fuerzas de orden psíquico ó interno. Este es el sistema del Código francés, del Código belga, luxemburgués, holandés, austriaco.

En nuestro Código la emoción y el ímpetu pasional no aparecen como causa de imputabilidad, pero sí como causa de atenuación. En la parte general del Código ya se establece en el art. 9.º

Que son circunstancias atenuantes *haber precedido inmedia y legítima provocación ó amenaza adecuada de parte del ofendido (4.º); haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, ascendientes, descendientes, herma-*

(1) Carrara, *Programma*, §§ 317 y sigs.

(2) Alimena, *Principii di Diritto penale*, vol. I, pág. 691.

(3) Ferri, *Sociologia criminale*, págs 668 y sigs.

(4) Vidal, *ob. cit.*, pág. 286.

(5) Alimena, *ob. cit.*, pág. 693.



legítimos, naturales ó adoptivos, ó afines en los mismos grados (5.<sup>a</sup>). Respecto de la primera de estas dos atenuantes debe hacerse notar que no toda amenaza ó provocación puede considerarse como causa de atenuación; ha de ser amenaza ó provocación que haya precedido inmediatamente. Así la atenuante no concurrirá, sino cuando el delito se cometa inmediatamente después de aquella provocación ó amenaza. Por esto el Tribunal Supremo ha decidido que no cabe apreciar esta circunstancia cuando pasa bastante tiempo entre ésta y aquél, porque entonces hay espacio suficiente para dominar la pasión natural de la cólera (1). Además, la pasión no puede legítimamente nacer, sino cuando la amenaza ó la provocación tiene alguna importancia y, como dice Silvela, guarda alguna revelación, en cuanto á su cuantía, con el crimen cometido ó, como dice el Código, cuando es adecuada. Por esto la mera reconvencción, la disputa, no pueden considerarse como amenazas ó provocaciones en que pueda fundarse la atenuación (2). Sobre la segunda de las citadas circunstancias, debe tenerse en cuenta que la ley exige que la vindicación sea *próxima*, es decir, que no ha de mediar sino escaso lapso de tiempo entre la ofensa y su vindicación. Dispone la ley que la ofensa ha de ser *grave*, este extremo lo determinarán los Tribunales.

A continuación de las mentadas circunstancias aparece en el Código otra consistente en *obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación* (7.<sup>a</sup>). Como observa justamente Silvela, «esta circunstancia pudiera haber excusado el consignar las dos anteriores, pues, si alguna diferencia existe, no está en la cualidad del hecho, sino en su cuantía é importancia. La amenaza, la provocación y la ofensa, pueden producir el natural arrebato que explica el delito y disminuir la responsabilidad del autor; si no lo produjesen, por circunstancias determinadas y especiales no debían atenuar la responsabilidad del Agente, que había obrado sin estímulo alguno que le llevase á delinquir. Por esto ha habido y hay en la práctica dificultades para distinguir las y separarlas, que no ha logrado vencer enteramente la jurisprudencia» (3). El Tribunal Supremo ha decidido que el estímulo ha de ser poderoso, inmediato y que no de lugar á la reflexión (4).

En la parte especial de Código encuéntranse también algunos casos en los que el legislador ha considerado la pasión como causa de atenuación, á veces muy considerable, de la pena. El caso más típico es el del art. 438, según el cual «el marido que sorprendiendo en adulterio á su mujer, matare en el acto á ésta ó al adúltero ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedaría exento de pena. Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y de sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna». Análogos son el caso del art. 424, según el que, la madre que para ocultar su deshonor matare al hijo que no haya cumplido tres días, y los abuelos maternos que para ocultar la deshonor de los hijos cometieren igual delito, se

(1) Sentencias de 19 de Abril de 1871 y de 22 de Junio de 1876.

(2) Sentencias de 4 de Enero de 1878, 25 de Septiembre de 1875, 11 de Febrero de 1885, 14 de Diciembre de 1897 y 7 de Febrero de 1901.

(3) Silvela, ob. cit., parte segunda, pág. 211.

(4) Silvela, loc. cit., pág. 212.



les impone una pena mucho menor que la que les correspondería si hubiese encontrado en la ofuscación y la exaltación producida por el miedo al deshonor. Por iguales consideraciones también se impone una pena más atenuada á la mujer que causare su aborto ó cometa re que otra persona se lo cause, cuando lo hiciere para escapar de deshonra (art. 425).

● En nuestro Código considérase como causa de exención la situación del «que obra violentado por una fuerza irresistible» (art. 9.º). Pero en el Código de nuestro país este concepto de fuerza irresistible no puede entenderse, como en muchos Códigos extranjeros, en el sentido de fuerza interior ó de impulso psíquico, sino en el sentido de fuerza material. El Tribunal Supremo, además de declarar que se debe confundirse la fuerza irresistible, pero material y física á la que alude el núm. 9, con otras causas de exención consignadas en el mismo artículo y referentes á la violencia moral, como las señaladas en los casos 5.º, 10 y 11 (1), ha consignado también que la fuerza irresistible no puede nunca consistir en el ímpetu ó arrebato del agente, sino que ha de ser precisamente una fuerza *extraña*, proveniente de un tercero (2).

● La ceguera no es considerada por la mayoría de los autores como causa modificativa de la responsabilidad. Se ha dicho (3) que en la formación de la conciencia moral, el ojo interviene mucho menos que el oído; y el ciego, aun cuando esté segregado del mundo físico, no lo está del mundo moral. El Derecho canónico imponía á los ciegos mayores deberes, precisamente á causa de su incapacidad para prohibir tirar con el arco; al ciego que con la flecha lanzada causaba la muerte de alguna persona, se le imponía la pena completa. No obstante, sin embargo, algún autor, como Prins (4), que considerando á los ciegos como enfermos que tienen necesidad de asistencia, pide que se considere su estado como una causa de atenuación de la pena.

● He aquí, á modo de resumen, los principales puntos de vista contenidos en las páginas anteriores.

*Teorías sobre la responsabilidad.* Entre las numerosas teorías construídas para explicar el fundamento de la responsabilidad, las más conocidas, y las más antitéticas, son la denominada del libre arbitrio y la teoría llamada determinista. La primera sostiene que no hay culpabilidad si no concurren en el agente: 1.º, inteligencia y discernimiento de sus actos; 2.º, libertad de su voluntad, goce de su libre arbitrio; si no concurren en estos elementos, no hay responsabilidad, entonces pueden tomarse respecto del individuo ciertas medidas de seguridad, pero no pueden imponérsele penas propiamente dichas.

La escuela determinista niega la existencia del libre arbitrio; esta creencia, dicen, no proviene sino de la ignorancia de las causas que determinan nuestra conducta. La voluntad está determinada por motivos y se encuentra sometida por completo á influjos de carácter mo-

(1) Sentencia de 2 de Julio de 1872.

(2) Sentencias de 26 de Abril de 1871, de 29 de Febrero de 1891, 28 de Septiembre de 1901, 23 de Septiembre de 1902 y 22 de Octubre de 1903.

(3) Alimena, *Principii di diritto penale*, vol. I, pág. 650.

(4) Ob. cit., pág. 228.



tal, psíquico y físico. La herencia, tanto física como psíquica, así como las influencias del medio en que nos educamos y vivimos, determinan la formación de nuestra personalidad y determinan los actos de nuestra voluntad. Esta teoría destruye la responsabilidad moral como base de la represión penal que fundamenta en la denominada «responsabilidad social». *El hombre es imputable, y, por consiguiente, responsable porque vive en sociedad.* Tal es su fórmula.

Entre estas dos teorías extremas, la del determinismo y del libre arbitrio existen algunas teorías intermedias que admiten una libertad relativa de la voluntad. La más interesante de ellas, la sostenida por Prins, sostiene que el hombre tiene en sí un elemento de libertad constituido por la posibilidad de querer y de escoger entre los diversos motivos de conducta que se presentan ante nuestro espíritu, pero la libertad está limitada por las influencias de familia, de raza, de medio, de época, á las que no podemos sustraernos y que determinan la dirección de la elección. Fouillée, Levy-Bruhl y algún otro defienden teorías que tienen también un carácter intermedio.

Otros autores se colocan, para fundamentar la responsabilidad criminal, en puntos de vista completamente diversos del anterior. Algunos creen que la intimidabilidad es el fundamento de la responsabilidad; el hombre, dicen, es responsable porque puede sentir el efecto intimidativo de la amenaza penal. Conti y Liszt proclaman responsable al hombre normal, al hombre que ejecuta un acto punible encontrándose en condiciones psíquicas e intelectuales normales, ó al hombre que goza de la facultad de determinarse con arreglo á motivos normales. Tarde exige la identidad personal del delincuente consigo mismo antes y después del delito, y su semejanza social con los individuos entre los que vive y por los que ha de ser penado. Y, por último, otra teoría, que ha sido acogida por algunos Códigos, establece como base de la responsabilidad la voluntariedad; sólo los hechos voluntarios son imputables, sin que importe investigar si tal voluntad es libre ó determinada.

La escuela clásica exige como condiciones necesarias para la existencia del *dolo*: 1.º, voluntad de ejecutar un hecho; 2.º, conciencia de su oposición al derecho. Este concepto lo juzga insuficiente la escuela positiva; el elemento psicológico de la voluntad, dice, no es suficiente para constituir la noción del dolo; es preciso para integrar esta consideración además la intención, el motivo y el fin del acto. Por consiguiente, para que el dolo aparezca no es suficiente que el acto se haya querido, es preciso que el agente haya tenido intención de lesionar el derecho de otro con un fin antisocial y antijurídico.

Esta consideración del motivo y del fin de la acción la aceptan bastantes criminalistas, pero el motivo no puede considerarse como el único elemento para fundamentar la imputabilidad, pero sí uno de los elementos más importantes, no olvidando que debe de tratarse de motivos jurídicos y sociales. Esta teoría ha sido acogida por muchos Códigos que, basándose en la moralidad ó inmoralidad de los motivos, en su carácter jurídico ó antijurídico, aumentan ó disminuyen la penalidad, ó aplican penas menos duras y deshonrosas ó penas más graves y aflictivas.

El Código penal vigente en nuestro país, según hemos dicho anteriormente, estima que el elemento doloso se encuentra en la mala intención ó en la *malicia*. El párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal dispone que las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan



siempre voluntarias á no ser que conste lo contrario». Se establece aquí una presunción *juris tantum*, y, por consiguiente, podrá probarse contra ella, que no hubo inteligencia ó libertad en el agente, en cuyo caso no pudo haber malicia, ni, por tanto, culpabilidad basada en dolo.

● Entre las modernas teorías sobre la culpa merece mención la de Tosti, que la considera como un defecto de las facultades intelectuales del agente, por lo cual su actividad puede ser perjudicial á la sociedad. Para Angiolini la razón de su punibilidad estriba en la temibilidad del autor, temibilidad por ligereza ó imprudencia, que contrasta con la temibilidad por maldad, típica de los delitos dolosos. Desde este punto de vista, de la temibilidad por imprudencia, hace este autor una clasificación de delinquentes ya expuesta en las páginas anteriores. En el concepto legal de la culpa, según nuestro Código, se verá igualmente en las páginas precedentes.

● Al estudiar las causas que extinguen la imputabilidad criminal, encuéntrase que pueden dividirse en dos grupos. El primer grupo comprende las denominadas *causas de justificación*, el segundo las *causas de no imputabilidad*. En las primeras, el agente se encuentra en condiciones normales de imputabilidad, pero el acto ejecutado es justo. En las segundas, el individuo no puede ser imputable, pues sus facultades psíquicas y están aniquiladas ó considerablemente disminuidas. Entre las causas de justificación se comprende la legítima defensa, el estado de necesidad y la obediencia debida. Como causas de no imputabilidad se estudian la menor edad, la alienación mental, la embriaguez y algunos otros de menor entidad.

● La legítima defensa ha sido considerada como causa de exención de responsabilidad criminal desde los tiempos más antiguos. En las páginas que Pessina consagra á esta cuestión, se verá su difusión en las antiguas legislaciones. Muchas teorías se han emitido, para fundamentar su naturaleza jurídica. Para algunos, como Geyer, el acto de defensa es injusto, pues si la represión del delito pertenece sólo al estado, el reprimir el delito por sí es un acto contrario á la justicia. Sin embargo, este acto, aun siendo injusto, no se castiga porque el mal del delito está compensado, retribuido por el mal de la defensa, y si se impusiera pena ésta no sería más que un puro mal, pues nada se contraría ya que retribuir. Otros autores, como Von Buri, han visto aquí una colisión entre los derechos del agresor y los del ofendido, conflicto que se resuelve por el sacrificio del derecho menos importante, el derecho del agresor, ante el derecho superior, que es el derecho del agredido. Según Hegel, la defensa, como negación del delito, es una afirmación del derecho, y, por consiguiente es justa intrínsecamente. La escuela positiva sostiene también la justicia de la defensa legítima; ésta se ejerce no sólo en interés del atacado, sino también en interés de la sociedad; el que rechaza al agresor injusto realiza un acto de justicia social. Su acción es el ejercicio de un derecho, lo mismo que la pena infligida por la autoridad social. De todas las teorías emitidas para explicar el fundamento jurídico de la legítima defensa, la más sólida, en mi opinión, es la defendida por Pessina. Los actos de defensa ejecutados contra el agresor injusto, no son punibles porque á la sociedad le es imposible acudir á proteger los derechos del agredido, y en los casos en los que esta defensa social es imposible, es lógico se permita



defensa individual, pues sería incomprensible é inhumano que el Estado impusiera á los ciudadanos sucumbir á la agresión ilícita sin resistencia alguna.

No todos los códigos regulan la defensa de igual manera, pues mientras unos tienen de ella una amplia noción que permite la defensa sólo de la vida sino la de todos los bienes jurídicos, en otras legislaciones este concepto se restringe á los ataques contra la vida ó la integridad personal. En las páginas anteriores se verán las disposiciones de nuestro Código penal, relativas á esta causa de exención.

El estado de necesidad es un estado de peligro actual para los intereses jurídicamente protegidos, en el que no queda salvación sino mediante la violación de los intereses protegidos por el derecho, pertenecientes á otro individuo. El conflicto de intereses ó de derechos que el estado de necesidad supone, puede producirse entre derechos ó bienes de igual valor ó entre derechos ó bienes desiguales. En este caso la resolución es sencilla, prevalecerá del interés más valioso y será sacrificado el menos importante. Ejemplo: en una tempestad que pone á buque en grave riesgo, el Capitán arroja al mar el cargamento para salvar la vida á la tripulación. Cuando el conflicto se produce entre intereses de igual importancia, su resolución es muy delicada. Ejemplo: un náufrago disputa á otro la tabla de salvación, capaz para una sola persona; y apoderándose de ella violentamente le abandona á merced de las olas.

El fundamento jurídico del estado de necesidad en caso de conflicto de bienes de igual valor, en cuanto causa de exención de la responsabilidad, sería la inutilidad de la pena, pues esta no podría ejercitar ninguna eficacia intimidativa sobre el individuo que se encuentra bajo amenaza de un peligro inminente. Para otros la razón principal consiste en que este conflicto es ajeno al derecho y que, por consiguiente, el resultado de la lucha no es ni justo ni injusto, es indiferente ante la ley jurídica. Y, por último, también se ha justificado esta causa de exención haciendo notar que el estado no puede imponer el sacrificio á los ciudadanos que lleguen á encontrarse en esta situación particular. Los únicos casos de necesidad admitidos por nuestro código, se encontrarán en los números 7.º y 10º del artículo 8.º

La teoría jurídica relativa á la obediencia debida se verá sabidamente expuesta en las páginas de Pessina (§ 75). Las disposiciones correspondientes de nuestro Código se encontrarán en el núm. 12 del artículo 8.º

Pasamos á estudiar las causas de no imputabilidad. Comenzamos por la edad. Sobre su fundamento como causa de no imputabilidad nos remitimos á cuanto expone Pessina (§ 80 y siguientes). Los tres períodos de edad de que habla este autor han sido acogidos por casi todos los Códigos y reconocidos por los criminalistas. Mas hoy ha cambiado el punto de vista que preside al tratamiento jurídico de los menores respecto de éstos, considérase hoy la pena tan sólo como una medida punitiva y educativa enteramente desprovista de carácter represivo. Esto ha producido como consecuencia la abolición del examen de discernimiento de los menores imputados que se ha sustituido por la supresión de procedimientos educativos y tutelares. Otra consecuencia ha sido el retraso constante que se observa en las legislaciones de la mayoría penal, es decir, el retraso de la edad durante la cual los niños



no pueden, en modo alguno, ser objeto de medidas de carácter penal. Esto prueba que el Derecho penal reviste respecto de los menores caracteres completamente diversos de los del Derecho penal que se aplica a los adultos; es más, pudiere decirse, como alguien ha dicho con ticia, que los niños han salido del Derecho penal. Las disposiciones relativas á la edad están contenidas en los núms. 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> del art. 9.<sup>o</sup> y en el núm. 2.<sup>o</sup> del art. 9.<sup>o</sup>

● Sobre el influjo de la vejez como causa de modificación de la imputabilidad, la gran mayoría de los autores creen que no debe tenerse en cuenta; otros, muy pocos, piden que no se abandone en absoluto la consideración de esta circunstancia que en algunos casos exigirá la imposición de un tratamiento penal especial.

● El sexo femenino, según la opinión de Pessina, no puede considerarse como causa modificativa de la responsabilidad. Por algunos autores, citados por Pessina, se ha sostenido la tesis contraria. También se ha hecho una distinción según la clase de los delitos, y se afirma que en aquellos de mera creación política puede sostenerse la menor imputabilidad de la mujer; pero en las infracciones naturalmente ilícitas, su responsabilidad no experimentaría ninguna atenuación salvo en determinados casos prácticos, cuya apreciación se dejaría al arbitrio del juez. Lo dispuesto en la legislación penal española referente á esta cuestión se hallará en los arts. 96 y 105 del Código penal.

● La escuela positiva que ha estudiado cuidadosamente las cuestiones relativas á los alienados criminales ha consagrado una extraordinaria atención á la investigación, desde el punto de vista criminológico, del denominado loco moral. La locura moral, ya congénita, ya adquirida, aparece como la ausencia ó la atrofia del sentido moral coexistente con una aparente integridad de las facultades intelectuales. Junto al loco moral, considera desde el mismo punto de vista otros tipos de alienados: idiotas, imbéciles, maníacos, etc., y, por último, un gran grupo de seres anormales é imperfectos que, fluctuando entre la razón y la locura, se hallan mentalmente, en lo que se ha denominado zona media. Todos estos anormales cuando delinquen ó son peligrosos están comprendidos dentro de lo que esta escuela denomina criminales alienados.

La alienación mental puede dividirse en dos grandes grupos: la imbecilidad y la locura, propiamente dicha; la primera consiste en la falta de desarrollo de las facultades mentales, y comprende el idiotismo y la imbecilidad, propiamente dicha; la locura es una perturbación de las facultades mentales después de haber llegado á su completo desarrollo, y se subdivide en demencia y en manía.

Estudiando la imbecilidad, en general, desde el punto de vista de la responsabilidad, debemos fijar nuestra atención en los tres grupos en que se clasifican estos degenerados: extrasociales, asociales y antisociales. Los dos primeros grupos están desde luego fuera de la imputabilidad; la tercera categoría, la de los antisociales, comprende los locos morales, seres peligrosísimos, pero moralmente irresponsables. Sin embargo, es muy difícil en la práctica distinguir el loco moral irresponsable del delincuente responsable.

En el estudio de la locura, propiamente dicha, al considerar el grupo de los dementes, es de interés considerar los efectos de la denominada parálisis general progresiva que en sus comienzos tiene gran in-



res para el criminalista, no sólo porque el paráltico se siente inclinado con frecuencia á delinquir, sino también por la dificultad del diagnóstico, dificultad que en muchos casos ha determinado lamentables errores judiciales. En aquellos casos en los que la alienación se aparece de un modo cierto, desaparece por completo la responsabilidad basada en la libertad moral.

En los maníacos también es difícil pronunciar un diagnóstico exacto, porque en la mayor parte de estos casos, las facultades mentales funcionan normalmente fuera del tema que caracteriza el delirio; así muchas veces pueden confundirse con individuos normales. Antes se declaraba irresponsables solamente respecto de aquellos actos cometidos bajo el influjo del delirio, hoy la opinión dominante es favorable á su completa irresponsabilidad. Respecto de la denominada locura alternante ó circular, sosteníase también antes como opinión corriente, que los actos ejecutados en los intervalos lúcidos eran imputables; pero en la actualidad se considera que aun en estos casos, la responsabilidad desaparece por completo, porque entonces la alienación cesa solamente en sus manifestaciones exteriores, pero persiste en la intimidad del individuo.

Tampoco es imputable ni responsable el individuo atacado de impulsiones irresistibles, formas que á veces reviste la alienación mental, como la piromanía, la kleptomanía, la dipsomanía, etc. Lo mismo puede decirse de los epilépticos; éstos también son irresponsables, tanto los afectos de crisis convulsivas como los ataques de la llamada epilepsia larvada que se manifiesta sin convulsiones. Los histéricos sólo se les considera irresponsables en los casos de histeria grave.

Las legislaciones siguen diversos sistemas al regular esta causa de irresponsabilidad. Unos dan una definición más ó menos precisa de la locura; otros dicen solamente, que los locos son irresponsables; en otros, se establece que los estados de inconsciencia y de alteración masana de la mente excluyen la responsabilidad. Nuestro Código conagra á este problema el núm. 1.º del art. 8.º

Así como entre la completa normalidad de las facultades mentales y la alienación mental existe una serie de grados intermedios, piden algunos criminalistas que se admita también una serie de grados intermedios entre la responsabilidad completa y la irresponsabilidad. Esta tesis tiene adversarios que sostienen que en cuanto hay una lesión en la inteligencia, la responsabilidad debe desaparecer por completo; que los delinquentes de responsabilidad atenuada no son más que una variedad de los criminales. Unos quieren que á estos delinquentes semilocos se les impongan penas atenuadas que cumplirían en establecimientos, mitad hospital, mitad prisión; otros, considerando el gran peligro social que estos degenerados representan, piden su internamiento hasta su curación, en establecimientos adecuados. La tesis de la responsabilidad disminuida, produciendo como consecuencia la imposición de penas atenuadas, ha sido acogida por algunas legislaciones. El Código penal de la Marina de guerra también la admite (art. 13, núm. 6).

La deficiencia de la forma en que tienen lugar los peritajes médico-legales, ha causado y causa numerosos errores judiciales. Por esta causa se ha pedido, y se pide, por médicos y juristas que estos peritajes se perfeccionen, y que los Jueces y Magistrados reciban una cultura psiquiátrica elemental, pero suficiente para precisar cuando es necesario el examen mental del imputado.

También se agita hoy con fuerza la creación de establecimientos



especiales para los locos delincuentes, pues el régimen hasta hoy seguido en muchos países que consiste en el internamiento de estos desventurados en manicomios comunes, no es suficiente para preservar a la sociedad del peligro á veces formidable que estos seres constituyen. Unos son partidarios de la creación de manicomios criminales, otros se deciden por asilos anejos á las prisiones, y otros, por secciones especiales en los manicomios comunes.

● La embriaguez y el alcoholismo pueden, también, ser causa de la desaparición de la imputabilidad. Contra el criterio clásico, dominante hasta ahora, que proclamaba la completa imputabilidad en caso de embriaguez completa, ha protestado Garofalo, quien creyó que la embriaguez no deforma el carácter del ebrio, pide se le declare siempre responsable. Los grados de la embriaguez y la responsabilidad correspondiente se verán en las páginas que Pessina dedica a esta materia (§ 91). Una teoría que hoy tiene muchos partidarios, exige al ebrio responsabilidad criminal; pero esta responsabilidad no es dolosa, sino culposa. El ebrio, dice esta teoría, no es responsable de sus actos, pero es responsable de su embriaguez, sabía y debía prever los peligros de dicho estado y no los ha previsto, por tanto, sabe responsable de su negligencia y de su imprudencia y debe ser castigado con una pena. Así, los hechos realizados bajo el influjo de la embriaguez, se castigarían como hechos culposos, no como hechos dolosos.

Un problema de interés que surge al estudiar esta causa de exención es el relativo á la consideración que merece la embriaguez premeditada, es decir, la adquirida incondicionalmente para cometer el delito bajo su influencia. Las opiniones son muy contradictorias; unos creen que esta embriaguez es dolosa; otros, creen que no lo es. La solución muy racional es la que resuelve que es dolosa en los delitos de omisión, en los delitos de acción cuando no es completa, es posible el dolo, si es completa, el dolo desaparece.

En las legislaciones actuales, pueden señalarse algunos Códigos que consideran la embriaguez, ya como causa de exención, ya como causa de atenuación; otros, la incluyen dentro del amplio concepto de estados de inconsciencia, y otros, la comprenden dentro de la alienación mental. El Código español consagra á la embriaguez el artículo 6.º del art. 9.º

Hoy, en vista del gran peligro social que representa el alcoholismo y su funesto influjo sobre la criminalidad, existe una corriente cada vez más favorable á la reclusión de los delincuentes alcoholizados y de los que delinquen en estado de embriaguez, en asilos especiales. En muchos países están ya en vigor leyes que determinan el internamiento de estos individuos.

● Respecto del sonambulismo natural puede decirse que reina por efecto de acuerdo, no se consideran responsables los hechos ejecutados en tal estado; pero, se sostiene, que cuando el sonámbulo sabe que durante el sonambulismo ejecuta ó puede ejecutar hechos dañosos, debe ser responsable por negligencia.

El sonambulismo provocado ó hipnotismo, ha hecho aparecer en el campo jurídico algunos problemas que han interesado vivamente á los médicos y á criminalistas. El más importante es el relativo á las sugerencias criminales. ¿El hipnotizado á quien se sugiere la ejecución de un delito determinado, llegará á realizarlo por la sola potencia de esta sugestión? Una escuela médica sostiene la afirmativa; otros me-



cos defienden la opinión contraria. Según una opinión muy autorizada, la sugestión hipnótica de un delito sería posible teóricamente cuando el hipnotizador se dirigiese á un sujeto, no solo fácilmente hipnotizable, sino además desprovisto de sentido moral. Pero en el caso de que tal sugestión fuere posible, sólo el sugestionado sería jurídicamente responsable.

● La sordomudez en determinadas condiciones, puede ser causa modificativa de la responsabilidad. La opinión más generalmente aceptada es la seguida por Pessina (§ 88).

● La influencia de las pasiones sobre la responsabilidad, ha sido estudiada especialmente por Carrara que ha emitido una teoría muy conocida. Las pasiones, dice, pueden dividirse en ciegas, en razonadoras. Aquellas, provienen del miedo causado por la amenaza de un mal anulan ó disminuyen el libre arbitrio, y, por consiguiente, la imputabilidad; éstas, nacen de la apetencia de un bien, y no tienen influjo alguno sobre la responsabilidad. La teoría que hoy va adquiriendo mayor difusión, distingue los móviles de la pasión, respecto de los móviles morales y sociales, declara la irresponsabilidad, en el caso de móviles inmorales ó antisociales, la responsabilidad es completa. En nuestro Código, la emoción y el ímpetu pasional se consideran en los números 4.º, 5.º y 7.º del art. 9.º, y en los arts. 424, 425 y 438.

● La ceguera no puede considerarse como causa modificativa de la responsabilidad, pues el ciego, aun cuando está segregado del mundo físico no lo está del mundo moral.



## CAPITULO V

De la acción humana como materia de la violación  
del derecho, considerada del lado externo  
de la ejecución.

### I

*Del obrar criminoso visto del lado de la cantidad, ó sea de la  
consumación y del conato (1).*

«De que las leyes no castiguen la acción, no debe deducirse que un delito iniciado con algún hecho que manifieste la voluntad de realizarlo no merezca una pena, aunque menor de la correspondiente á la ejecución misma del delito.»

*Beccaria: «Del. e pen.», § 80.*

§ 96. Los propósitos contrarios á Derecho, aunque pueden constituir un hecho inmoral, no son verdaderas violaciones de

---

(1) *Bader: «De conatu punibili». Francf. 1646. — Dilherr: «De conatu poenae secundum naturam et voluntaria jura incurrente». Alton. 1648. — Ch. Schlegel: «De put. de conatu». Jen. 1687. — G. A. Hoyer: «Diatriba de conatu». Giess. 1687. — A. G. Turcke: «De maleficiis coëptis». Helms. 1690. — A. N. Suetner: «De imputate conatus in delictis». Leips. 1698. — Stok: «De conatu». Marb. 1693. — J. H. 1700. — «Tractatus de poena conatus». Francf. 1689. — Slavinsky: «De poena conatus». Biogiom. 1710. — H. Alter: «De poena cogitationum ad l. 18 D. de poenis». Brema 1710. — Tenzel: «De poena criminis imperfecti». Francf. 1780. — Vereyck: «De cogitatione a poenis libera». Lugd. Batav. 1780. — J. Ch. Jahn: «Harmonia juris nat. et nat. in doctrina de imputatione crim. attentati». Leips. 1784. — Brukner: «Dissertatio sistens crimen conatus». Jen. 1785. — Hertzog: «De crim. conatu». Jen. 1786. — J. Thomasius: «Problema juris crim. an poena delicti perfecti ordinaria puniendus sit conatus proximus». Leips. 1785. — Hoffmann: «De initiis delictorum». Teubing. 1768. — Hovius: «De poena conatus». Amsterd. 1774. — Van Hommel: «De cogitatione et conatu in poenalibus». Lugd. Bat. 1786. — Heidemann: «De conatu delinquendi». Hal. 1799. — Witzel: «Exposición sucinta de la diferencia entre los delitos preparados, comenzados y consumados, y de la pena aplicable á cada uno de estos casos» (alem.). Jena 1868. — F. Cropp: «Comentatio de præceptis juris romani circa puniendum conatum delinquendi». Heid. 1813. — De Bruin Nurgard: «Dissert. de conatu delicti ejusque poena». Gotting. 1817. — F. Lefebure: «De conatu delicti». Gaud. 1820. — B. A. Wintgens: «De conatu delinq. ejusque poena». Groning. 1821.*



Derecho, porque éste es la ley moral en sus relaciones con la actividad del hombre independientemente de las relaciones de la ley natural y la pura voluntad en las intimidades de la conciencia: por lo que es unánime principio de las legislaciones y de la ciencia, que la volición del delito, el simple propósito criminoso no constituye el delito mismo, sino que es preciso que aparezca un obrar externo anti-jurídico. *Cogitationis poenam in foro nemo patitur*, dijo Ulpiano (1). La realización del propósito criminoso es una modificación que se lleva á la realidad exterior por la actividad humana, y significa que ocurre algo á consecuencia de la determinación volitiva, esto es, que se da un *eventus*, sin el cual la *cogitatio* no llega á ser objetiva ó real como *actio*. Cuando la fuerza de la voluntad impulsa á la actividad orgánica en la dirección de un fin determinado que forma el contenido de una volición, se verifica un hecho que de-

1. A. Philipp: «De conatu delinquendi». Lugd. Bat. 1822.—F. C. r. Faider: «De conatu delinq.», 2.ª ed., pen., scil. de conatu delinq. Traject. 1825.—Jordan: «De nonnullis controversiis ad doctrinam de conatu delinquendi spectantibus». Marb. 1826.—A. de Kettelhodt: «De consummatione delictorum in genere». Gotting. 1826.—Brouwer: «De conatu criminum ejusque puniendi ratione». Lugd. Bat. 1826.—Sanio: «Observationes ad L. Corn. de Sic. Regiom. 1827. p. 86, 116.—S. Wibergo: «De puniendi conatu delinq. secundum cod. poen. gallic.». Groning. 1828.—Werke: «Disert. de modo in punitione conatus delinq. servando». Gaud. 1828.—A. C. E. Lelievre: «Comm. jurídico de conatu delinquendi». Lovaina 1828.—G. Hiddema Jongema: «Quaestiones an delinquendi conatus poena sit afficiendus: si delinquens mutato consilio sponte a delicto absteineat?». Groning. 1826.—Wanderveen: «De conatu delinq. et quo ipsum delictum prorsus enosci nequit». Groning. 1832.—Hepp: «Delictum consummado y del comenzado» (alem.). Heid. 1827.—H. Luden: «De la tentativa de delitos» (alem.). Gotting. 1836.—Nicolini: «Del tentativo, Lezioni due». Napoli 1837.—Zacharia: «La doctrina de la tentativa de delitos» (alem.). Gotting. 1837.—Disertaciones sobre el conato N. Arch. de D. Crim.—Mittermaier: t. I, p. 163. II, p. 692; t. IV, p. 1: t. X, p. 136.—Seckendorf: t. II, p. 348.—Weber: t. IV, p. 24. Disertaciones en el Arch. de D. Crim. Nueva serie.—Hepp: 1836, p. 31 y 330; 1837, p. 333.—H. A. Zacharia: 1838, p. 221, 344 y 532.—Von Zirkler: 1839, p. 276 y 434.—Chap: 1842, p. 519 (Algunas de estas disertaciones se han traducidas al italiano en la «Raccolta di scritti germanici di D. Crim.» Livorno 1846).—Disertaciones de Mittermaier: t. I, p. 223, 253, 267.—di Zacharia: t. II, p. 150.—di Hepp: t. III, p. 33.—Pizzoli: «Dissertazioni sul tentativo», della Temi di Firenze 1858.—Krug: «La doctrina de la tentativa» (alem. en el *Rechtlexicon*). Leips. 1854.—Otto: «De la tentativa de los delitos» (alem.). Leips. 1854.—Carrara: «De conato e della complicità». Lucca 1860, 6.ª edic. Pisa 1870.—La Pagna: «Studi sul tentativo». Napoli 1861.—Chap: «Limite entre la preparación y la tentativa» (alem.). Leips. 1861.—Garnier: «Studi sul tentativo». Catania 1876.—V. Bar: «Doctrina de la tentativa de la participación en el delito» (alem.). Hannover 1869.—Hertz: «La tentativa en medios imposibles» (alem.). 1874.—Lammach: «El momento del peligro objetivo en la idea de la tentativa del delito» (alem.), 1879.—Cohn: «De la tentativa de los delitos» (alem.), 1880.—Van Buri: «Tentativa y causalidad» (*Gerichtsaal* 1880).—Garofalo: «Del tentativo criminoso con mezzi inidonei». Torino 1881.

(1) L. 18, De poenis.—Cf. 1, 53, D. de Verb. sign.—L. 16, §. 8, D. de poenis.



pende de nosotros y que consiste en dedicarnos á convertir en existencia objetiva el querer subjetivo; aquel esfuerzo nuestro constituye un *conato*. Ahora bien: cuando al conato para que la volición nuestra se traduzca en realidad de hecho corresponden las fuerzas externas que rodean nuestra fuerza orgánica, y aquella volición que impulsó al organismo se halla toda desenvuelta y realizada, de tal modo que lo *querido* llega á ser *cumplido*, cuando nuestro empleo para tal fin alcanza su meta en la victoria que nuestra actividad logra plenamente sobre las fuerzas circunstanciales; nuestro conato está coronado por aquel evento exterior que lo completa, la acción ha llegado *ad summum*, está consumada, consumada porque la tensión de nuestras fuerzas ha conseguido la realización de aquello que queríamos. Y si el contenido de nuestra volición ha sido una determinada violación del Derecho, un delito dado el cumplimiento de la volición toma el nombre de *maleficium consumatum* ó *consumación del delito*; la pena en tal caso debe aplicarse entera al hecho realizado.

§ 97. Pero cuando el conato no fué enteramente coronado por la victoria sobre las fuerzas circunstanciales, cuando lo ocurrido por obra del hombre no alcanza la meta de lo querido, queda el *conatus delinquendi*, el cual se distingue del mero propósito porque añade al simple querer un cierto obrar, pero se distingue también del delito consumado como el camino de la meta; es el *iter criminis*, tal como lo definía un antiguo jurisconsulto italiano, Andrea Alciato (1). Ahora bien: cuando se verifica este mero conato no hay guido de defecto, ¿hay delito? Y si lo hay, ¿tiene la misma intensidad que el delito consumado?

El Derecho se impone á la actividad del hombre, y regulando sus acciones le ordena el respeto de sus preceptos mandándole que no emplee su fuerza contra los mismos; el Derecho no sólo quiere que la vida, la libertad y la propiedad del hombre queden sin quebrantar, sino que no se haga nada por violar aquellos derechos aquí que los seres dotados de inteligencia y libertad tienen el deber jurídico de abstenerse de actos que tienden á negarlos. Por eso cuando el hombre pasa de la esfera interna de la voluntad á la esfera externa de la actividad y aparece su acción constituyendo

(1) *Aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est* Comm. ad l. 1. de Verb. sign. — Gandino distingue tres casos, á saber: 1.º, *qui cogitat et agit et perficit* (consumación); 2.º, *qui cogitat nec agit nec perficit* (mero propósito); 3.º, *qui cogitat et agit nec perficit* (conato).



conato de su fuerza para conculcar los preceptos jurídicos, aun cuando las fuerzas circunstantes no hayan sido vencidas por su actividad, ya que ésta ha quedado impedida y el intento no se ha cumplido como evento, hay siempre una violación de la autoridad del Derecho, pues mientras éste manda que no se obre en una dirección determinada contraria á sus mandatos, el hombre ha empleado sus fuerzas precisamente en aquella dirección, reuniéndose bajo su propia voluntad para realizar lo que la ley vedaba; y si bien el resultado no ha correspondido á la intención, si no se ha conseguido la victoria sobre el mundo exterior, hay sin embargo, un hecho que es contrario á Derecho; la desobediencia se ha verificado, violándose la obligación jurídica de respetar la vida, la propiedad y la actividad libre de los demás seres jurídicos.

Pero si hay realmente delito aun en el conato impotente, la cantidad de la violación jurídica en el conato no puede nunca equipararse á la cantidad de la violación jurídica en la plena consumación. El Derecho está violado por el *conatus*, pero solamente en una parte, en aquella de la obligación, permaneciendo todavía sano é incólume todo aquel orden de cosas amparado por el Derecho; mientras que en el delito consumado, no sólo se conculcó el puro deber, sino también la pretensión legítima que al mismo corresponde.

De todas estas consideraciones se deduce un principio incontestable: que *el conato de delito es también delito, pero de menor intensidad que el delito consumado*: así es que *el Derecho exige que sea castigado, pero de modo que no caiga sobre él la pena entera que ha sido establecida para la consumación objetiva*.

§ 98. Este principio ha ido encarnando poco á poco en el progresivo desarrollo de las instituciones penales. Los intérpretes antiguos fueron muy discordes al determinar el modo de considerar el conato por el Derecho romano. Algunos, como Alciato, sostuvieron que la doctrina romana era únicamente el castigo del delito consumado: otros, como Cujacio, Mattei y Gravina, afirmaron que era principio del Derecho romano la igual punibilidad de la consumación y el conato; y otros, por último, como Binkersoeckio y Tirapelleo, creyeron que el Derecho romano castigaba el conato excepcionalmente en algunos delitos determinados (1).

(1) Entre los escritores modernos se perpetúa esta discordancia, porque Cropp y Waechter siguen la opinión de Cujas, y la de Binkersoeckio, Heffter, Abegg, Wintermaier, Sanio, Lelièvre, Zacarias y Nicolini.



Nosotros tenemos un criterio particular sobre este punto, yendo que á pesar de la carencia de una doctrina general sobre el conato, pueden reconocerse en las fuentes del Derecho romano, las varias formas que adoptó la justicia penal, las siguientes determinaciones: 1) En los más graves entre los *delicta publica*, como el homicidio y el crimen de lesa majestad, en virtud del principio político ó de la intimidación, siempre que el propósito criminal fuese manifiesto, la acción reveladora de tal propósito por el conato que fuera en su contenido, era equiparada al propósito realizado. *Eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum jura puniunt* (1).—2) Con relación á los *delicta privata*, por el contrario, el evento realizado era condición esencial para la responsabilidad del agente. *Quid obfuit conatus cum iniuria nullum habuerit effectum* (2).—3) La noción del conato propiamente dicho según su justa apreciación, como punible pero con pena menor de la señalada para el delito consumado, empieza á presentarse en tiempo del Imperio, pues con respecto á algunos de los *crimina extraordinaria*, se hizo la distinción del delito perfecto y el imperfecto, siendo castigado éste con pena menor (3).

En el Derecho germano antiguo no encontramos con relación al conato, un sistema preciso ni estable; sin embargo; la mayor parte de las veces el conato era castigado, aunque con pena menor de la que se aplicaba al delito consumado (4). Carlo Magno reprodujo el concepto romano para el caso del homicidio (5).

El Derecho canónico, si bien con relación á los pecados que eran sometidos á penitencias y expiaciones puramente eclesásticas, consideró como pecado la simple voluntad de realizarlos, en los delitos propiamente dichos reprodujo el principio de la impunidad para la mera intención, y enunció como punibles algunos

(1) L. 5 pr. C. ad L. Jul. maj.—Cf. 1. 1. D. ad L. Corn. de Sic.—1. 7 C. de 1. 1. D. ad L. Pomp. de Parric.—1. 3, § 1: 1. 10 pr. D. ad L. Jul. de vi pub.—C. Th. ad L. Jul. de amb.—Paul. V. 25, 30.

(2) L. 1, § 2 D. quod. quisque.—Cf. 1. 21, § 7 D. de furtis.—1. 11, § 3; 1. 16.

(3) *Perfecto fingitio capite punitur; imperfecto in insulam deportatur*. 1. 1. D. de traord. crim.—Cf. 1. 19 pr. D. ad L. Corn. de falsis.

(4) Ed Rothar. c. I, ad XI.—Grag II, p. 7, 12, 128.—Lex Ripuar. LXXXII, 2, L. Sal. XX, 1. 11.—XXII, 1.—XLIV, 2, 3.—Lex Burg. XXXVII.—Lex Sax. 1, 8.—L. Fris. XXII, 83.—L. Baiuvar. II, 1 á 3.—IX, 4.—Lex Wisigoth. VI 1.—Sunesen V, 24 inf.

(5) *Qui hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit, ut homicida puniatur*. (Capital lib. VII, c. 212.—Walter: II, p. 732.)

(6) C. 23, 30, C. XXVIII, qu. 2 de penitent.



casos de conato en los que aparece ya una acción dirigida manifiestamente al delito (1).

En el antiguo Derecho penal italiano á comenzar del tiempo de los glosadores (2), salvo los casos de delitos atroces expresamente previstos por la ley (asesinato y lesa majestad), el que *cogitat el delictum nec perficit* (según la brillante locución de Alberto de Gandino), fué considerado como autor de mero conato y por costumbre general no era penado, ó á lo más sólo se le castigaba con una pena más benigna y extraordinaria (3). Más adelante, la Constitución imperial mitigió la pena del conato en los homicidios deliberados, conservándose sólo para los envenenamientos la severidad romana, la cual fué extendida bajo el imperio de los Virreyes á los homicidios por mandato y á los realizados con arma de fuego (4); pero fuera de estos casos, la Regia Cámara de Santa Clara conservó constantemente la doctrina italiana de la menor punibilidad del conato (5). Finalmente, Leopoldo de Toscana llegó á quitar la excepción de los delitos de lesa majestad á la regla general de la mitigación de pena para el delito no consumado. Esta benigna tradición italiana pasó por obra de los jurisconsultos á la jurisprudencia de los demás Estados, como sucedió en Francia (6), en Ale-

(1) Clem. tit. de poenis, c. I. — C. 4. Extravag. de judæis. — C. 2, C. 86, qu. 2. de X de raptu.

(2) *Ad quorum contrariorum solutionem sic distingue: aut quis cogitavit tantum delictum et ad actum non processit, et tunc non punitur, nam primi motus non sunt in potestate nostrâ; aut ad actum processit, et tunc aut perducit ad effectum et indubitanter punitur cum nova; aut non produxit, et tunc aut quia noluit et hoc casu ei parcitur; aut quia non potuit, et tunc aut erant atrociora et hoc casu punitur ac si ad effectum perduxisset, aut non erant atrociora, et hoc casu non punitur.* (Ad. L. 5 C. de episc. et cleric.)

(3) Baldo reprodujo el contenido de la Glosa (ad L. 5 C. de episc. et cler.). — Baldo dijo: *Ubi jure poena irrogatur oportet perfectum fuisse crimen* Gandino decía: *in generali consuetudine Italiae numquam actus vel conatus punitur nisi sequatur effectus* (de poenis reorum, n. 2, 199). J. Claro: *De consuetudine generali lex Cornelia de sicariis et venenis olim punientes effectum sunt sublatae.* — *Ego autem dico sic. Aut lex vel statutum aliquamodi atrocissimis expresse punit solum conatum, et servata est; aut non punit expressum conatum, et standum est generali consuetudine, nisi sequatur effectus* (Sent. V, n. 22). Farinacio, exponiendo el D. pen. ital. del siglo XVI, dice: *Non eadem poena ad inicium et extraordinaria imponenda est, etiam quod fuerit deventum ad actum proximum, de mente omnium* (De homic., qu. 124, n. 9). — Cf. Menoch. «De arb. jud.», qu. II, 40. — Areta: V, «Ex intervallo», n. 15, p. 163 — Vitalin: «De insultu», n. 15, p. 334.

(4) Pragm. neapol., Pragm. I, de assassinio.

(5) Nicolini: «Lezioni due sul tentativo» Napoli 1837.

(6) Jousse (t. 2.º, p. 369) declara que, según la antigua jurisprudencia francesa, el conato tenía señalada una mitigación de pena, y A. Traquello dice: *quod attentatum habentur pro consumato non est secundum rerum naturam atque veritatem, sed est ex fictione.* (De poenis temper., p. 153).



mania (1), en los Países Bajos (2), en Hungría (3) y en Rumanía (4).

En virtud del principio de intimidación, el Código francés de 1810 estableció aquella severa disposición que equiparaba la pena del delito imperfecto á la del delito consumado (art. 2º); pero esto fué un paréntesis momentáneo. En Italia, el Código napolitano de 1819 siguió las tradiciones de la doctrina antigua, y aun especificó con precisión eminentemente racional dos especies de conato admitiendo entre el conato en sentido estricto, esto es, *conatus inchoatus delicti* (*iter criminis*), y el delito consumado (*meta*), una especie de conato, que por algunos se llamó *conato perfecto*, por otros *consumación subjetiva del delito*, y al que Romagnosi fué el primero en dar el nombre de delito frustrado (*maleficio mancato*). En nuestra época los Códigos alemanes se han referido en este punto á la C. Carolina; y el Código de Luisiana, los Estatutos de New-York, los Códigos de Georgia, de Bolivia y del Brasil, el Código del Cantón de Vaud y muchos Códigos suizos, el Código español, las leyes de Malta y casi todas las otras legislaciones contemporáneas, unas más otras menos, han consagrado los principios que se hallan desenvueltos en el Código napolitano de 1819.

§ 99. Estos principios fueron admitidos también en varios Códigos de Italia hasta el de 1859. El mismo camino emprendió éste, mejorando las disposiciones referentes á este punto, y siendo modificado por el decreto de 17 de Febrero de 1861. El Código de 1859 empezó por poner una *noción general del conato punible*, la cual faltaba en el Código napolitano.

Efectivamente, reproducidas en su art. 96 las palabras del Código albertino y del estense, declaró que era punible cualquier conato (*tentativo*) de crimen ó delito que se haya manifestado en un principio de ejecución, si ésta fué suspendida ó dejó de producir su efecto sólo por causas fortuitas ó independientes de la voluntad del autor. Este concepto fué modificado por el decreto de 1861, ya que no pareció enumerar completamente todas las condiciones jurídicas de la punibilidad del conato. La noción que substituyó á la

(1) La Carolina, en el art. 178, señala una pena menor para el conato, y Carozio (r. I, qu. 17, n. 13, p. II, qu. 88) y Boehmer se atuvieron á sus preceptos.

(2) Damhouderio, declaró: *In atrocissimis delictis puniuntur delictum attemptum etiam si non sit secutus effectus*. (Prax. Crim.)

(3) Vuchetich: *Instit. Juris crim. hungarici*, p. 135.

(4) C. sueco, t. III, p. 197.



El Código de 1859, fué ésta: «Es punible el conato de crimen ó delito, cuando la voluntad de cometerlo se manifiesta con actos de ejecución, y ésta, por circunstancias fortuitas é independientes de la voluntad del culpable fué interrumpida ó dejó de producir su efecto».

El Código vigente, en el tit. 5.º del libro 1.º, que lleva por epígrafe *Del tentativo*, sin presentar un concepto general del conato, habla únicamente de las dos especies de conato que considera punibles, esto es, el *reato tentato* y el *reato mancato*, cuyas denominaciones como científicas, no emplea, pero delineando cuidadosamente los caracteres esenciales de una y otra forma del delito imperfecto. Dicen así los dos artículos de este título: «Art. 61. Aquel que con el fin de cometer un delito (*delitto* no *reato*), comienza por medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad no realiza todo lo que es necesario para la consumación del mismo, es castigado con la reclusión no menor de diez años, cuando la pena establecida para el delito sea el *ergastolo*, y en los demás casos, con la pena establecida para el delito, disminuida de la mitad á los dos tercios. Si voluntariamente desiste de los actos de ejecución del delito, queda sometido únicamente á la pena establecida para el hecho realizado cuando éste constituya de por sí un delito (*reato*)».—«Art. 62. Aquel que con el fin de cometer un delito (*delitto*), realiza todo lo que es necesario para la consumación del mismo, si ésta no ocurre por circunstancias independientes de su voluntad, es castigado con la reclusión no menor de veinte años, cuando la pena establecida sea el *ergastolo*, y en los demás casos con la pena señalada para el delito, disminuida de un sexto á un tercio». Los requisitos que se deducen de estas nociones, los veremos y analizaremos en el desarrollo de esta doctrina estudiada científicamente.

§ 100. La noción del conato fué puesta por Alberto Gandino, diciendo: *cogitat et agit, nec perficit*, declarando que en el conato hay delito, porque existe un propósito criminoso y una acción perversa encaminada á realizarlo, pero un *delito imperfecto*, porque mientras existe la volición criminosa, la ejecución no alcanza el contenido de la misma.

Esta noción se mostrará más clara descomponiéndola en sus elementos esenciales, cada uno de los cuales origina principios jurídicos. Estos elementos son tres:

- 1) Que haya voluntad de cometer un delito dado.



2) Que los actos de ejecución sean de tal naturaleza que fuesen precisamente esa voluntad determinada.

3) Que el efecto de la ejecución sea interrumpido por un hecho fortuito é independiente de la voluntad del criminal.

Estudiemos separadamente cada uno de estos elementos.

§ 101. La condición fundamental del conato de un delito es que este mismo delito haya sido propiamente el objeto de la intención del delincuente. *Conari*, esforzarse, tender á conseguir un fin, no se concibe si el hombre no se ha propuesto aquel fin previamente; así, si un hombre da un golpe á otro hombre y le herida del sólo hecho de la herida que expone á la muerte del herido puede deducirse que hubiera conato de homicidio, si antes demuestra que la herida se realizó *animo occidendi*, con intención determinada de matar. Con este principio, que no necesita demostración, se relacionan dos cuestiones: una, si cabe conato de delito culposo; otra, si en los delitos de sangre instantáneos puede darse conato de homicidio.

1.º Una vez reconocida la punibilidad de la culpa, se ha llegado al concepto del *delito culposo* sin fijarse en la impropiedad de la expresión; y por la confusión de las palabras se ha ido á la confusión de las ideas. Así, muchos jurisconsultos interpretaron literalmente la frase delito culposo, sin considerar que contiene una contradicción en los términos (no habiendo delito si no es voluntario) sostuvieron que el delito culposo, como todo delito, es susceptible de quedarse en un mero conato no seguido del evento; de aquí dedujo la noción de la culpa imperfecta (*culpa adtentata*), que mayor parte de los penalistas opinan debe desaparecer de la ciencia del Derecho penal. La esencia propia del conato está en el fin que supera al evento; la esencia propia de la culpa está en el evento que supera al fin; la culpa y el conato representan, por tanto, una antítesis perfecta, y por consiguiente, no pueden nunca penetrarse, sino que se excluyen recíprocamente. La culpa implica ó que no se tenía un fin doloso, ó que si se tenía se refería á un hecho menor agravado por la concurrencia de la culpa; si el evento no realizado no era conocido ni fué querido, falta lo que es propio de todo conato, no pudiendo suceder que el hombre se esfuerce en aquello que no quiere que se realice. El esfuerzo, el conato, el efecto de la voluntad, y faltando la causa debe igualmente faltar el efecto. Todo lo más que puede suceder es que el Estado, por medio de leyes ó disposiciones de policía, eleve á la categoría



delitos *sui generis* algunos hechos que suelen ser causa de males graves, castigándolos independientemente de las consecuencias que puedan traer. La punibilidad de la culpa arranca siempre de haberse realizado un hecho, que si bien no fué querido por lo mismo que no era previsto, fué consecuencia previsible de un hecho voluntario; y por eso, cuando el evento no previsto pero previsible, deja de realizarse, no hay culpa alguna que imputar al autor de aquel hecho del que podrían derivar las consecuencias previsible. Por lo tanto, no hay conato de delito culposo y la negligencia sin efectos funestos, sólo puede ser castigada por sí misma como delito *sui generis*, pero como delito completo.

2.º Algunos penalistas han creído que en los delitos realizados como efecto de una instantánea determinación de la voluntad, no puede admitirse una volición de delito mayor que aquel que se ha realizado como hecho completo; así por ejemplo, cuando ocurre una riña, y en el *calore rixe* se hiere al adversario, es preciso limitarse al delito de lesión corporal, sin que se pueda llegar á sostener que hubo conato de homicidio, pues el ímpetu inopinado y la confusión de defensa en que se encuentra el hombre, impiden que la fuerza de la voluntad se recoja sobre un objeto determinado; se tiene como punto de mira la persona del adversario, se le quiere causar algún daño, se tiene el *animus laedendi*, pero no puede existir el propósito especial de matar, no se tiene el *animus necandi*. Nosotros creemos que esta opinión debe entenderse dentro de ciertos límites; esto es, como advertencia al juez, pero sin considerar siempre y con excesiva ligereza como conato de homicidio cualquier delito de golpes ó heridas que ocurran en el calor de la contienda, sin establecer por esto un principio absoluto que excluya el conato de los hechos de ímpetu instantáneo. Para excluirlo absolutamente, sería preciso sostener que los hechos que proceden de una deliberación instantánea no son ni pueden ser hechos voluntarios. Pero si un homicidio se realiza en el calor de una disputa, ¿sostendremos siempre que no es ni puede ser voluntario? La riña excluye acaso la volición, si bien instantánea, de matar? El juez debe ser muy prudente en hechos de esta naturaleza; no debe es- pronto á reconocer la voluntariedad del homicidio para los delitos cometidos en riña, cuya advertencia es aplicable lo mismo en el caso en que á consecuencia de la riña quede muerto alguno, que cuando quede herido ó contuso; pero sin poder afirmarse absolutamente que la riña excluye toda voluntad concreta y determinada



de homicidio, y por eso que excluya todo conato de homicidio.

§ 102. El segundo elemento indispensable para la existencia del conato criminoso es el haber procedido á la ejecución del delito querido. La esencia característica del conato está en el comienzo de la actividad humana faltando la realización del evento deseado ó por mejor decir, *querido*: de manera que en el conato debe el sujeto propósito superar al evento, para lo cual es precisa una acción. Pero no toda acción merece el nombre de *conatus delinquendi*, sino que el hombre, después de haber querido acostumbra comenzar los primeros actos para dirigirlos al fin determinado de su intención. El hombre, cuando ha querido, no siempre halla posible la realización de su propósito: el que posee un arma y se propone sueltamente matar á otro, puede fácilmente emplear su actividad contra éste; pero el que no posea dicha arma ó la tenga estropeada y quiera también matar, debe empezar por proporcionarse el arma ó por hacer á propósito la que posea, para el fin á que aspira: esto es indudablemente un primer paso que debe dar en el camino al crimen que trata de realizar; es un acto que está con el delito en relación de medio á fin. Pero el proveerse de armas, si bien es una acción, ¿constituye acaso la acción de delinquir ó el conato de un delito? El acto que el hombre realiza procurándose armas tiene un fin próximo, cual es el de hacer posible y fácil la ejecución de un delito, pero no es precisamente el acto mismo de su ejecución. El delito preparado es un delito hecho posible, no real, y siempre que la actividad humana no pase de aquellos actos que hacen el delito posible y no real, el *conatus delinquendi* no aparece todavía. Así, el conato se distingue de la preparación como lo real se distingue de lo posible: en el conato, el delito llega á ser real; en la preparación, el delito no es más que posible; y un criterio práctico para distinguir los actos de preparación, de los actos constitutivos de conato, está en que las acciones de preparación no anuncian por sí mismas la intención de delinquir, sino que pueden ser consideradas como hechos inocentes que no van dirigidos

---

(1) «Intentar un delito no solamente es pensarlo ó deliberarlo, ó mejor dicho, decir que se ha pensado ó deliberado, sino que es poner en obra todo aquello que puede obtener la comisión del mismo. El manifestar el pensamiento y la deliberación de un delito, habiéndose desistido de llevarlo á su ejecución, ó sea la pretensión de querer cometerlo sin realizar ningún acto físico externo, no puede en ningún caso considerarse como atentado, ni castigarlo como tal». (Romero de *«Genesis del D. penale»*, p. 221, 222).



violar los preceptos jurídicos El proporcionarse un arma puede hacerse con un fin de defensa ó para ofender á otro: el procurarse un veneno, lo mismo puede ser medio dirigido al hecho inocente de la destrucción de insectos, que á la muerte de un hombre. Pero si un individuo armado se aposta frente á la casa de otro, ó se coloca en acecho y empuñando una escopeta cargada se dispone á dispararla contra otro hombre y al hacer esto falla el tiro, todos estos actos anuncian un delito, ya determinado ya indeterminado, por eso constituyen un *conatus delinquendi*. Esta distinción así afirmada conduce á una conclusión, cual es, la de que la preparación del delito está exenta de castigo, porque todavía no constituye la aparición del hecho criminoso: falta la realidad del delito, no sólo como evento, sino también como conato, y la acción que se limita á preparar el delito se somete al mismo principio de la impunidad del propósito criminoso. No es esto decir que la preparación sea lo mismo que el simple pensamiento, puesto que en aquella hay ya una acción exterior; pero precisamente porque esta acción no revela por sí misma la realización de un propósito criminoso, pudiendo dirigirse también á fines inocentes, lo mismo puede considerarse preparación de un delito, puesto que de otro modo se conoce el propósito criminoso. La preparación no es, pues, conato ante el Derecho. Este principio viene á afirmarse en la legislación italiana vigente, al decir el art. 61: «Aquel que con el fin de cometer un delito comienza con medios idóneos su ejecución...», y el 62: «Aquel que con el fin de cometer un delito realiza sólo lo que es necesario para la consumación del mismo...» La ejecución manifiesta el conato, sino que es el conato: lo que se manifiesta en la ejecución es el propósito criminoso. Además de esto, la frase principio de ejecución podría ser interpretada en varios sentidos, y en cierto punto podría significar el aparecer del delito.

Sin embargo, hay algunas acciones preparatorias que por lo mismo que suelen revelar un ánimo dispuesto á delinquir amenazan la tranquilidad social é individual, violando ya el Derecho de la seguridad pública ó privada. Tal es, por ejemplo, el llevar armas prohibidas, el fabricar ganzúas ó llaves falsas, el urdir una conspiración política (1), la formación de una asociación permanente para delinquir, etc., hechos todos que la ley puede con ra-

(1) Art. 134, Cód. pen. ital. vig.



zón, elevar á la categoría de delitos; pero son delitos *sui generis* hechos punibles por sí mismos, que propiamente no constituyen conato de otro delito.

§ 103. Cuando se ha formado el propósito criminoso, de la naturaleza del delito que se quiso realizar depende la mayor ó menor serie de actos para llegar al último evento á que se aspira. Algunos delitos, como la injuria y la amenaza, no necesitan una serie de actos, porque la palabra está pronta al servicio de la voluntad á la que inmediatamente se halla subordinada.—Pero hay delitos que por su propia naturaleza exigen la concurrencia de varios actos como el hurto, para el cual es preciso que se coja la cosa mueble ajena y que se la lleve del lugar en que estaba á otro desconocido para aquel que la poseía. De aquí se desprende que en muchos delitos, entre el *conatus* y la *summatio* se presenta como un *iter*, desde el primer acto con el que un hombre se prepara á delinquir y hasta la ejecución, hasta aquel otro en que se completa el esfuerzo de su actividad, no quedando por hacer más que la realización material del evento *queri lo*. Por eso es menester especificar los momentos posibles de este *iter criminis*, que constituyen las varias especies del conato.

La primera distinción se presenta entre el *conatus perfectus* y el *conatus imperfectus*. En el conato, por lo mismo que lo es, hay siempre un *crimen imperfectum*; pero considerado en sí mismo el conato puede ser perfecto é imperfecto. Cuando los medios de acción están en inmediato poder del agente y el hecho criminoso es simultáneo con la injuria, el conato perfecto se identifica y confunde con el evento mismo; cuando los medios de acción exigen una influencia sobre las fuerzas circunstantes, entonces ya puede presentarse el conato perfecto sin evento, porque es muy posible que el hombre haya recorrido toda la serie de los momentos de ejecución y que le quede por hacer nada para que el evento se realice, en cuyo caso el conato se dice perfecto. En este último, la actividad subjetiva está toda agotada, puede decirse que el delito está consumado *subjetivamente*, y si no se ha consumado objetivamente, procede á decirse que el evento deseado ha *fallado*, se ha frustrado; así por ejemplo un tiro disparado á poca distancia y con proyectil propio para ocasionar la muerte, si falla, es *homicidio frustrado* si había intención de dispararlo contra una persona cualquiera. Este conato perfecto se ha llamado *consumación subjetiva* del delito, *maleficio mancato* en Italia, *delito frustrado* por el Código español. Pero es también



que no se haya recorrido todo el *iter criminis*, y en este caso existe el conato incompleto ó imperfecto (1).

Hay que hacer además una segunda distinción. En la serie de momentos que constituyen la vida del delito, por su mayor ó menor distancia á la *meta optata criminis*, el conato incompleto se distingue en *conatus proximus* y *conatus remotus*. El *conatus proximus* existe cuando se necesita algún otro hecho para completar la serie de momentos de que el delito consta: la ejecución ha comenzado, pero se ha interrumpido antes de que se cumpla el último acto de consumación. El *conatus remotus* existe cuando se ha comenzado en una especie de *conatus* alguno de aquellos hechos necesarios para que se verifique el *conatu proximus*. Un criterio práctico para distinguir el conato próximo del remoto está en que en el primero los actos son suficientes para demostrar la intención de realizar un delito dado, al paso que en el segundo no aparece el acto de prepa-

(1) Carrara propone una división tripartita, al decir que además del conato imperfecto ó tentativa (*reato tentato*), es preciso distinguir el *conato perfetto* de los antiguos (esto es, aquel en que el agente ha hecho *por su parte* todo lo que falta y el *delitto mancato*, según la locución de Romagnosi, esto es, aquél en que se agotaron realmente de un modo idóneo todos los actos necesarios para la consumación del delito, incluso aquellos en los que se hallaba el momento consumatorio, y sin embargo, el evento no se realizó por mero caso fortuito. Para distinguir el conato perfecto, del delito frustrado (*delitto mancato*), Carrara presenta el caso del envenenamiento. El envenenador, dice, puede echar la sustancia venenosa en la comida mientras ésta se halla en el fuego, y en este caso, hay otro delito, no suyo sino de otras personas, necesarios para que el envenenamiento se verifique, pues es preciso que se lleve la comida por una persona inconsciente á aquella á quien el veneno está destinado. Nosotros creemos que es preciso no confundir que también los *actos negativos* constituyen un modo de obrar; y por eso, en el caso supuesto por Carrara, el hecho de envenenar la comida en un momento muy anterior al de servirla y sin que el cocinero lo advierta, será tentativa ó delito frustrado según los momentos posteriores. Cuando el envenenador sea sorprendido en el acto de echar el veneno ó se descubra éste antes de servirlo por otra persona, consciente ó inconscientemente, á aquélla á quien es destinado, hay tentativa de envenenamiento; cuando, por el contrario, no se ha descubierto la intención del envenenador y la persona á quien el veneno se dirige lo ha ingerido en su organismo, si á pesar de ello se salva, existe delito frustrado, porque no bastaba para el delito el primer hecho positivo de echar en la comida el veneno sin los actos posteriores y encaminados al mismo fin de probar la existencia del veneno, de no impedir que fuera propinado, de no advertir á los demás, etc. Pudiendo manifestarse la actividad del delincuente bajo la doble forma de hechos positivos ó negativos, no admite otra distinción que la que se ha dado en la comisión del hecho: en la actividad agotada está el delito frustrado; en la actividad no agotada está la tentativa. Y debe decirse que la actividad se halla agotada cuando se ha realizado aquel hecho que es idóneo y sería suficiente por sí mismo para la consumación del delito, si no hubiera sido á impedirla un caso fortuito. (Cf. *Observ. de Carrara, sul Progetto di cod. pen. ital. Raccolta dei suoi opuscoli.*)



ración, el cual puede ser hasta inofensivo, sino un acto que si bien no anuncia un delito determinado, indica al menos el delinquir en general. Así por ejemplo, el escalar un domicilio ajeno es un conato remoto, porque indica que se quiere delinquir contra aquel que reside en el domicilio escalado, pero sin que especifique la clase de delito que se trata de cometer. Por el contrario, el armarlos después del escalamiento, el recoger objetos preparados para huir con ellos, son actos que revelan ya el propósito del delito determinado, cual es el hurto. Detengámonos ahora en el *conatus remotus*.

§ 101. El conato remoto tiene en la ciencia y en el foro un nombre especial, el de *atentado* (*attentato*), del que dice muy acertadamente Nicolini, que es un *conato de conato* ó preparación de aquellas operaciones que constituyen el conato propiamente dicho. En el *atentado* ó conato remoto nos encontramos manifiesta la intención de delinquir; pero este delinquir es todavía abstracto, es obrar que indica la voluntad de realizar una acción contraria al Derecho; por eso será preciso conocer por conducto distinto del acto realizado, cuál era el propósito criminoso especial que guiaba al agente, ya que lo ejecutado no basta para dar á conocer su intención concreta: en suma, el atentado revela la voluntad de delinquir, pero sin determinar cuál sea propiamente el delito á que se tiende. Por esta razón, el *atentado* debe ser eliminado del número de conatos punibles, porque le falta la específica y concreta determinación del delito á que se refiere. Solamente en algunos casos de grave peligro social, el *atentado*, como amenaza de daño inminente, es ya por sí mismo una lesión al derecho de seguridad pública y privada, y como tal, puede ser elevado á la categoría de propio delito. Así, el penetrar furtivamente ó por violencia en domicilio ajeno, los primeros actos de violencia por un motín popular, una agresión á la persona del jefe del Estado, una revolución que empieza por derogar la Constitución política, son hechos justamente punibles; y aquí conviene recordar las palabras que Salustio pone en boca de Catón en la Conjuración de Catilina: *Hoc nisi provideris ne eveniat, ubi evenierit frustra judicis implores*. Pero estos casos excepcionales deben ser delitos *sui generis*, en sí mismos considerados é independientemente de la realización del evento á que el delincuente tendía (1). La regla general

(1) *Qui furti faciendi causa conclave intravit nondum fur est, quamvis furandi causa*



es: pues, la impunidad del atentado ó conato remoto; por eso empieza la penalidad del conato cuando éste se halla próximo á ser perfecto, esto es, cuando se haya realizado un *conatus proximus delinquendi*. Y esto no sólo es teorema científico, sino que halla su confirmación en la ley positiva, pues que los artículos 61 y 62 ambos empiezan: «Aquel que *con el fin de cometer un delito...*» E *atentado* en su propio significado, esto es, como conato remoto, sólo excepcionalmente se castiga en los casos expresamente determinados por el mismo legislador, como por ejemplo, en los delitos contra la vida del Estado, mientras que es conato punible el conato próximo, el cual ha recibido en la cátedra y en el foro el nombre de *tentativa (reato tentato)*.

De todo lo dicho se deduce que únicamente dos especies de conato son punibles: el *conato próximo ó tentativa*, y el *conato perfecto ó delito frustrado*.

§ 105. La última condición necesaria para que se dé el conato, es que el impedimento para la consumación objetiva, esto es, para la realización del evento querido, provenga de cualquier contingencia que se sobrepone á la fuerza de la actividad humana. Con esto se relacionan dos afirmaciones: 1.<sup>a</sup> La relativa á la no delincuencia del conato de un mal imposible de realizar; 2.<sup>a</sup> La referente á la no delincuencia del conato cuando su autor desista de él voluntariamente.

1.<sup>o</sup> Hay eventos que no dependen de la voluntad humana y para los que el Derecho es indiferente. Una de las notas características de la esfera jurídica, es el poner en la facultad humana la realización material de un evento, en cuanto éste es posible ó se manda por la ley si es necesario á los fines de la vida humana individual ó social, ó se prohíbe si es contrario á estos fines; el axioma jurídico *ad impossibilia nemo tenetur* es una aplicación de semejante principio. De él se deduce también que el Derecho no prohíbe sino aquello que siendo posible al hombre no debe ser hecho, como contrario á las leyes fundamentales del orden social; y la ley, en armonía con el Derecho, sólo veda los hechos posibles al humano obrar, no aquellos que encuentran un obstáculo suficiente en la naturaleza misma de las cosas. Si el hombre se esforzara pues, en hechos imposibles, por mucha inmoralidad interna

*intravit. Quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique injuriarum aut de vi accusabitur. L. 21, § 7, D. de furt.*



que este esfuerzo revele, el Derecho nunca será violado. Así, por ejemplo, el Derecho no necesita mandar que el hombre se abstenga de pedir á la Divinidad la destrucción de otro hombre; el Derecho no necesita mandar que el hombre se abstenga de hacer sortilegios para la esterilización de un terreno ajeno, porque el hombre con estos actos manifiesta una intención perversa é inhumana, pero la imposibilidad de suceder que la Divinidad ceda á un malvado ruego, ó que el sortilegio llegue á producir el efecto apetecido, pone estos actos fuera del círculo de aquellos hechos que siendo posibles al hombre y contrarios á las necesidades de los demás hombres, deben ser vedados. No estando, pues, comprendidos en la prohibición jurídica los hechos imposibles, no pueden ser materia de un *conatus delinquendi*, ya consista esta imposibilidad en el fin que uno se proponga, ya en los medios adoptados: el hecho de dar de puñaladas á un hombre muerto creyéndolo vivo, es conato vano por la imposibilidad del fin: el suministrar azúcar para envenenar á otro, es conato vano por la imposibilidad del medio.

Por eso si la realidad del evento cumplido no es bastante por sí para considerar la existencia de un delito, la posibilidad de éste es necesaria para que el conato pueda ser punible. Sin embargo, para quitar el conato el carácter criminoso, la imposibilidad del evento debe ser una imposibilidad absoluta, no una imposibilidad relativa, esto es, una imposibilidad que según el modo de ser general de las cosas no pueda vencerse, y no ya una imposibilidad momentánea, accidental, por la concurrencia de circunstancias fortuitas. Si un hombre dispara un arma de fuego contra otro y éste se salva dando un salto, el primero ha empleado un medio que por sí mismo era suficiente según el modo de ser ordinario de la realidad, y hubiera sido causa de muerte á no haber existido la circunstancia favorable de un salto oportuno. Pero aquel que á una distancia mucho mayor que el alcance del arma de fuego que emplea, la dispara, realiza un conato de homicidio, pero un conato vano por la absoluta imposibilidad del medio.

Con este punto se relaciona una cuestión teórica y práctica de no escasa importancia por las discordes opiniones á que dió lugar: tal es, la de si puede castigarse, ya como conato de un delito, ya como delito *sui generis*, el hecho de aquel que habiendo preparado medios eficaces y suficientes, con voluntad de cometer un delito, viene después á realizar la acción crimিনosa usando medios inido-



neos para su consumación, ya sea por error, ya por imprevisto accidente, ya por obra de otro. El vigente Código italiano, en su art. 367, referente al homicidio que no se realiza *por causas sobrevenidas e independientes del hecho del agente*, disminuye la pena señalada. Además, el art. 61 que habla de la *tentativa*, dice: «Aquel que con el fin de cometer un delito, comienza su ejecución con medios idóneos...»; y el 62: «Aquel que con el fin de cometer un delito, realiza todo lo que es necesario para su consumación. .» Es indudable que el hecho, tal como se ha determinado, no contiene los elementos esenciales del conato criminoso, pues se compone de dos momentos cada uno de los cuales excluye la esencia del conato. El primer momento, que consiste en reunir medios idóneos, no es todavía un principio de ejecución, sino más bien una preparación de delito; y el segundo, entra en la categoría de los conatos de cosa imposible, por la insuficiencia del medio empleado. La ejecución, en el verdadero sentido de la palabra, falta, pues, y no puede decirse que haya empezado siquiera, porque no hay comienzo de aquello que es imposible de realizar. Por otra parte, no hay diversidad de condición psicológica entre aquel que desde un principio prepara medios ineficaces, y aquel otro que habiendo preparado el delito con medios idóneos, en el momento de la ejecución emplea medios que no pueden conducir á la realización del fin criminoso, pues ambos están en el error de creer que pueden conseguir lo queriendo usar medios eficaces y suficientes. La única diferencia entre ellos está en que uno, el que se proporcionó medios idóneos ha preparado el delito, mientras que el otro no lo ha preparado siquiera, porque la imposibilidad, precisamente por serlo, es negación de la preparación dirigida á hacer posible el delito. Esta condición de cosas produce como consecuencia que el hecho no podrá ser penado ni aun como delito especial, *sui generis*, porque la regla general es la impunidad de los actos preparatorios, y no hay razón alguna que pueda justificar la excepción cuando los medios suficientes únicamente fueron preparados. Se dirá acaso que existe la voluntad criminoso y que de ella existe una prueba en el hecho de preparar medios inidóneos creyéndolos idóneos, y que el impedimento para la realización del evento es una causa distinta de la voluntad del agente, esto es, una contingencia; pero esto diremos que el impedimento fortuito precede al hecho de la ejecución, y está entre la preparación y la ejecución, siendo de la naturaleza que hace imposible toda ejecución, y que por con-



siguiente (puesto que no hay conato sin ejecución), hace impune todo conato. El impedimento fortuito para hacer punible el conato, debe realizarse entre la ejecución comenzada y la *consummatio delicti*, y no proceder á la misma ejecución.

2.º Cuando el propósito criminoso se pasa á la ejecución, por el *eventus delicti* no se realiza por voluntad del mismo agente, el conato cesa de ser punible, porque entonces ocurre lo que en el mundo físico, esto es, que dos fuerzas iguales y contrarias se destruyen: la actividad crimিনosa está negada por aquella otra actividad que impide la violación del Derecho; el delito, en lugar de aparecer como realidad concreta, ha sido negado, y por eso no necesita aquella negación del delito que viene como remedio después de su aparición y que consiste en el hecho social de la pena. Así encontramos en las varias legislaciones antiguas y modernas el axioma de que *el arrepentimiento hace impune el conato* (1).

Con este principio se relaciona una porción de consideraciones:

A) No es necesario que el hecho con el cual el delincuente abandona la actividad crimিনosa con otra actividad provenga de una intencionalidad pura de moralidad, como efecto de una regeneración moral, de un arrepentimiento interno. La justicia penal, como una de las formas del Derecho, debe considerar las acciones, no debe hacerse cargo de la intención, ó por mejor decir, de los motivos de las acciones; y como el Derecho no debe investigar si aquellos que se apartan de la comisión del delito lo hacen *formidine poenae*, *virtutis amore*, así de igual modo cuando el que ha empezado á realizar un delito impide por sí mismo que el *intento criminoso* llegue á ser *evento criminoso*, la ley debe sólo atender á esta actividad que se manifiesta contra el propio hecho, sin tratar de indagar la intención con que en el fuero interno se proceda.

B) Dos condiciones son precisas en este apartamiento del delito para hacer impune el conato criminoso. Una es su eficacia para impedir que el delito se realice en aquel evento que constituye la sustancialidad concreta del mismo, pues de otro modo habría una mera inconstancia con un arrepentimiento inútil. Otra, que el hombre no haya sido obligado por las contingencias sobrevenidas; así por ejemplo, aquel que después de haberse introducido en una casa ajena y haber hecho un fardo de objetos, al oír los gritos de

(1) *Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio poenitentiae absolventur.* L. 19 pr. D. ad L. Corn. de fals.



los vecinos, ó al notar que se acerca la fuerza pública abandona lo robado y huye para salvarse, no puede decirse que al abandonar el fardo se haya abstenido de delinquir, ni que por esta retirada deba quedar impune su conato. La voluntad de apartarse del delito debe estar libre de toda coacción material ó moral en el hecho de la abstención, sean cualesquiera los motivos con que se obre para que pueda decirse que la delincuencia del conato desaparece por un impedimento que radica en la misma voluntad del agente.

C) Si es verdad que *quod factum est infectum fieri nequit*, cuando en el conato de un delito dado la actividad humana ha consumado ya otro delito, debe siempre responder de éste: su abstención le favorece para aquel *eventus criminis* que no se realizó ni se quiso continuar, pero no para aquellos hechos independientes ya consumados, que por sí mismos tienen el carácter de verdadero delito (1).

D) El retirarse de la comisión del delito que hace impune el conato, puede ocurrir, no sólo en el conato imperfecto, sino también algunas veces en el perfecto, pues que no sólo el agente puede interrumpir el curso de la acción criminosa; si su actividad está agotada, sin que el efecto exterior de la misma se verifique inmediatamente, este efecto puede ser alguna vez impedido con algún hecho suyo voluntario. Así, por ejemplo, después de propinar un veneno, puede un antídoto neutralizar su eficacia; por eso si el extrínsecador suministra el antídoto después de haber dado el veneno, viene con un hecho propio á neutralizar la eficacia de otro anterior, y el conato, aunque perfecto de por sí, cesa de ser punible porque fué anulada la actividad ya manifestada en lo que puede haber de criminoso con relación al evento que se quería producir en el mundo exterior. Sin embargo, cuando el delito está consumado objetivamente, la reparación posterior de sus consecuencias no puede producir ya la impunidad del hecho realizado (2); todo lo más valdrá como una causa de atenuación de la responsabilidad penal para el delito ya consumado. Fácil es comprender que en la mayor parte de los casos se puede apartar del delito cuando la actividad criminosa no está toda ella agotada,

(1) L. S. Cod. ad Corn. de fals.

(2) *Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucrificeret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est; nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desistit.*  
L. 6<sup>a</sup> D. de furt. — Cf. L. 5, D. de vi bonor. raptor.



esto es, cuando el agente permanece todavía en los límites del conato incompleto; pero es indudable que hay ocasiones en que puede suceder que entre el conato incompleto y el evento se interponga la misma actividad productora del conato completo y ejerza inútilmente su influencia, en cuyo caso el conato no es ya punible porque el agente ha anulado con su obrar la precedente actividad criminal. El Código francés de 1810 (art. 2.<sup>o</sup>), y con todos los Códigos italianos, han sostenido siempre que el conato era punible por el impedimento proveniente de contingencias extrañas á la voluntad del agente, tanto en el caso de la ejecución suspendida (tentativa), como en aquel otro en que falte la consecuencia criminal (delito frustrado).

En el vigente Código italiano se ve esto cuando dice el art. 41: «Aquel que con el fin de cometer un delito comienza la ejecución del mismo con medios idóneos, pero *por circunstancias independientes de su voluntad no realiza todo lo que es necesario para su consumación...*», y el 62: «Aquel que con el fin de cometer un delito realiza todo lo que es necesario para su consumación, si ésta no ocurre *por circunstancias independientes de su voluntad...*»

§ 106. Una vez que hemos afirmado que las únicas especies de conato punible son el conato imperfecto próximo á la consumación y el conato perfecto, esto es, la tentativa y el delito frustrado, fácil nos será deducir de lo ya dicho cuál deberá ser la punibilidad de estas dos especies de delito imperfecto. El evento real es lo que determina la gravedad del delito, y el precepto jurídico, imponiendo al hombre la obligación de abstenerse de un hecho determinado, protege los derechos del individuo y de la sociedad. Cuando el evento contrario á esta protección se verifique según el esfuerzo del hombre, el Derecho ha sido violado en el aspecto de la pretensión jurídica y en el de la obligación, porque el hombre que gozaba de la existencia la ha perdido, y el hombre que debía respetarla la ha destruido.

Pero si por el contrario, se realiza únicamente el conato, el Derecho queda violado en uno solo de sus aspectos, en el de la obligación no en el de la pretensión, porque la vida permanece sana é incólume; el mal exterior es sólo posible y no real; hubo peligro, pero no daño; por eso la plenitud de cada delito aparece cuando todos los caracteres ó requisitos esenciales contenidos en su hipótesis se han convertido en una realidad de hecho, concretos, cuando el *evento* ha correspondido al *conato*, cuando lo querido ha



llegado á ser un hecho real y efectivo. Pero cuando el delito ha aparecido de un modo incompleto al exteriorizar-se la actividad humana en un conato que ha resultado vano, y pudiendo realizarse el evento querido no se ha efectuado por virtud de contingencias extrañas á la voluntad del sér que obraba, en tal caso la cantidad de la violación del Derecho es menor de la que aparece en la objetiva consumación del delito. Y como cada conato trae su delincuencia del especial precepto jurídico á cuya violación va dirigido, claro es que el criterio para apreciar la punición del conato debe ser la punición del delito consumado objetivamente; pero sobre esta base, el castigo del conato impotente debe ser menor de lo que corresponda al conato seguido de un evento propicio. Y cuando se aprecia comparativamente entre sí el delito frustrado y la tentativa, preciso es reconocer que el castigo de la tentativa debe ser menor que el correspondiente al delito frustrado, pues la acción de aquel que ha detenido el curso del delito es indudablemente menor en intensidad criminosa que la acción de aquel otro que lo consuma subjetivamente, haciendo todo lo que está en su poder para completar el evento criminoso. Y como dice Rossi, la justicia humana debe tener en cuenta el último momento que quedaba por recorrer, porque no hay seguridad alguna de que el delincuente hubiera persistido en su fatal propósito; por eso la posibilidad del arrepentimiento que no se presenta como real, porque el impedimento de las contingencias exteriores ha impedido también que se manifieste, debe hacer apreciar el conato imperfecto como una acción indudablemente menos contraria á Derecho que aquella otra que se manifiesta en el conato perfecto (1). Y finalmente, como es posible que una acción, á la vez que conato de un delito, sea por sí misma un delito completo y mayor en intensidad criminosa, la pena de este delito no puede ser menor de la que caería sobre el mismo como conato de otro delito; y como un

---

(1) Ya hemos visto que la penalidad de la tentativa y del delito frustrado según el código italiano de 1889 es la siguiente: La tentativa es castigada «con la reclusión no menor de diez años cuando la pena establecida para el delito sea el ergastolo, y en los demás casos, con la pena señalada para el delito, disminuida de la mitad á los dos tercios — Si voluntariamente desiste de los actos de ejecución del delito queda únicamente sometido á la pena establecida para el acto realizado cuando constituya de por sí un delito» (art. 61) — Y en el caso del delito frustrado, «es castigado con la reclusión no menor á veinte años cuando la pena establecida sea la de *ergastolo*, y en lo demás casos con la pena establecida para el delito, disminuida de un sexto á un tercio »



mismo hecho no debe ser sometido á doble castigo, la pena del conato es la pena mayor, absorbiéndose en ella la menor

§ 107 Los delitos graves son los que exigen la punición en el conato cuando ha resultado vano, pues se oponen á los preceptos jurídicos, de igual modo que las acciones que tienden á su realización ya se presentan contradictorias al obrar según el Derecho y forman como un *iter criminis* fácil de reconocer; así, el sujetar á un individuo llevando la mano armada con un puñal, es un acto de tal naturaleza que nunca puede revelar un fin inocente; así también, el entrar en una casa con llaves falsas y registrar los muebles, es una acción que no puede menos de ser criminal. Pero con relación á los delitos leves que se hallan constituidos por acciones de escasa intensidad criminal, el camino del delito no está tan lejos del camino de la observancia del Derecho, que los actos que tienden á la consumación del delito se distingan claramente de los actos inocentes, sino que confundiéndose frecuentemente unos y otros, no tienen los criminosos la especialidad de revelar que van dirigidos á un delito determinado; así por ejemplo, si el tomarse la justicia por su propia mano puede considerarse delito, como en él se manifiesta la conciencia del Derecho, y la delincuencia se limita á violar el principio de que sólo el Estado debe obligar á la observancia de sus preceptos, tendremos en este hecho una débil intensidad criminal.

El conato de este delito no se puede distinguir fácilmente de los actos inocentes, pues el acreedor que se presenta en casa del deudor acompañado de dos ó tres individuos y de un modo resuelto le manda que le pague lo debido, no se ha separado tanto del Derecho que su acción lleve impresa la nota de delincuencia; en efecto, se ha presentado á pedir lo que le pertenece, y al llevar consigo otras dos personas ha podido hacerlo con el fin de evitar cualquiera ofensa por parte del deudor ó de adquirir testimonio de la existencia de su crédito. Por eso debe la justicia ser muy circunspecta en sus determinaciones y tener gran cuidado de no castigar actos que la mayor parte de las veces son inocentes, para lo cual debe considerarse como regla general y salvo expresas excepciones, que los delitos leves no dan lugar á punición cuando quedan dentro de los límites del conato.



## II

*De la acción criminosa del lado de la cualidad, ó sea de la participación en el delito (1).*

« Si plures simul aliquem ceciderint aut convincium alteri fecerint, singulorum proprium est maleficium: imo tot injuriæ sunt quot et personæ injuriarum facientum. »

*Gaius*: I, 34. D, de inj. et fam. libellis.

## Advertencias preliminares.

§ 108. Si el delito puede á veces ser obra de un solo individuo, otras se realiza por muchos que componen entre sí la *societas*

(1) *Falkner*: «Dissertatio de jure complicum in delictis», Jen 1658. — *Schmendenherfen*: «Dissert. de participatione delicti» Leips. 1676. — *Geiger*: «Diss. de comunione ponarum» Alton 1679. — *Stryck*: «Diss. de imput. facti alieni circa delicta», Francf. 1688. — *Coccei*: «Diss. de socio criminis» Francf. 1701. — *Ludovici*: «Diss. de proba circa idem factum concurrentibus», Hal. 1714. — *Leyser*: «De societate in iusta» (in Med. ad Pandec. spec. 167). Leips. 1717. — *Nehrmann*: «Diss. de sociis criminum» Lugd. Bat. 1747. — *Eisenhart*: «Diss. de vera criminis socii notionem» Helmst. 1750. — *Schleuser*: «Diss. de imput. delicti alieni», Altd. 1753. — *Surland*: «Diss. de societate criminum ejusque pœna» Francf. 1755. — *Vestphal*: «Diss. de consortibus et adjutoribus criminum, eorumque pœna et nexu», Hal. 1760. — *Schmidt*: «Diss. de concursu ad delicta aliena» Wirceb. 1774. — *Graafland*: «Specimen juris exhibens questiones de sociis criminum», Lugd. Bat. 1785. — *Vanderkamp*: «Diss. de eo qui delinquentis est socius», Lugd. Bat. 1790. — *Schnell*: «De pœnis regulariter mitioribus in sociis criminum quam in eorum auctoribus jure romano sancitis», Heidelb. 1805. — *Hopp*: «De concursu ad delictum secundum jus hodiernum», Gand. 1820. — *De Potesta*: «De comunione sceleris secundum jus crim. hodiernum», Leod. 1720. — *Van-Kessenich*: «De sociis in crimin.» Leod. 1823. — *Walters*: «De auctoribus sociis et fautoribus delictorum eorumque pœnis» Groning. 1823. — *Gevers*: «De sociis delinquentium», Lugd. Bat. 1824. — *Skelund*: «Diss. de concursu ad delictum», Abo 1824. — *Busmann*: «De societate delinquendi» Groning. 1824. — *De Smet*: «De sociis in crimine», Gand. 1827. — *Stübel*: «De la participation de muchos en el mismo delito» (alem.) Dresde 1828. — *Van-Hoersolte*: «Doctrina de auctoribus et sociis delictorum» Lugd. Bat. 1828. — *Nicolini*: «Della complicità» Napoli 1807, 4.<sup>a</sup> edic., 1850. — *Bustelli*: «Della solidarietà in materia penale. Bologna 1844. — *Kuhn*: «Del concurso de varias personas en un delito» (alem.) Viena 1840. — *O. Müller*: «De actorum et ministrorum criminis differentia», Haln. 1842. — *Op. en el Arch. de D. Crim. de Konopack*: t. VII. — *Tittmann*, N. Arch. de D. Crim., t. II. — *Mittermaier*: Op. c. III. — *Von Schirach*: t. III. — *Borst*: Op. cit., t. VII. — *Brinkhooft*: Arch. de D. Crim., nueva serie, 1840. — *Abegg*: Op. cit., 1841. — *Birnbaum*: Op. c. 1842. — *Ziegler*: «La participación en un delito» (alem.) Marburg 1845. — *Berner*: «La participación en los delitos» (alem.) Berlin 1847. — *Sinner*: «De auxiliantibus et sociis principalibus in conatu delinquendi», Berlin 1853. — *Joly*: «De la complicité», Paris 1855. — *M. v. Buri*: «De la doctrina de la participación en el delito» (alem.), Giessen. 1880. — *Carrara*: «Studi sul conato e sulla complicità», Pisa



*sceleris*. Dejando aparte la afirmación de que hay cierto número de delitos que por su misma naturaleza presuponen la cooperación de varias personas, como por ejemplo, la conspiración, la asociación de malhechores, la sedición, etc., es evidente que muchas veces un delito que, hablando en abstracto, podía ser realizado por un solo individuo, en la realidad concreta se presenta como producto de la actividad de varias personas. Esta hipótesis constituye lo que se llama *concurso de delincuentes* ó participación de dos ó más personas en un mismo delito, y da origen á una de las teorías en que se presentan más discordes las opiniones en el campo de la legislación penal y en el de la ciencia, contribuyendo á aumentar las dudas la variedad de locuciones adoptadas por los legisladores y los penalistas para designar las varias especies y los diversos grados de la participación criminosa. Para hacer más claro este punto lo dividiremos en tres partes: una, que se refiere á las reglas generales del concurso de delincuentes; otra, á la determinación histórica de semejantes reglas, y la última, á las formas singulares de participación en el delito.

#### A. Doctrina general del concurso de delincuentes.

§ 109. Al hablar del sujeto del delito decíamos que lo es aquel en quien se presenta concentrada como en su propia esencia toda del hecho criminoso: aquel que *quiere y realiza* el delito es el sujeto del mismo y el que debe responder de él ante la justicia penal. El concurso para el delito significa que mientras uno y mismo es el delito, son varios los sujetos que de él deben responder, y por eso en cada uno de ellos se exigen las condiciones necesarias para ser sujeto de delito. El *concurso para el delito* supone que dos ó más individuos quieren un mismo hecho y hacen algo para que tenga vida en la esfera de la realidad. Ahora bien, cuando esto ocurre, el castigo de un delito no se divide entre los varios individuos que en él intervinieron, porque el delito, en su objetividad, es múltiple en cuanto á la subjetividad, esto es, produce por todos aquellos que intervinieron en su relación,

1860, últ. edic., 1870. — Glaser: «Autores y cómplices» (alem.), en el *Gerichtshandb.* 1864. — Langenbeck: «De la participación en el delito» (alem.) Jena 1868. — Reinhold Schütze: «La participación necesaria para el delito» (alem.). Leips. 1869. — Heyer: «La participación de muchos en un mismo delito» (alem.), en el *Manual de Heffendorff*, II, p. 321.



por eso la penalidad, como el delito, debe producirse para cada uno de ellos. Pero precisamente por efecto de esta reproducción, la cuantía del delito varía para cada uno de los partícipes, pues que la determina la subjetividad respectiva de cada uno de ellos. En efecto, puede haber una cooperación que haga á los partícipes merecedores de una pena mayor, y puede haber una cooperación que les haga merecedores de una pena menor: entre varios culpables de un mismo delito, puede darse el caso de la punibilidad de los jefes, directores ó promovedores del hecho común, más grave de la que debe caer sobre los asociados subordinados; y puede haber una gradación entre los delinquentes principales y los llamados cómplices, á los que se suele considerár acreedores de pena menor. Así se presentan dos reglas fundamentales como base de toda la doctrina relativa al concurso de delinquentes:

1) En el *concursum delinquentium* hay una nota especial, cual es la de que el hombre no necesita realizar por sí mismo *el hecho constitutivo del delito* para responder penalmente del mismo, sino que puede llegar á ser sujeto del delito aun con un hecho distinto de aquel, con tal que su acción arranque del propósito criminoso común para todos y converja al fin de realizarlo. Esto se compendia en aquella sentencia de Ulpiano: *Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat.*

2) Cuando las condiciones del concurso se han realizado, los partícipes singulares son *todos responsables* por razón del delito; pero cada uno de ellos lo es *en proporción de la propia delincuencia individual.* (*Tot injuriae quot et personae injuriam facientium.*)

§ 110. Del concepto expuesto por nosotros, según el cual concurre en el delito quien lo quiere y realiza cualquier acto para que se cumpla, podemos deducir las siguientes consecuencias:

I. Es necesaria la voluntad común, la *conscientia sceleris*, en los cooperadores ó copartícipes. Una participación en el delito, meramente material, es una contradicción en los términos. El que proporciona una cuerda, una escala ó un arma, sin saber el fin á que se destinan estos objetos, es indudablemente inocente del delito que otro consuma: si un químico, preguntado respecto á la naturaleza de una medicina, señala su carácter mortífero y con esta instrucción se envenena á un hombre; si á un farmacéutico se le da un remedio para la extinción de ratones y da una cantidad de arsénico con la cual se mata á un hombre, en tales hechos no podemos ver el *dolus criminis*, y por eso no apreciaremos la exis-



tencia del concurso en el delito. Hay hechos que en sí mismos llevan esculpida la *conscientia sceleris*, como sucede con la instigación á delinquir. Pero hay otros que no tienen tal nota y entonces es preciso exigir la *scientia* del delito en aquél que coopera, porque la *voluntas* se manifiesta precisamente en el conocimiento de aquel evento criminoso á que un hecho, aunque en sí mismo sea inerte, puede ir dirigido. Con esto se enlazan como corolarios otras afirmaciones: 1) En los hechos culposos no puede haber concurso de delincuentes, porque faltando en ellos la *voluntas sceleris* no puede darse el concurso de varias voluntades en un mismo propósito criminoso. 2) Siendo el concurso la obra de una voluntad y propósito común, exige ordinariamente un concierto ó acuerdo entre los medios que han de dirigirse al fin común. Cuando se presenten hechos criminosos *ex improviso*, como los delitos de sangre en el calor de una reyerta, es muy difícil que se dé en ellos el concurso *delinquentium*, si bien no es completamente imposible un concurso instantáneo de voluntades. Por eso es principio aceptado por los juristas, que en los delitos acaecidos en el ímpetu de una riña cada uno debe responder del propio hecho (*ictus unusquisque contemplari oportet*).

II. Es preciso que cada uno de los copartícipes haga algo para la realización del fin común, sin limitarse al mero propósito y á su exteriorización. Un concurso puramente moral es imposible, de igual modo que lo es un concurso meramente material, y el querer castigarlo sería violar aquel principio *cogitationis poenam non patitur*. Si un individuo ha querido la muerte de otro, aunque haya exteriorizado su voluntad si se ha abstenido de todo acto para obtener la ejecución de su deseo, y al mismo tiempo otro individuo mata realmente á aquél cuya muerte había sido deseada por el primero, tenemos en el matador el *auctor criminis*; pero en el que tuvo el propósito y lo manifestó sin proceder á realizarlo con algún hecho, no hallamos vínculo alguno de relación con el matador. Para darse en aquél el concurso del delito, además del propósito, es preciso que haya algún vínculo entre éste y el hecho realizado por otro, y este vínculo está en que haya efectuado algún esfuerzo para que la muerte se haya querido y realizado por otro, de tal modo, que el delito haya ocurrido en virtud de dicho esfuerzo. De este principio se deducen dos afirmaciones, cuales son; la imposibilidad de admitir un *concurso negativo* y la imposibilidad de un *concurso posterior* al delito.



A) No cabe el llamado *concurso negativo* para delinquir (1), porque precisamente la esencia del concurso está en la cooperación, en ser varios individuos *concausas* del delito. Ahora bien: *concausa* de un fenómeno cualquiera, y por consiguiente de un hecho anti-jurídico, no puede ser el que no hace nada para que se realice, y hay contradicción en los términos si se admite que un individuo pueda *cooperar* no obrando. Supongamos que un sujeto ha exteriorizado su intención de matar á otro, y que aquel á quien se lo ha-  
 ta manifestado quiere también su muerte pero no tiene el valor de llevarla á cabo, y sabiendo el propósito hecho por otro, se alegra, no trata de impedirlo y no revela á la Autoridad el peligro que amenaza la vida de otro hombre. La justicia humana debería castigar en él un simple propósito, si pudiera castigarlo, y lo castigará cuando el delito no exista sin una acción suya; el sujeto de que se trata ha querido, pero no ha obrado, luego no es delincuente. Pero hay algunos casos en que el permanecer inactivo está previsto por la ley como un delito, y este es el caso del delito por *omisión*, esto es, la transgresión de un precepto con el que la ley nos manda hacer alguna cosa bajo la amenaza de una pena. Así, el que ha sido encargado de custodiar un archivo público, tiene el deber de impedir que se sustraigan los documentos allí depositados; si alguien los sustrae y sabiéndolo él no lo impide, hay entonces la doble posibilidad de la negligencia y de la connivencia; en el primer caso, el no haber impedido lo ocurrido constituye una culpa; en el segundo hay dolo, y éste produce la doble consecuencia de haber violado un deber que por razón de su oficio debía cumplir, y haber favorecido con esta violación la consumación de un delito. Fuera de estos casos en que es deber jurídico impedir la realización de un hecho, el no hacer nunca puede convertirse en cooperación.

B) De igual modo, es imposible un concurso posterior al delito (2), porque la esencia de la causa está en preceder al efecto.

(1) Schroeter: «Quomodo nuda scientia criminis quem involvat». Jen. 1687.—Pinsdorf: «De poena delictis conniventium vel eorumdem scientiam habentium». Erf. 1734.—Boehmer: «De oblig. ad revelandum occulta». Hal. 1734.—Crell: «De poena silentii et conscientia delicti alieni». Viterb. 1742.—Henne: «De crimine silentii». Erf. 1761.

(2) Leyser: «De jure veter. adversus receptatores constituto» (in Med. ad Pand. Spec. 555).—Cutmann: «De receptatoribus». Leips. 1788.—Ziegler: «De ratihabitione». Viterb. 1760.—Monaerta: «De fautoribus criminum», 1827.—Ulenz: «De crim.



Todo lo que viene después de un evento es siempre extraño a la realización, cualesquiera que sean las relaciones que con el mismo pueda tener. Así el ocultar los objetos que fueron robados, el esconder al que ha huido de la prisión, hechos que vienen á constituir el *crimen receptatorum*, nunca pueden considerarse como concurso para la ejecución del delito; el ocultar el cadáver de un hombre asesinado, no puede constituir concurso para la comisión del asesinato, ni el expender moneda falsa sabiendo que lo es, puede considerarse como concurso para el delito de falsedad. Todas estas acciones pueden ser penadas por la ley como contrarias á sí mismas á los preceptos del Derecho, como delitos *sui generis*, pero sería extraño y absurdo considerarlas como formas de cooperación en el delito. Y no se diga que muchas veces estos hechos son el cumplimiento de una promesa anterior, porque en tal caso precisamente esta promesa constituye el concurso para el delito, no su cumplimiento después del mismo.—La promesa ha sido pues, el hecho que asegurando al delincuente antes de obrar, le ha ayudado en la consumación del delito, independientemente de haber sido ó no cumplida después de su comisión, y con tal carácter constituye el concurso. Pero el hecho posterior de realización ó cumplimiento de la promesa, permanece como algo extraño á la ejecución del delito, y es punible por sí mismo si la ley lo considera como un delito propio, y es inocente cuando la ley no lo castigue expresamente.

III. El concurso para el delito exige para su punibilidad que el delito se haya realizado. Es indiferente que el delito se haya consumado ó quede en los límites del puro conato criminoso; pero necesita que el resultado del concurso sea por sí mismo algo criminoso y punible aun como mero conato, para que los varios concurrentes sean considerados y penados como partícipes de un delito á todos común. Se ha suscitado la cuestión de si puede darse un *conato de concurso para el delito*, de igual modo que se da un *concurso criminoso para el conato de delinquir*, y si este conato de concurso puede considerarse como punible; pero la solución de esta cuestión no puede darse de un modo general y en abstracto para toda clase de concurso, sino que será más fácil teniendo presente la teoría del conato en relación con las formas singulares de participación en el delito, de las cuales hablaremos más adelante.

*fautoribus*», 1827.—Sander: «Favoreggiamento» (Arch. de D. Crim., 1856). Liv. 1846.—Carrara: «Della ricettazione». Pisa, 1862.



§ 111. El principio de la punibilidad proporcional de los co-participes origina algunos pronunciados que necesitan ser desentendidos separadamente.

I. Ante todo, el punto de partida para proceder al aprecio particular de la responsabilidad individual, es el de que *todos los delinquentes son penados en nombre del delito común á todos*. Hay, pues, una primera medida de la punibilidad de los delinquentes en el delito común á todos, efecto de la acción por todos realizada. Esta medida podía llamarse el *común denominador*.

II. La punibilidad debe concretarse al delito considerado en su esencia y abstracción hecha de las *circunstancias*. Con esta afirmación se enlazan dos teoremas: a) Las circunstancias personales no se extienden de uno á otro de los codelinquentes (*personae inhaerent*). Así, cuando se comete un homicidio por un hombre mayor de edad y un niño menor de nueve años hay un común denominador, haciendo abstracción para el mayor de edad de la condición personal del menor de nueve años que borra en el niño toda nota de delinquencia: así también, si dos individuos obrando conjuntamente matan al padre de uno de ellos, el común denominador será el homicidio voluntario, y sólo en aquel de los culpables que es hijo de la víctima se apreciará la circunstancia agravante personal del parentesco; así, por último, si uno de dos codelinquentes se hallaba influido por un vicio de la mente al realizar el delito, de modo que su conciencia perturbada destruía ó limitaba su responsabilidad criminal, sólo para él se rebajará del común denominador aquella cantidad de punición que la ley en general rebaja al culpable que al tiempo de cometer el delito se encontraba en estado de mente viciada; b) La misma punibilidad objetiva del delito no puede formar en toda su extensión el límite de la cantidad de castigo que corresponde á cada uno de los participes. La objetividad del delito exige ser entendida en el sentido de su generalidad abstracta, independientemente de las circunstancias agravantes objetivas: éstas no pueden todas ellas pesar sobre los que concurrieron en el delito, sino únicamente sobre aquellos que se hallan ligados á ellas en aquella relación que hace al hombre punible, esto es, cuando estuviesen íntimamente ligadas con la individual actividad criminoso. Este vínculo interno se halla alguna vez constituido por la sola conciencia de la circunstancia agravante, con tal que semejante conciencia preceda al acto de la participación individual en el delito. Así, por ejemplo, en una agresión



por causa de hurto con escalamiento, fractura ó empleo de llaves falsas, la conciencia del medio empleado hace pesar esta circunstancia sobre el que cooperó en el hurto sin haber tomado parte en el escalamiento, la fractura ó el empleo de llaves falsas. Pero muchas veces la sola conciencia no basta, sino que es menester una conexión más íntima entre la circunstancia agravante y el hecho de la participación individual en el delito. Así, cuando se mata para robar y la muerte no fué convenida anteriormente entre todos, alguno de los copartícipes en el hurto no convino en emplear la muerte como medio para facilitar su comisión, no es justo que la pena del delito de homicidio vaya unida á la del hurto y caiga sobre todos los que en éste tomaron parte, sino que únicamente deba caer sobre los que convinieron en el homicidio.

III. Cuando la participación de varias personas presenta todos la misma forma de acción individual, lo cual sucede cuando todos, además de haber querido el mismo delito han realizado inmediatamente el hecho constitutivo del mismo, no hay posibilidad de diferencia en la punibilidad de los codeincentes; todos responden del mismo delito y deben ser sometidos á igual pena salvo la modificación de las circunstancias personales y de las agravantes materiales que no se enlacen á la actividad criminal de la participación en el delito. Pero cuando la acción individual de los singulares concurrentes en el delito fue diverso, puede haber una gradación de responsabilidad, no pudiéndose ni debiéndose apreciar del mismo modo todas las operaciones dirigidas á la perpetración del delito. No es que cada diferencia cualitativa suponga como consecuencia necesaria una diferencia cuantitativa. Ciertamente que es posible que un individuo hiera mortalmente á la persona designada como víctima, y otro le cierre el paso á la fuga sujetándola violentamente; este último ha podido cooperar en el homicidio con tanta eficacia como el que causó la herida; así es que se puede tener la misma cantidad de obrar criminal habiendo diversa cualidad. Pero supuesta la diferencia de las formas individuales de participación, es posible, si bien no siempre ocurre, una diversidad de cantidad criminal entre estas diferentes formas. El criterio fundamental para medir la diversa cantidad en la diferente cualidad del obrar criminal de los copartícipes, se deduce del principio mismo de la responsabilidad jurídica en materia penal. El hombre debe ser penado en cuanto es causa del delito, tratándose de varias personas responsables como concausas del



nismo, cuando la intervención era condición *sine qua non* de la realización del efecto querido, el cooperador fué causa principal del evento; su concurrencia fué esencial é indispensable, su manera de intervenir en el delito tomó la forma de concausa necesaria y principal. Pero cuando por el contrario, la acción de un individuo fué de tal naturaleza que sin ella también se hubiera realizado el delito, su intervención fué concausa, no necesaria, sino accidental, y en tal caso el concurso no es principal, sino accesorio, por la innecesidad que había de esta especial participación para la comisión del hecho punible. En el primer caso existe la verdadera condición de la igualdad cuantitativa (*nihil interest an quis occidat vel causum mortis praebeat*). En el segundo se presenta una gradación que exige una pena menor para la participación accesoría. Sobre esta base establecía Rossi la doble categoría jurídica de la *codelinquencia* y la *complicidad*, designando con la primera la *cooperación necesaria* ó *principal*, y expresando con la segunda la *cooperación accidental* ó *accesoria*.

#### E. Bosquejo histórico sobre la punición del concurso para el delito.

§ 112. La antigüedad carece de una doctrina general sobre el concurso de delinquentes (1). Dicha materia tuvo cierto desenvolvimiento en el Derecho romano, pero éste trató del concurso en cada una de las leyes relativas á los delitos particulares, dadas en tiempos diversos y en diferentes situaciones, y por eso falta un sistema general de principios, á lo cual se debe la diversidad de opiniones entre los intérpretes. Efectivamente, algunos como Luden, Rosshirt, Hepp y De Bosch-Kemper, creyeron que en general todos los partícipes eran castigados con la misma pena que el autor; otros, como Birnbaum, consideraron que un mismo castigo sólo se aplicaba á los que merecieron el nombre de *socii criminis*; y otros, por último, con mejor criterio, sostienen que sólo para algunos delitos y para algunas formas de participación. Sin embargo, de la comparación de éstas y á pesar de su variedad, se pueden reconocer algunos principios generales. En efecto, se consideraba ante todo que se podía responder del delito aun con un hecho diverso de aquel en que el delito inmediatamente se concreta, cuando otros lo realizan

(1). Sin embargo, háblase de una ley de los atenienses, que castigaba con igual pena al que había aconsejado el delito y al que lo había realizado



(*nihil interest an quis occidat vel causam mortis praebeat*); y de esta una prueba las palabras *cujus, ope, consilio, dolo malo factum* que se hallan adoptadas en varios lugares (1). Se admitió también la posibilidad de una gradación entre la cooperación principal y la cooperación secundaria ó accesorio, estableciéndose en algunos casos una pena más suave para esta última (2). Pero hay otro principio que también sirve de criterio en el Derecho romano, sobre el concurso criminoso, y es aquel mismo principio de subjetividad en virtud del cual, *eadem severitate voluntatem sceleris que affectum* *ra puniri voluerunt*, tanto que fué castigado como homicida, *is qui cum telo ambulat hominis necandi causa*, y como parricida, *is qui num emit ut patri daret*. Con este principio se relaciona el no admitir la posibilidad de gradación para aquel que siendo el principal en formar el propósito criminoso, lo traspassa á otro moviéndose á delinquir (3). Este principio de subjetividad llevado hasta sus últimas consecuencias, produjo la exageración de considerar y castigar como concurso el no haber impedido el delito, é igualmente considerar y castigar como concurso también, los hechos posteriores de adherencia y conformidad con un delito ya realizado. Ciertamente que no fué una regla general del Derecho romano la equiparación del no impedimento del delito con el concurso criminoso, pero los casos de semejante equiparación fueron el germen del principio introducido en tiempos posteriores de un *concurso negativo* (4). E indudablemente la noción del concurso posterior tuvo su origen en el Derecho romano: la *ratihabitio* fué por esto equiparada al mandato de delinquir, puesto que se encierra en ella la plena manifestación de la *voluntas sceleris* (5); y el *receptor* doloso fué comprendido *inter socios* con el nombre de *auctor*, si bien unas veces era castigado con la misma pena y otras con pena algún tanto menor (6).

(1) L. 1, § 1, D. ad L. Jul. majest.—L. 11, § 12, D. de vi et vi armata.—L. 5, § 6, L. 10, D. ad L. Jul. maj.—L. 15, D. injur.—L. 53, § 2, D. de verb. signif.—Instit., § 9, de publ. jud.

(2) L. un. § 3, o. de raptu virginum.

(3) L. 15, D. ad L. Corn. de sicar.—L. 1, D. ad L. Comp. de parric.—L. 1, D. de poenis.—L. 1, § 12, D. de vi et vi armata.—L. 152, § 1, D. de reg. jur.—L. 11, D. de injur.—L. 7, § 5, D. de jurid.—L. 5, D. de extr. crim.—L. 1, § 1, L. 3, § 4, D. ad L. Corn. de Sic.

(4) *Eadem poena officitur is qui cum prohibere tale quid possit non prohibuit*.—L. 1, § 1, D. ad L. Corn. de fals.—Pero en otros casos no se admite tal regla (L. 1, § 1, D. de furtis).

(5) L. 1, § 14, D. de vi et vi armata.—L. 152, § 2, D. de reg. jur.

(6) *Pessimum genus est receptorum*.—*El praecipitur ut perinde puniantur atque iures*



§ 113. En el Derecho germano aparece algo más claro el principio de una gradación entre el concurso necesario ó principal, y el concurso secundario ó accesorio (1). Una capitular de Carlo Magno formulaba bien claramente la gradación de la pena (2). Una ley de Enrique I de Inglaterra sometiendo al homicida al guidrigildo y al fredo, determinaba que el cómplice debía pagar el *hlolebote*, que se apreciaba según el guidrigildo y era menor que éste (3). Dicho principio de la gradación era aplicado alguna vez aun al caso de una provocación directa por la que se decide otro á delinquir (4). Sin embargo, en las leyes germanas encontramos la misma severidad del Derecho romano con relación al encubrimiento doloso, el cual fué considerado como una cooperación para el delito (5). y así hay muchas leyes de Enrique IV, Federico I y Enrique VII, que prescriben la equiparación de la pena del receptor ó encubridor á la pena del reo (6). Entre tanto, el Derecho canónico fué el que reconstituyó las doctrinas del Derecho romano por la fácil confusión del pecado religioso con la transgresión jurídica. Así no sólo reconoció el principio de que se puede delinquir aun con hechos distintos de la preparación material del delito con tal que se hallen relacionados con la misma, sino que también castigó con severidad la instigación directa á delinquir (7), acogiendo además la doctrina alemana de los hechos posteriores que constituían la *habilitatio* ó protección (8), y cambiando en norma general el principio admitido entre los romanos para algunos delitos únicamente, de la participación negativa, con la fórmula: *nec caret scrupulo societatis occulte qui manifesto facinori desinit obviare* (9). Sin embargo, se

*in la puri causa habendi sunt.* L. un. de recept.—§ 4, Instit. de oblig. quæ ex del. 1.4, § 3, De incend.—L. 13, § 12, D. de Sc. Silan.—L. 1, pr, L. 3, § 3, D. de sig.—L. 40, D. de poenit.

(1) L. Wisig, § 3.—L. Sal XIV, 1 á 4.—L. Ripuar. XXXIV, LXIV.—L. Baiuv. II, 3.—L. Frision. XVII, 4.—L. Angl. et Werin, X, 9.—Ed Rothar. c. 19, 253.

(2) *Auctores facti interficiuntur, adjutores vero eorum singuli alter ab altero flagellentur et nares sibi invicem prœcidant.* Cap. a. 805, II, 10 ap. Pertz, Monum., III, p. 133.

(3) *Leges Henrici*, I, 88.

(4) *Unde compositio per ipsum datur qui ipsum malum fecit. sol. DCCC, ipse consiliator componat sol. C Unde compositio fit de sol. CCC, consiliator componat sol. L. Et si unus de sot. CCC, consiliator componat sol. XL.*

(5) Gragas II, p. 190.—L. Ripuar. LXXvVIII.—L. Bajuv. VIII 7, § 3.—Ed. Rothar. c. 272, 273.—Car Magn., cap. e. 804. ap. Pertz: «Monum.», III, p. 146.

(6) Pertz: «Monum. hist.», IV, p. 57, 61, 267 317.

(7) *Non solum qui manibus occidunt sed etiam quorum consilio fraude alii occidunt homicidæ probantur.* c. 23, cons. XXXIII, qu. 3.

(8) C. 23, De sent. excomm. in sexto V, II; c. 5, De poenis in sexto v. 9.

(9) C. II, C. XXIII, qu. 3; c. 7 eod.



desenvolvió algo más la doctrina de la gradación entre la cooperación principal y la secundaria, proclamándose la posibilidad de *idem excessus magis sit in uno quam in alio puniendus* (1).

§ 114. Si hasta aquí no se presenta un sistema de principios generales, podemos afirmar que el verdadero comienzo de una teoría sobre el concurso de delincuentes se debe á las leyes estatutarias de las ciudades italianas y á los intérpretes que inauguraron en Italia la ciencia del Derecho penal. Según los Estatutos italianos el partícipe del delito era penado, pero con pena menor de la que se aplicaba al reo principal (2). Es indudable por otra parte, que la doctrina romana de la severidad en el castigo de aquellos que impulsan á otros á delinquir (3), y las demás doctrinas derivadas del exagerado principio subjetivo para la *ratihabitio* y el concurso negativo, fueron comprendidas en la *communis opinio doctorum* (4).

Pero se reconoció un criterio para distinguir la incriminación y el castigo de las varias formas de participación: el auxiliador castigado con igual pena solamente *quando causam delicto praeberet* fuera de este caso, era castigado con pena menor (5). Y sobre este criterio se fundó la distinción hecha por los prácticos napolitanos de los *socii criminis*, castigados todos igualmente, y de los *socii in crimine*, castigados con pena menor (6). Si bien se aceptó la do-

(1) C. 6, X, de hom. — V. 12, § I. *Illi autem qui animo occidendi aut copulandi extra manuum injectionem se fatentur venisse, si de illa captione mora secuta fuisset, tunc INEQUITIA VEL FERE PARI existerent puniendi.* — § 2. *Et illi qui non ut ferirent sed ut percussoribus opem ferrent PAULLO MINORI DEBENT PENA MULCTARI, quia constat et homicidii reatu immunes non esse qui occisoribus operam contra alios prestare venerunt.* — § 4. *Hi quoque non sunt a culpa liberi nec a pena immunes, qui licet fuerint illius machinationis ignari, tamen eis quos sicarios esse sciebant, in sarcinis custodiendis ministerium praebuerunt.*

(2) Gandin: «De malef.», p. 63 (de poen. reor., n. 86 y sig.).

(3) *Mandans plus quam mandatarius delinquit; nam primo delinquit in se, secundo in mandatarium, tertio in occisum; mandatarius autem non delinquit, nisi in se et in reatum.* — Farinac: qu. 129, n. 3. — Cf. Gandinus: «De poen. reor.», n. 12. — Taldin: «De insultu», n. 24. — Menoch: «De arbitr. jud.», qu. II, cas. 352, n. 1. — Clar: «Pract. crim.», qu. 88, 89. — Deciad: IX, qu. 32, n. 4. — Carpz: «Pract. nov. h. l.», qu. 4, n. 12.

(4) Clar: «Pract. crim.», qu. 87.

(5) *Post multas allegationes altercationes fuerunt doctores et sapientes in concordia auxiliantes puniantur media pena qua homicida debeant puniri, vel ex forma ipsius communis, vel ex forma statuti.* — Verum attende et bene nota. *Quod si isti qui opem delicti homicida praestiterunt et dederunt causam mortis, quod eo casu et ipsi auxilantes in reatu homicida tenentur et dent puniri.* Gaud n: De homic., n. 7, p. 346. — Cf. Boss. De homic. n. 33. — Menoch: «De arbitr. jud.», qu. II, 349. — Clar: «Pract.», qu. 90, n. 2. — Farinac: Qu. 130. — Damhouder: «Pract.» c. 133, n. 2, 3. — Carpzov: Qu. 37, n. 61, qu. 55, n. 9. — Boehmer: «Obs. ad Carpzov.», qu. 135.

(6) Pragm. 30 de exul. — De Angel: «De off. Baron.», p. 283, n. 67. — Carpzov:



rina romana de la ayuda equiparada á la participación, aquélla fué considerada más que como perteneciente á las especies de cooperación en que hay desigualdad de pena, porque *non dantur penas delicto* (1); y la rígida doctrina de la *ratihabilio* equiparada al mandato, fué modificada por los intérpretes en el sentido de deber aplicarse únicamente á los delitos privados, para los cuales se señalaba una acción pecuniaria, y no para los públicos (2). Formado así por obra de los intérpretes italianos y de los más autorizados de las demás naciones, el principio de una gradación de responsabilidad entre el reo principal y el cómplice, se transmitió al Derecho positivo moderno, en unas partes más y en otras menos. Así la C. Carolina, en su artículo 177, establecía que todo el que para favorecer la comisión de un delito prestara conscientemente y de un modo peligroso asistencia ó socorro, cualesquiera que fueran la clase y nombre de semejante ayuda, debía ser castigado, pero con una diversidad correspondiente á las varias exigencias de los casos. Las legislaciones de los varios Estados italianos establecieron excepciones para algunos delitos que consideraron como atropellos, y de este modo no sólo se castigaba á aquel que teniendo noticia de un delito de lesa majestad no lo delataba, sino que existía el concepto erróneo de que la omisión de revelación constituye concurso para el delito, estableciéndose penas severísimas incluso la de muerte, contra los encubridores de los bandidos y de las cosas robadas (3).

§ 115. En estas severas excepciones se inspiró el Derecho francés con sus Códigos de 1791 y de 1810; este último, con una de sus formas predilectas llegó á romper antes que desatar los nudos del problema jurídico, y de igual modo que equiparó la pena del delito incompleto á la del delito consumado, equiparó la pena del cómplice á la del reo principal; y como si esto no fuera bastante, castigó el encubrimiento con la misma pena de la delincuencia principal, como una de las formas de la complicidad (4). Iguales resultados presenta el Derecho inglés, por efecto de severas costumbres tradicionales. Este derecho, en la materia de los delitos gra-

Decis. 163, n. 64. — Caball: De hom., n. 22. — De Angel: «De del. P. I.», c. 21, n. 2, 4, 5; c. 31. — Maradei: Obser. 23. — Cf. Prag. 5, de ietu scopictæ.

(1) Gordin: De homic., n. 8. — Vitalin: De receptat., n. 1. — Boss: De homic., n. 34. — Menoch: «De arb. jud.», qu. II, 349. — Clar: Qu. 90, n. 2. — Farinac: Qu. 132, 133.

(2) Mattahei: «De crim Prolegg.», c. I.

(3) Pragm. neapol. de exul. — de receptat. — De Rosa: Resol. crim. 25.

(4) «Code des délits et des peines», arts 59 á 63.



ves (*felonies*) presenta la distinción de reos principales y cómplices (*principals and accessories*), subdividiendo los primeros en *principals* de primer grado y *principals* de segundo grado, y subdividiendo los cómplices en *cómplices antes del hecho* y *cómplices después del hecho*. También trató en los delitos no graves (*misdemeanours*), a los *abettors* ó auxiliadores. Pero todas estas distinciones no tienen eficacia práctica en cuanto á la pena, porque todos los cooperadores son castigados como los reos principales, y sólo vienen exonerados y castigados con pena menor los *cómplices después del hecho* (*accessories after the fact*), los cuales no son verdaderos cómplices sino meros encubridores que por la posterioridad de su acto de adherencia al delito no han podido cooperar en el mismo (1). Por la influencia del *common law* inglés, esta misma severidad en la apreciación jurídica se revela en el Derecho penal de los Estados Unidos de América, donde se hallan reproducidas las mismas distinciones del Derecho inglés, y la diversidad de castigo aparece únicamente para los *accessories after the fact* (2).

En todas las demás legislaciones del siglo XIX se echa de ver la tradición jurídica de los prácticos de la Edad Media. Así vemos que los Códigos alemanes y los suizos están sujetos á la graduación ya establecida por la *C. Carolina* en el común Derecho germano; distinguen la participación esencial de la accesoria; descienden á una detallada especificación de las varias formas de participación, y hacen de la conformidad posterior una categoría aparte bajo el nombre de favorecimiento ó ayuda, distinta cualitativa y cuantitativamente de la delincuencia y de la complicidad: y desde este único punto de vista, alguno de estos códigos dentro de ciertos límites castiga la omisión del impedimento ó de la revelación. Los más recientes de estos códigos tienen en cuenta también las circunstancias agravantes y atenuantes, para que la pena caiga sobre cada uno en proporción de su delincuencia individual (3). En el Código de Polonia de 1818 se reconocía también el principio de la graduación en la cooperación para el delito. En la legislación penal rusa (Cód. de 1845, §§ 13 á 16, §§ 123 y 124), y en la sueca (L. penal de 1864, cap. 3), se introdujo la distinción de *concurso prece-*

(1) *Stephen: «Summary»*. — *Davis: «The crim. law consolidation»*. Lond. 1880. p. 1 á 7.

(2) *Warthon: «American criminal. Lav.»*, 1861, § 91 á 194.

(3) *Berner: «Tratado del Derecho penal alemán»*. §§ 107-113. — *Temme: «Tratado del Derecho penal suizo»*, Argov. 1855, §§ 73-84.



de concierto y concurso *ex improviso*, adoptándose para el primero un criterio más severo pero sin desconocer nunca la graduación que existe entre la ayuda y la delincuencia principal. El Código de los Países Bajos (arts. 51-61) estableció que la ayuda en el delito debe tener como pena máxima, la mitad de la que corresponda al reo principal; consagra el principio de que las circunstancias personales no se extienden á todos los cooperadores, y en las circunstancias materiales exige como condición suficiente para hacerla recaer sobre los cooperadores, el haber podido ó debido preverlas. Sólo es de lamentar en este Código que se conserve el rigorismo del francés castigando como cómplice al encubridor. Bélgica, con el Código de 1867 (arts. 66-69), afirmó el principio de que el cómplice debe ser penado con pena menor que el reo principal, y reproduce la teoría de que las circunstancias personales deben tenerse en cuenta únicamente para aquellos cooperadores á quienes se refieren. El Código español (arts. 63, 64 y 69), establece tres grados: *autores, cómplices y encubridores*, castigando al cómplice menos que al autor, y al encubridor menos que al cómplice; consagra también el doble principio de la intransmisibilidad de las circunstancias personales y de la limitación de las materiales á sólo aquéllos que las conocían en el momento del acto que constituye la cooperación. El proyecto de Código portugués de 1861 (arts. 44-55) da el nombre de autores á los que cooperan en el delito con participación principal, y el de cómplices, castigándolos con pena menor, á los que prestan una participación secundaria.—Establece también el concepto de la *adherencia* ó conformidad, como el auxilio ó favorecimiento de los Códigos alemanes, comprendiendo bajo esta denominación no sólo toda omisión de revelación del delito ó de impedimento á su comisión, sino todo auxilio posterior al delito ó al delincuente: pero castiga la *adherencia* con una pena menor de la que corresponde á la participación secundaria del delito. El Código del Brasil (arts. 4.º, 5.º, 6.º y 35), castiga la complicidad con aquella misma disminución de pena que se establece para el coautor criminoso; pero al igual del Código de los Países Bajos, comprende entre los cómplices aun á los favorecedores por consciente encubrimiento. El Código alemán de 1870 establece tres categorías: *coautores, instigadores y auxiliares*. El Código último de Teófilo distingue *autores y cómplices*, reconociendo la gradación que hay entre la complicidad necesaria y la no necesaria.

§ 116. En este movimiento de la legislación del siglo XIX con



relación á la materia del concurso para el delito, los Códigos italianos representan un papel nada insignificante: ellos fueron los primeros en Europa que rechazaron las severas fórmulas de los Códigos franceses respecto á la igual consideración del delincuente principal, el cómplice y el encubridor, como también habían sido los primeros que durante los siglos anteriores habían proclamado en Europa, tanto en la enseñanza científica como en las leyes estatutarias, que si bien deben ser castigados todos los que toman parte en un mismo delito, no es justo que se les someta á una misma pena.

El proyecto de Código penal del Reino de Italia de 1804 estableció la distinción de autor principal y cómplice, con la regla de la mayor punición de los reos principales en comparación de quienes es partícipe del delito y estableció que las cualidades personales deben ser circunscritas á aquellos á quienes se refieren, sin extenderlas á los cómplices (1). La ley napolitana de 20 de Mayo de 1808 sobre los delitos y las penas, después de distinguir el delito en *directo*, en el cual el reo es el ejecutor del propio dolo, y en *indirecto*, en el cual el delito es cometido por otro, incluyó en las formas del indirecto el *provocar* y el *coadyuvar* al delito, y castigó como agentes principales á aquellos que aconsejan, dirigen y persuaden al delito, en el caso de que sin esta obra la determinación del reo hubiera sido vacilante ó dudoso el suceso; y llamó cómplices, castigándoles con pena menor, á los instigadores que sólo han facilitado la ejecución. Esta ley sólo consagró la extensión de la complicidad al caso de la *receptación* ó encubrimiento, y consideró también la *ratihabitio* como presunción legal de mandato cuando el ratificante ha tenido conocimiento previo del delito mismo (2). Cuando en la Italia meridional se publicó como ley en 1812 el Código francés de 1810, los penalistas napolitanos protestaron vigorosamente contra la doctrina francesa, y entre éstos debe ser recordado en primer término Liberatore (3). Así, en la reforma de los Códigos hecha en Nápoles en 1819 apareció una teoría adecuada sobre el concurso para el delito, en la cual tuvo el nombre de *cómplice* todo el que fué partícipe en el delito con acto diverso de su material ejecución. Pero algunos cómplices, por la antigua concepción tradicional del *dux sceleris*, fueron considerados siem-

(1) *Frog. di C. penale per il Regno d'Italia* (1804), arts. 73 á 84.

(2) *L. 20 Maggio 1808 sur delitti e sulle pene*, arts. 19 á 25.

(3) *Saggio sulla Giurisp. pen. del Regno di Napoli*, 1814.



se como cómplices necesarios y castigados como el autor del delito. Por otra parte, la ayuda dió lugar á los dos grados de inculpación y de punición de la *complicidad necesaria* y de la *complicidad innecesaria*; el encubrimiento fué apreciado para ciertos delitos, pero siempre como un delito *sui generis*, y castigado con pena menor de la señalada á cualquiera participación. Además, la apreciación de las circunstancias para los *co-reos* y los cómplices fué fundada sobre estas dos bases: 1) las circunstancias personales no se extienden de uno á otro de los codefincuentes; 2) las circunstancias materiales por las cuales se agrava el delito, perjudican únicamente á aquéllos entre los *co-reos* ó cómplices que las conocían en el momento del hecho constitutivo de su acción ó cooperación criminal (1). En virtud del impulso del Código napolitano, los demás Códigos italianos se separaron de la doctrina de la legislación francesa.

El Código de Parma acogió el principio del napolitano de castigar á los cómplices como á reos principales sólo cuando su cooperación fué necesaria para la perpetración del delito y con pena menor en los demás casos. Pero se separó en tres puntos del Código de 1819. El primero fué una variedad de locución, dándose á cierta clase de partícipes (que el Código napolitano consideró como cómplices necesarios) el nombre de *agentes principales*. El segundo fué un progreso sustancial, pues mientras el Código napolitano consideraba siempre como complicidad necesaria la instigación y la destrucción para delinquir, el de Parma puso entre los cómplices, por lo tanto sujetos á la gradación de complicidad necesaria y complicidad no necesaria, á aquellos que instigan ó dan instrucciones para cometer un delito. El último fué un retroceso, porque el Código olvidó la disposición del Código napolitano que limita la responsabilidad de las circunstancias materiales agravantes á aquellos entre los *co-reos* ó cómplices que las conocían en el momento de su participación criminal (2). El Reglamento romano de 1832 quiso formular un principio general y comprensivo, esto es, el de que los *co-reos* y los cómplices de un delito, cuyo dolo en concepción, realizarlo ó consumarlo se ha manifestado como menor que el propio del agente principal, deben ser castigados con pena menor en uno á tres grados de la prescrita para los agentes principales.

(1) Arts. 74 á 77 del C. pen. Napol. 1819.

(2) Arts. 82 á 88 del C. pen. de Parma, 180).



El Código parmesano acogió también del napolitano los principios sobre las circunstancias del delito en orden á los varios parajes, con una modificación poco feliz cual es la que sólo las modalidades agravantes, sean personales, sean materiales, deben estar á cargo de todos aquellos que las conocían al realizar la acción criminal (1). Al Código de Parma se atuvieron como á un tipo común en esta materia, otros tres Códigos italianos, á saber: el *Código albertino* en los antiguos Estados sardos de 1839, el *Código estense* de 1855 y el nuevo *Código para el Reino de Italia* de 1859. Entre los Códigos que siguieron al napolitano desarrollando sus doctrinas, deben enumerarse las leyes de Malta de 1852 y el Código penal de S. Marino de 1865. El Código de Malta, aun cuando se aproxima mucho al Derecho inglés, puesto que afirma que los cómplices sean castigados como los autores, salvo especiales determinaciones de la ley, sin embargo, mejoró la teoría de la responsabilidad en punto á las circunstancias, pues que además de producir el principio del Código napolitano respecto á las circunstancias personales, afirmó en el art. 41 que cuando dos ó más individuos concurren en un delito dado, cualquier acto por el cual el delito se hace más grave cometido por alguno de los mismos es solamente imputable: 1), al que lo ha practicado; 2), á aquel cuyo previo conocimiento se ha realizado; y 3), á aquel que conociéndolo en el momento de la acción y pudiendo impedirlo, no lo ha impedido (3). De igual modo el Código de S. Marino da el nombre de *autores ó coautores* á aquellos que de cualquier modo participan en el delito, y hace graduable la pena de todos los cómplices según que la cooperación fué ó no necesaria. Sólo es de censurar en este Código una disposición tomada del Reglamento gregoriano, cual es la de extender á todos los codefincuentes las circunstancias personales agravantes; pero sin indicar la condición que el Reglamento señalaba, de haberlas conocido los partícipes á los cuales dichas circunstancias no se refieran (4). Por otra parte, ambos Códigos, el de Malta y el de S. Marino, convirtieron en norma legal una teoría afirmada por la jurisprudencia napolitana, cual es la de la *complicidad correspondiente*, la cual significa que cuando dos ó más

(1) Reglam. Gregor., arts. 13, 14, 15.

(2) Cód. sardo, arts. 107 á 110. — Cód. estense, arts. 72 á 75. — Cód. ital. 1859, artículos 102 á 105.

(3) *Leggi penali dell'Isola di Malta* (1852); arts. 30 á 43.

(4) Cód. pen. de la Rep. de S. Marino (1865) arts. 85 á 97.



Individuos se determinan á realizar en común un delito y en el acto de la ejecución sólo uno de ellos es el autor sin poder aclararse cuál de ellos fué, todos son penados como cómplices, lo cual quiere decir que se aplica á todos indistintamente, de dos hipótesis, la menos severa. Pero también en el Código de S. Marino esta disposición adopta la forma de una mera transacción, al fijar para todos la disminución de un grado en la pena, mientras que la ayuda era ya castigada en el caso de ser necesaria para la perpetración del delito, con un grado menos que la pena señalada para el autor (1).

Finalmente, debemos mencionar el Código toscano, que no sólo se separó en esta materia del Código francés, sino de todos los otros Códigos italianos, aproximándose á las determinaciones de los nuevos Códigos alemanes. En efecto: este Código distinguió al *autore* y al *consiliatore*; consideró como autor, no sólo al *auctor materialis*, sino también al *auctor intellectualis* (el *urheber* de los códigos alemanes), esto es, aquel que induce directamente á la ejecución del delito; consideró como auxiliador á todo otro cooperador; castigó las varias clases de autores con la misma pena, salvo el poder castigarse á los coautores con pena diversa según el límite de su cooperación; fijó para el auxiliador una pena siempre menor, salvo el caso de auxilio necesario ó concierto precedente; contempló la ayuda (*favoreggiamento*), constituida por actos preliminares, como una categoría aparte que sólo en el caso de promesa anterior se confunde con la ayuda eficaz, y descendió á una detallada especificación de casos para la punición, ya del *auctor intellectualis*, ya del auxiliador (2). A esta diversidad de sistemas había llegado la legislación italiana sobre el concurso de delincuentes en 1861, cuando Italia procedió á la unificación de su Derecho penal en cuanto era posible. Así, en las provincias meridionales se formuló un sistema encaminado á reunir las determinaciones del Código de Parma, con las del Código napolitano de 1819. El decreto de 1861 fundió sus tradiciones, acogiendo las disposiciones del Código de 1859 é introduciendo algunas modificaciones esenciales. Establece que además del hecho de los autores, hay una doble participación en el delito, la de los *agentes principales* y la de los *cómplices*; pero en la categoría de los agentes principales coloca sólo

(1) V. *Leyes de Malta*, art. 408.

(2) Cód. pen. Tosc. (1853), arts. 49 á 61.



á aquellos que determinan directamente á otros á realizar un delito y á aquellos que se deciden á cometerlo por efecto de una provocación ajena. En la categoría de los cómplices coloca á todos aquellos que toman parte en el delito bajo la forma de auxilio. Además de esto, determina la posibilidad de una gradación para los cómplices, pues su participación puede ser ó esencial ó accidental, y en este caso, es penada con uno á tres grados de menos en relación con la delincuencia principal. Por otra parte, en cuanto á las circunstancias, además del principio común á ambos Códigos, de la intransmisibilidad de las circunstancias personales sean favorables sean desfavorables, fija dos principios importantes: 1) Las circunstancias materiales que agravan el delito perjudican solamente á aquéllos entre los *co-reos* y cómplices que las conocían en el momento de la acción ó de la cooperación constitutiva de su delincuencia. 2) Cuando las circunstancias materiales sean un delito por sí mismas, no basta su simple conocimiento, recaen sobre aque'los que además de su participación en el delito sean autores ó agentes principales ó cómplices de las mismas (1). Así, en el Derecho positivo italiano anterior al Código vigente de 1889 la materia del concurso de delincuencia se hallaba regulada por tres sistemas diversos: en la Toscana, por los artículos 49 y 50 del Código de 1853; en las provincias meridionales, por los artículos 102 á 105 del Código de 1859, modificados por el decreto de 1861; y en el resto de Italia, por los arts. 102 á 105 del Código de 1859 tal como fueron publicados en un principio, en los cuales se reproducen las doctrinas del Código de Parma. Pero no obstante tal diversidad en las aplicaciones secundarias, había principios acogidos por estos tres sistemas, cuales eran: 1), que no todos los partícipes de un delito deben ser castigados con la misma pena; 2), que los actos posteriores al delito, sin concierto precedente, los actos de omisión, no constituyen concurso para el delito; 3) que la responsabilidad de los varios partícipes debe atemperarse á la parte que cada uno haya tomado en la perpetración del delito.

§ 117. El título 6.º del libro 1.º (arts. 63 á 66) del Código italiano de 1889 trata del concurso de delincuentes, recogiendo las tradiciones de las anteriores legislaciones y evitando en esta materia como en todas las demás, el emplear denominaciones técnicas que tienen un valor conocido en la ciencia, pero que no

(1) Arts. 102, 103, 104, 105, según el Decreto de 1861.



siempre suelen ser bien interpretadas por el saber popular. Siguiendo en el fondo de su doctrina más al Código toscano que al de 1859, el vigente no establece más que dos categorías de las personas que intervienen en un mismo delito: los que podemos llamar *autores* en toda la generalidad de esta palabra, y los que podemos llamar *favorecedores* (*auxiliadores*, según el Código toscano, *cómplices*, según el de 1859) (1). De los primeros habla el art. 63; de los segundos, el 64; el 65 trata de las circunstancias personales agravantes de la penalidad, y el 66 de las materiales.

El primer párrafo del art. 63 habla de los autores que conjuntamente realizan el hecho y de los que cooperan inmediatamente a su ejecución, sufriendo todos ellos igual pena. «Cuando varias personas concurren en la ejecución de un delito, cada uno de los ejecutores y de los cooperadores inmediatos queda sometido á la pena establecido para el delito realizado.» El párrafo segundo habla de los autores morales *que determinan á otros á cometer el delito*, distinguiendo el caso en que el autor material hubiera realizado también el delito por cuenta propia, *por motivos propios* que dice la ley, de aquel otro en que no lo hubiera realizado sin haber sido inclinado al delito por el autor moral; en el primer caso, la pena es desigual; en el segundo, es la misma. «A la misma pena queda sometido aquel que ha determinado á otros á cometer el delito; pero á la cárcel perpetua sustituye la reclusión de veinticinco á treinta años, y las demás penas son disminuidas en una sexta parte, si el ejecutor del delito lo ha cometido también por motivos propios.»

El art. 64 habla de los cómplices ó auxiliadores de la legislación anterior, sin emplear dichas denominaciones, pero reproduciendo las reglas del Código toscano y de 1859. Se establecen tres clases de personas, comprendidas en un mismo grupo para los efectos de la penalidad á que están sometidas. Dice así dicho artículo: «Será castigado con la reclusión por un tiempo no menor de doce años cuando la pena establecida para el delito cometido sea la de cárcel perpetua, y en los demás casos con la pena establecida para el delito mismo, disminuida en la mitad, aquel que ha concurrido en el delito: 1.º, excitando ó reforzando la resolución de cometerlo, ó prometiendo que prestará asistencia ó ayuda

(1) Cuya denominación tenía muy diverso sentido que en la legislación española. — (N. T.)



después del delito; 2.º, dando instrucciones ó suministrando medios para realizarlo; 3.º, facilitando su ejecución, ó prestando asistencia ó ayuda antes ó durante el hecho.» Nótese que para estas tres clases de complicidad está implícitamente afirmada la necesidad de dos requisitos: el conocimiento de que se ayuda la comisión de un hecho punible, y la libertad con que se presta semejante ayuda, porque sin estas dos condiciones faltaría la influencia subjetiva en el hecho de la participación en el delito de otro. El último párrafo de este mismo artículo establece una distinción, al decir: «La disminución de pena para el culpable en alguno de los hechos previstos en el presente artículo no se aplica si el delito no se hubiera realizado sin su concurso», porque entonces, más que cómplice es verdadero autor y participa con éste de la pena íntegra. El art. 65 dice: «Las circunstancias y las cualidades inherentes á la persona; permanentes ó accidentales por las cuales se agrava la pena de alguno de los que han concurrido al delito, cuando hayan servido para facilitar su ejecución, estarán también á cargo de los que las conocieran en el momento que han concurrido, pero la pena puede ser disminuída en una sexta parte y á la cárcel perpetua puede sustituir la reclusión de veinticinco á treinta años.» Esta disposición contiene implícitamente la regla general de la intransmisibilidad de las circunstancias personales de uno á otro de los concurrentes en el mismo delito, admitiendo la excepción para aquellas agravantes inherentes á la persona, ya permanentes, ya accidentales, que hubieran servido para favorecer la ejecución del hecho punible y eran conocidas por el cooperador en el momento de su concurrencia en el delito. El concepto del legislador al establecer esta excepción de rigor es que cuando las circunstancias y cualidades personales sirvieron de medio para la comisión del delito, se enlazan de tal modo al delito en su objetividad, que pueden considerarse más bien como circunstancias materiales que como personales. Así, por ejemplo, si ha falsedades en actos públicos que no pueden verificarse sin el concurso del funcionario público que interviene en ellos, esta cualidad de funcionario público se comunica á los que la conocían en el momento de su concurso, si bien ellos no fuesen funcionarios públicos. Esta era la teoría de Nicolini. La jurisprudencia napolitana no la admitió, acomodándose al principio del Código de 1830 que declaraba intransmisibles de uno á otro de los concurrentes en un mismo delito las circunstancias personales. El Código nuevo



hace suya esta doctrina científica, pero introduce en ella una modificación en cuanto deja al arbitrio judicial el disminuir la pena en un sexto para aquel que no se halla directamente influido por la circunstancia ó cualidad personal, y el someterlo en el caso de que el delito tenga señalada como pena el *ergastolo*, á la reclusión de veinticinco á treinta años. Finalmente, el art. 66 último de este título, se refiere á las circunstancias materiales que agravan la pena, y determina lo siguiente: Las circunstancias materiales que agravan la pena, aunque hagan mudar el título del delito, están también á cargo de los que las conocían en el momento en que concurrieron al delito»; con lo cual el vigente Código ha vuelto al sistema del Código napolitano, mejorando la locución que este empleaba. Además de esto, el Código castiga como delitos especiales la ayuda posterior á un delito (*favoreggiamento*) y el encubrimiento (*ricettazione*) (1).

*C. Doctrina especial acerca de las formas singulares  
de concurso para el delito.*

§ 118. Expuesta ya la teoría general del concurso de delinquentes, procedamos ahora á un examen más especial, esto es, á la determinación de las formas singulares de participación, viendo cada una de ellas en sí misma, en sus condiciones y en sus especies: en este examen particular se verá más concretamente la gradación que existe entre la participación principal y la participación secundaria.

La historia del delito nos presenta muchas y muy variadas formas que adopta el concurso de delinquentes; pero todas ellas pueden reducirse, en nuestro sentir, á algunas categorías fundamentales deducidas de los varios momentos de la acción criminal. Cuando es una sola la persona que realizó el delito, este le pertenece todo entero y exclusivamente como su producto: él es *autor* (*auctor*) del mismo, y toda la esencia del delito se concentra en la actividad interna y externa del individuo que aparece como sujeto delincuente. El sólo y por propios internos impulsos se determina á obrar; él es quien tiene interés porque el delito se cumpla, y él es el único que conduce su actividad desde la interna y subjetiva volición hasta la realización objetiva y exterior del con-

(1) Artículos 225, 421 y 431.



tenido de aquélla. En esta forma no hay nada de particular que distinguir.

La *societas sceleris*, la reunión de voluntades y actividades individuales que convergen al fin común del delito, es la que puede presentar varias formas de aparición, las cuales á nuestro juicio son tres: 1) El delito puede ser querido y realizado por dos ó más personas en aquel mismo hecho esencial que lo constituye, como por ejemplo, cuando varios individuos después de haber concertado entre sí la ejecución de un robo y preparado los medios á propósito, todos se presentan ante una casa, todos abren violentamente la puerta y todos se entregan al pillaje con los objetos que encuentran llevándoselos consigo: 2) Existiendo en el delito propiamente dicha cooperación, la cooperación puede separarse de tal modo que uno forme el propósito y haga algo para que sea aceptado, absteniéndose después de los hechos materiales de ejecución, y otro adopte aquel propósito y haciéndolo suyo realice la acción material; y por último: 3) Un hecho criminoso puede componerse de muchos hechos particulares, uno de los cuales debe ser aquel en que especialmente se concreta el delito, mientras que otros sirven á éste como medios para la realización de un fin: tal sucede por ejemplo, cuando un individuo ataca á otro llevando consigo varias personas que por el número y por su presencia armada le infunden miedo, y el autor, así facilitado para realizar su deseo, consuma el delito consumado el hecho principal del mismo; ó también cuando un individuo implora el socorro de otro para que de un modo dado le preste los medios necesarios para la consumación del delito. La primera de estas tres formas, es la de los *coautores*; la segunda, es la que divide el concurso en los dos momentos de la *provocación directa* y de la *ejecución material*; la tercera divide el concurso en *delincuencia principal* y *ayuda ó socorro*.

§ 119. Al decir *coautor*, se quiere significar la identidad de acción, esto es, que en el concurso de delincuentes todos han realizado aquel mismo hecho que constituye el delito. Así, cuando de común acuerdo dos personas atacan á un individuo y ambos le causan heridas mortales, claro es que ambos son homicidas, si no se sabe por cuál de las heridas ha ocurrido la muerte. Así también cuando convienen varios individuos en realizar un hurto, y todos penetran en la casa, y todos la registran, y todos toman lo que hallan á mano, todos son coautores de hurto. En tales casos, todos deben ser sometidos á un mismo castigo. Pero cuando exista una



*societas sceleris* organizada bajo la autoridad de un jefe, la intensidad de la cooperación de éste es indudablemente mayor que la de sus asociados, pues que en él reside principalmente el pensamiento que dirige la asociación, en él se refunde como en su común principio toda la actividad criminosa de los individuos particulares, y por eso en semejantes casos, el jefe debe sin duda alguna ser sometido á una pena mayor, ya que es mayor también la actividad por él empleada en la existencia y comisión del delito. De aquí que sea principio del Derecho vigente que el formar cuadrillas armadas, ó el desempeñar en ellas una función ó mando especial, debe ser castigado con una pena mayor de la que corresponde á los que forman parte de las mismas, ya se trate de fuerza armada para un fin político, ya de asociaciones de malhechores con intención de cometer delitos contra las personas ó la propiedad (1).

Pero también es preciso hacer notar, que cuando una sociedad criminal presente el caso de delitos singulares además de aquel mismo de la asociación, no todos los delitos recaen sobre todas las personas que constituyen dicha sociedad, porque *singulorum proprium est maleficium* y *regula juris est ut noxa tantum caput sequatur*, sino más bien solo aquellos delitos que por común concierto y deliberación fueron perpetrados.—El vínculo criminoso de la asociación no significa por sí mismo un concurso criminoso de todos en cada uno de los delitos.

§ 120. La segunda forma del concurso de delincuentes corresponde á la separación de la participación en dos momentos, representado uno por el *autor intelectual*, y otro por el *autor material*; el vínculo criminoso que los une haciendo que exista una unidad compleja, es el hecho de la provocación para delinquir (2).

La provocación ó excitación es la suma de esfuerzos empleados por un individuo para que otro ú otros realicen el delito por él querido: no consiste, pues, en un mero propósito, sino que agrega á este un modo de obrar sobre la voluntad de otro hombre, vendiéndola, sometiéndola, haciéndola instrumento para la realización del deseo del provocador. En la provocación aparece un ser dotado de voluntad que obra con esta sobre otra voluntad: por eso el hombre que provoca es causa del delito de un modo algún tanto di-

(1) V. los arts. 131 y 249 del Código vigente italiano, y los arts. 244, 251 y 517 del Código español.

(2) Cassae: «De auctoribus delictorum psychologicis». Havniæ 1835.—De Hay-  
«De auctore delicti quem vocant intellectualem». Marb. 1857.



verso de las demás manifestaciones del delinquir, siendo así que el provocador no debe vencer fuerzas físicas y someterlas á su voluntad sino que debe vencer una fuerza moral, subordinando á sí misma una voluntad ajena la cual únicamente está excitada, no impulsada: por eso también, el ejecutor material es siempre causa eficiente de sus propios movimientos. La provocación, pues, no quita del todo al provocado la libertad moral (de otro modo degeneraría en coacción, privando al sujeto que obra de toda clase de culpabilidad), sino que presenta motivos determinantes para la voluntad de otro hombre.

§ 121. En el Derecho romano encontramos expresamente formuladas varias clases de la provocación directa. Así, era responsable por orden dada para delinquir *is qui jubet*, con tal que hubiese derecho de superioridad jerárquica (*si modo jus imperandi habuit*), porque en caso contrario *cum eo agendum est qui fecit*; salvo que podía ser castigado como *suasor* el que había mandado *sine jus imperandi* (1). Otra especie de provocación era el mandato. *Mortales cordis perinde ac homicidae puniuntur* (2). Y por último, encontramos la instigación bajo el nombre de *consilium*; pero no toda instigación del deseo criminoso es castigada, sino únicamente aquella que de un modo directo ha incitado al delito. *Consilium danda videtur qui persuadet et impellit, atque instruit consilio* (3): el que de este modo instigaba, se llamaba *suasor* (4). De esta doctrina podemos deducir tres especies de provocación, puesto que se puede impulsar la voluntad de otro hombre, ó por una orden cuando se ejerce autoridad sobre él, ó por convenio ó *mandatum criminosum*, ó por la instigación.

a) La orden (5) se relaciona con la teoría de la obediencia jerárquica. En todas aquellas cosas *quae habent atrocitatem facinorosa* fuera de los casos especialmente enunciados por la ley como hechos que no constituyen delito, la orden no disculpa al ejecutor y es preciso castigar *eum qui jussit* y *eum qui fecit*. Pero para responder al superior de cooperación por una orden dada, debe abusar de su

(1) L. 37 pr. D. ad L. Aquil.—l. 11, § 3 á 6, D. de injur.

(2) Paul: *Rev. Sent.* V, 23.—Cf. L. 15, D. ad L. Corn. de Sic.—l. 11, D. de injur.—l. 7, D. de jurisd.—l. 152, § 1 D. de reg. jur.

(3) L. 50, § 2, 3, D. de furt.—Instit. IV, l. 11.

(4) L. 12, D. ad L. Jul. de adult.

(5) Orell: *An et quatenus jussio eum qui paret a poena excuset eamve minuatur*. Leips. 1786.—Hommel: *De poena ejus qui ex mandato aut jussu delinquit*. Viteb. 1796.



testad, esto es, mandar actos que tuvieran algun vínculo con las atribuciones de que se halle revestido, actos que estén ligados con facultades y ordenarlos á quien estaba obligado á prestarle alguna obediencia.

b) El *mandatum* (1) es el *pactum sceleris*: se compone de *proposición* y *aceptación*; y sin la aceptación no puede ser punible la mera proposición porque el mandato no existe todavía.

c) La *instigación* (2) consiste en excitar los sentimientos de un hombre para la consumación de un delito, de tal modo, que su voluntad, sin quedar sometida á impulsiones exteriores, es decir á una coacción material, se determine á realizar un delito. Y aquí es preciso buscar la instigación en sus elementos esenciales, para que se la tenga como tal instigación y se la castigue como conculso para el delito, pues algunas veces una palabra imprudente puede ser la ocasión del delinquir. Esta persuasión para el delito puede realizarse merced á artificios culpables, ó sea suscitando esperanzas ó temores en el ánimo de aquél á quien se quiere persuadir.

§ 122. Las reglas concernientes á la provocación como forma de participación para el delito, son las siguientes:

1) La provocación debe ser determinada, esto es, debe excitar á un delito determinado. Una provocación abstracta para delinquir no podría constituir un hecho que hiciera al provocador responsable de un delito determinado cometido por otro, porque falta en el aquella voluntad específica para que un delito dado se realice, y el hombre debe responder de su provocación, precisamente cuando se realizó en un delito determinado habiéndolo querido y habiendo hecho por cometerlo aquel esfuerzo que consiste en la excitación de otra voluntad. En suma, el provocador debe haber querido aquel delito que se ha realizado, y á él precisamente debe haber provocado.

2) Por la misma razón de correspondencia entre la provocación y el delito cometido, es necesario que *el provocado realice lo que fué*

(1) *Stryk*: «Diss. de mandato delinquendi». Francf. 1690. — *Lyncker*: «Diss. de mandato rei turpis» 1699. — *Leyser*: «Diss. de mandato turpi» (in *Med. ad Pand.*, p. 183).

(2) *Lauterbach*: «De consilio ejusque jure». Hal. 1654. — *Stryk*: «De juro persuasoria». Francf. 1678. *Id.* «De jure blanditiarum», ib. 1678. — *Drell*: «De poena instigationis». Viteb. 1754. — *Reinhardt*: «De consilio in criminalibus ejusque effectibus». Erf. 1732. — *Haste*: «De consilio in criminalibus ejusque effectibus», 1732. — *Abwenderdörfer*: «Diss. de comminatione». Leips. 1788.



*querido por el provocador*: si el ejecutor se aparta del contenido de la provocación, realiza por cuenta propia su propósito y no el del otro. Por eso es preciso reconocer como un principio general de la provocación, el que los penalistas enseñan acerca del exceso en el mandato: cuando el provocado ha realizado una cosa diversa de la querida por el provocador, si la diferencia está en el fin, el delito cometido no cae sobre éste, á no ser cuando el provocado ejecutó un hecho que era consecuencia previsible de aquello á que se le provocaba: y si la diversidad está en el medio, el provocador debe responder de lo realizado sólo cuando el medio no ha cambiado la naturaleza del delito que formó la materia de la provocación. Esta doctrina fué también admitida por los prácticos fundandola en aquel principio del Derecho romano: *finis mandati custodiendi sunt, nam qui excessit aliud qui facere videtur* (1).

3) La provocación en sí misma considerada constituye á la vez más un hecho preparatorio, haciendo posible la comisión del delito para aquel que la quiere sin tener la voluntad de realizarlo por sí mismo. Por el contrario, considerado el delito con respecto á la acción, el propósito que acepta el ejecutor es un hecho que tiene su raíz en la actividad del provocador, y que produciendo el delito hace á aquél causa eficiente y consciente del mismo. De aquí se deduce que el provocador no es responsable sino cuando el delito ha sido realizado por aquella persona á la que excitó á delinquir. De lo cual se deducen dos consecuencias: 1.<sup>a</sup>, la punibilidad del provocador comienza allí donde comienza la punibilidad del ejecutor, esto es, en el conato próximo á la consumación del delito; 2.<sup>a</sup>, el desistimiento voluntario del ejecutor cuando empezó la realización del hecho punible, ó el abstenerse de comenzar, libra al provocador de toda clase de castigo. Sin embargo, esta doctrina ha recibido algunas limitaciones tanto en la esfera teórica como en la esfera práctica. Los antiguos penalistas italianos, al mismo tiempo que la admitieron como regla general establecieron excepciones para el delito de lesa majestad y para el de asesinato, opinando que en semejantes delitos la provocación no seguida de resultado criminoso debía castigarse con pena extraordinaria (2); y principalmente en el mandato para matar, los anti-

(1) L. 5 pr. D. mandati vel contra.

(2) Gandin: «Rubr. de pen. reor.», n. 9, 12. — Bartol: t. VI, p. 129. — Arden v. «Sempronio», n. 9. — Bos: «De homic.», n. 4. Cf. «De mand. ad hom.», n. 11.



prácticos italianos sostuvieron que aun cuando el homicidio hubiera realizado, el sólo pacto criminoso hace responsables al mandante y al mandatario (1). En las modernas legislaciones esta teoría no fué acogida sino en los delitos políticos, en los cuales se castiga la provocación aunque no vaya seguida de resultado criminoso.—Algunos escritores como De Simoni y Roberti, proclaman la vuelta á la doctrina antigua, castigándose como un delito especial el mandato para matar, cuando el mandatario desiste del delito criminoso.

La provocación puede ser revocada siempre que se haya hecho algo para determinar la voluntad de otro hombre; pero para que el desistimiento del provocador sea causa de exención de responsabilidad jurídica, no basta por parte suya un cambio de voluntad, sino que es preciso que exista una actividad que anule la actividad de provocación producida. Por eso, si el provocador ha tratado á todo tiempo de contener al ejecutor, cuando éste obre con conocimiento de la transformación de la voluntad de aquel, obra ya por cuenta propia y sólo á él se limita la responsabilidad del delito. Si el ejecutor material no conocía el desistimiento del provocador, tal desistimiento queda reducido á un arrepentimiento inoportuno y debe siempre considerarse como concurso para el delito la provocación efectuada.

La punibilidad de la provocación y de la ejecución material debe determinarse teniendo en cuenta lo ya dicho anteriormente. El ejecutor debe siempre ser castigado como autor, porque *ha cometido y ha realizado* el hecho criminoso. El provocador no debe ser castigado siempre con igual pena. Cuando su provocación ha sido la sola causa determinante de la voluntad del ejecutor, es preciso sostener que la pena debe ser igual para ambos; pero cuando el provocado tenía ya en su ánimo la razón impulsiva del delito, cuando la provocación ha robustecido la voluntad del provocado, cuando *non est causa criminis*, sino más bien una de las concausas, imponiéndose como tal una pena menor (2). Sin embargo, en el primer caso es preciso dejar al juez una extensión de pena, porque

«*rim. les. maj.*», n. 33.—*Menochi*: «*De arb. jud.*», qu. cas. 360, n. 39.—*Furi-*  
*us* 124.

1. *Beccaria*: «*In Pragm. 1 de assass.*», n. 3, 14.

2. Esta doctrina, acogida por algunos penalistas antiguos, como De Angelis y Beccaria, fué también admitida como principio jurídico en el Código de Baden, 1802, y en el Código toscano.



no siempre el mandante es más culpable que el mandatario, ni en todo caso el mandatario lo es más que el mandante, pues como dice Rossi, no puede establecerse una regla absoluta que afirme, ya la igualdad, ya la desigualdad de punibilidad entre el provocador y el provocado (1).

§ 123. La última forma que el concurso adopta es la de ayuda ó auxilio (*auxilium crimini*). Cuando el hecho criminal que constituye el delito no puede realizarse por aquel individuo que trata de efectuarlo, con sólo los medios de que dispone, es menester que otros realicen algunos hechos que, ó sirvan de medio para la ejecución, ó remuevan obstáculos que la misma presente, dividiéndose el hecho criminoso en *acción principal* y *auxilio*. Al que realiza la acción principal se le da el nombre de *delincuente principal*; al que ayuda se le llama en lenguaje vulgar *cómplice*. La ayuda deba ser estudiada en su esencia y en sus especies para apreciar bien sus consecuencias jurídicas.

1) El auxilio para el delito tiene como índole propia la de contener una acción diversa del hecho principal en que el delito encarna. Aquel que mata no es cómplice, sino delincuente principal; aquel que sujeta á la víctima, mientras otro la hiere mortalmente, es el auxiliador del homicida. De aquí surge el aforismo jurídico de que *no hay cómplice donde no hay reo principal*, no pudiendo imponerse auxilio criminoso sin admitir un delito que imprima su propia delincuencia á aquel hecho cuya ejecución ha facilitado.

2) El auxilio puede ser moral ó material. Es *moral*, cuando sin relacionarse con la misma ejecución, pone el ánimo del culpable en situación de poder obrar; y es *material*, cuando presenta medios ó hechos materiales que se enlazan con el hecho principal.

a) El auxilio moral se manifiesta: 1.º, en el que *instruye al delincuente*, indicándole cuál es el modo de conducirse para la consumación del delito y reforzando su razón le dispone para la ejecución; 2.º, en el que anima al delincuente con promesa de algún hecho material por parte suya, haciéndole confiar, ya en la impunidad ó facilidad de ocultar las pruebas del delito, ya en la ayuda

(1) De conformidad con la escuela antigua, Feuerbach quería que se castigara siempre con mayor pena al mandante, á cuya exagerada opinión contraponía Pissanelli en una disertación referente á este punto (V. el *Progreso*, periódico de Nápoli, 1837), la de que el mandante, en todo caso debía ser sometido á una pena menor. Nosotros, dejando á un lado ambas opiniones, nos atenemos á la doctrina de Rossi por parecernos la más adecuada á la más prudente.



material al tiempo de la ejecución, aun cuando el hecho prome-  
no se cumpla.

1) El auxilio material se manifiesta: 1.º, en el que concurre á  
preparación del delito presentando medios, como el suministrar  
armas para matar, cuerdas, escalas ó ganzúas para robar, el dejar  
abierta una puerta para que los ladrones entren en lugar cerrado,  
casos análogos; 2.º, en el que sin realizar el hecho constitutivo  
del delito, presta su ayuda al tiempo mismo de la ejecución rea-  
lizando algún hecho, como el colocarse para ver si viene gente  
cuando el ladrón penetra en la casa, el intervenir con su presencia  
para hacer número con el que asalta á un viajero, y otros hechos  
de semejante naturaleza.

2) El auxilio, tanto moral como material, hace siempre res-  
ponsable á aquel que lo presta en nombre del delito cometido por  
el autor principal. No hay duda que la pena de cada delito debe  
ser por entero sobre el autor, por ser el que especialmente repre-  
senta el elemento subjetivo de cada delito. Pero el que ayuda y  
se le llama *socius criminis*, no debe ser castigado con igual pena.—  
Cuando su cooperación era tal que sin ella el delito no se hubiera  
realizado, es preciso reconocer en el auxiliador una mayor punibi-  
lidad; por el contrario, debe ser castigado con pena menor cuando  
su cooperación era tal que independientemente de ella el delito  
habría sido realizado.

3) Finalmente, para completar la doctrina del concurso de de-  
linquentes es preciso considerar la ayuda para el delito en sus re-  
laciones con el conato. Ahora bien: relacionando la doctrina del  
auxilio con la del conato criminoso, surgen dos cuestiones: una es  
de saber si hay posibilidad de un conato de ayuda para el de-  
lito; otra si hay posibilidad de una ayuda en el conato criminoso.  
La primera cuestión debe resolverse negativamente, y en este sen-  
tido opina también Zachariæ; y aunque Kostlin se decide por la  
afirmativa, sin embargo, á nosotros nos parece que no cabe conato  
de concurso, pues no presta verdadera ayuda al delincuente sino  
aquel que hace algo que facilite la realización del delito; así es que  
la ayuda, sólo en cuanto se ha realizado como un evento dado  
puede facilitar el delito y relacionarse con él. Con respecto á la  
segunda cuestión, desde luego se resuelve en sentido afirmativo, por-  
que el conato criminoso es punible como delito aun que quede en  
los límites de delito imperfecto, y si objetivamente es delito se  
multiplica como tal para todos cuantos en él concurrieron.



\*\*\* Así como Carrara estudia primero el delito en su fuerza moral y después en su fuerza física, Pessina, con un simple cambio de palabras, estudia primero la acción humana considerada del lado interno del propósito, y después la acción humana considerada como *violación del Derecho*, del lado externo de la ejecución. A esto último se contrae el presente capítulo, que consta, á su vez, de dos partes, según acabamos de ver, puesto que en una se estudia la *cantidad* y en otra la *calidad* del obrar criminoso.—Por el espíritu de nuestras notas anteriores, es fácil presuponer la disconformidad en que hemos de hallarnos con la doctrina aquí desenvuelta magistralmente por el autor, disconformidad que desde luego nos obligaría á desechar el mismo título general del capítulo, y que se acentúa notablemente en la primera sección de él, consagrada á lo que otros tratadistas exponen dentro del examen de la *vida ó generación del hecho punible*. Esta vida que como toda vida, supone sucesión de momentos en que por grados la evolución progresiva se manifiesta la esencia de lo que vive, no pasa totalmente inadvertida á cuantos prestaron atención al proceso de la conducta humana, moralistas, psicólogos, juristas, siquiera no concuerden en la fijación del número de sus grados y en el aprecio de cada uno. *Unusquisque vero tentatur á concupiscencia sua abstractio el illectus; deinde concupiscencia, cum conceperit, parit peccatum peccatum vero cum consumatum fuerit, generat mortem*, nos dice Santiago en su Epístola, confirmando aquella especie de aforismo *nemo repente fuit turpissimus*; y los penalistas que, desde su punto de vista, persiguen el desarrollo de la acción criminosa, han venido á distinguir en ella actos internos y actos externos, incluyendo en éstos los preparatorios y los de ejecución; ó bien actos preparatorios y de ejecución, incluyendo en el primer grupo los internos y los externos (morales y materiales), y en el segundo, las modalidades de la ejecución parcial y total. Esta diferencia de clasificación nos revela ya un defecto de exactitud en los términos que nos movería á no aceptar ninguna, de no vernos forzados á reconocerles un valor técnico; y por esta consideración, haremos constar que la distinción primaria de los actos en internos y externos, es la más práctica, porque si es cierto que los actos internos son preparatorios, éste calificativo lo ha reservado el uso de la escuela y del foro para movimientos de la actividad que salen al medio social al horizonte sensible, si podemos hablar así, tocándose con los llamados de ejecución, hasta el punto de que en la mayoría de los casos sólo difieren de ellos por la posibilidad ó imposibilidad de referirlos rígidamente el juzgador á una meta determinada.—Además, los mismos autores que quieren dar á la preparación una elasticidad mayor, tampoco suelen otorgarle toda la que racionalmente le correspondería, pues sólo la ven en las conexiones inmediatas al fenómeno singular criminoso, cuando para llegar aquí ha debido pasar el sujeto que le causa por una paulatina degeneración moral, por transigencias, vencimientos ó perversiones de la voluntad, que preparan con frecuencia y con sorda labor la funesta explosión del delito.

Aceptando en lo más imprescindible el tecnicismo corriente, señalaremos como momentos de mayor resalto en la vida del hecho punible, los siguientes: disposición, deliberación, resolución, preparación y ejecución; y dentro de esta ejecución, que consiste en la práctica de los actos constitutivos ó propios de cada delito, la tentativa, la frustración y la consumación. Ahora bien: si á nosotros se nos pregunta en cuál de estos momentos se da la lesión ó infracción del derecho



que reclama el empleo de la facultad punitiva oficial, no vacilamos en responder que la resolución demostrable y demostrada reúne todos los requisitos necesarios al efecto. En cambio, según se ha visto, el autor, conforme con el criterio dominante en la escuela clásica italiana, entiende que, no ya la mera resolución, sino que ni los actos preparatorios, ni el conato que llama remoto, ni el próximo con medios inidóneos, ni siquiera el dispuesto con medios idóneos, pero al fin y por error efectuado sin tal idoneidad, son punibles. Para defender esta doctrina, la escuela que se titula ó á la que titulan *realista* ú *objetiva*, ha hecho gala de ingeniosidades y hasta de travesuras dialécticas, que no sólo discuerdan de aquel título, sino que dejan en desamparo visible disposiciones legales constantes, y justifican en cierta medida las acres censuras del positivismo penal contemporáneo. Fijáremos en lo más saliente de su argumentación, pues otra cosa no cabe, y vendremos á preferir el criterio intencionalista (más realista que su contrario, aunque la apariencia muestre otra cosa), que á su probada superioridad para la defensa del Derecho y la solución de las dificultades que aquí se promueven, entraña la ventaja de un relativo acuerdo con el criterio de los criminalistas antropólogos.

—Por de pronto, como una vez determinados por Carrara y los que le siguen, los elementos inexcusables para la existencia del delito, el rigor de la lógica los conducía á negar todo carácter punible al conato, porque en él falta siempre el evento material, el daño sensible, el dolo por el insigne maestro, en calidad de sucedáneo ó de equivalente, lo que denominó *il pericolo corso* que, á su juicio, acompaña á la tentativa y al delito frustrado; pero á la observación primera que le fué hecha, por cuanto ese peligro corrido no es un verdadero equivalente y con ello se quebranta la cohesión del sistema, se añadió por von Buri y otros el argumento valioso de que tal peligro es un supuesto arbitrario; la posibilidad del daño queda desmentida por el hecho concreto, que no le acarreó, y si se castiga al autor de la tentativa es suponiendo que en otras circunstancias (no en las reales del caso) su acción hubiera sido dañosa.

—Como es indudable que en la teoría y en la práctica legislativa se consideran como punibles ciertos actos que no llegan, si se los mira en su proceso, á aquella distancia en el *iter criminis* necesaria para estar al alcance de la penalidad forense, la escuela saca partido del viejo recurso de los delitos *sui generis*: se niega á perseguirlos en su curso y dirección, y se para á apreciarlos en su neta y presente actividad. Por esta ruta iríamos derechos á la negación de toda la teoría que aquí se expone: un delito frustrado de asesinato, por ejemplo, no pasaría de ser el delito, relativamente levísimo, de disparo de arma de fuego. ¿Por qué se castiga la amenaza? ¿por qué el fabricar ó el llevar ganchuzas, falsa moneda, etc? ¿por qué la proposición y la conspiración? — Si hacemos ese alto que los *objetivistas* ordenan, y nos atemperamos á su teoría general del delito, la punición carecería de razón suficiente, sin que pasara de un *status vocis* el hablar de delitos *sui generis*, cuando tales hechos, bien vistos, acusan el momento de una resolución ó de una preparación enderezadas á un término criminalmente conocido y son como tales punibles. El texto legal estaría á merced de un subterfugio, mientras que de reconocerse que en la manifestación de la voluntad resuelta contra el derecho existe delito y base para la pena, el fundamento del precepto sería sólido y patente.

—La lógica del sistema (que no se respeta, sin embargo, y como hemos advertido, en toda su inflexibilidad) lleva á los partidarios



de la doctrina que impugnamos á contemplar como exentos de pena la tentativa ó la frustración en que se usa por el agente de medios inútiles, toda vez que siendo imposible el evento material dañoso sirviéndose de medios de esa calidad, carecen de sustento la imputación y el castigo. El buen sentido repugnará siempre esos formalismos dialécticos en que se pretende enredarle; y si á través del error en la elección de medios descubre clara la perversidad del agente, no dejará de calificarle de criminal. Por otra parte, dado el fracaso que siempre aparece en el conato, nadie puede afirmar que sean nunca idóneos los medios puestos en juego; no hay medios absolutamente suficientes, ni insuficientes absolutamente; las circunstancias deciden, antes ó después, de esa insuficiencia, y á fin de cuentas, siempre resulta efectiva la imprevisión ó el engaño del sujeto activo. El engaño ó la equivocación argüirán en ocasiones de la ineptitud del agente ó del estado de perturbación de sus facultades; pero si entonces le eximiéramos de responsabilidad penal, no sería en razón de la inidoneidad de los medios, sino de la inexistencia de la verdadera voluntad criminosa. Esto que dice Garofalo, y han dicho otros que él, deja en su sitio el valor que merece el examen de la calidad de los medios puestos en ejercicio.

—Relacionando los estados de la vida del delito que aquí se estudian con la penalidad que deba corresponderles, claro es que ésta acrece á medida que el delincuente se interna en el *iter criminis* y avanza hacia la consumación. Aun siendo muy *intencionalista*, ninguno sostendrá que la mera resolución exteriorizada de dar muerte á un hombre, v. gr., sea, para los efectos punitivos, igual que la tentativa de homicidio ni ésta que el delito frustrado de la misma clase. Para razonar la diferencia, no es menester recurrir á nada que salga de la contemplación del autor de tales hechos. Si éste se resuelve á privar de la vida á un semejante suyo, es desde luego delincuente, pero no lo es tanto como aquél que, tras de resolverse, busca el arma homicida, escoge la ocasión, toma noticias ó datos, prepara, en suma, la ejecución del homicidio. ¿Por qué? Porque aquella resolución, de cuya existencia y firmeza, no ya los otros sino que ni el propio sujeto podría certificar en absoluto, se ratifica, se confirma, se prueba, en cada nuevo paso. Exáminese cada cual—ya que todos habremos tomado resoluciones para lo uno ó para lo otro, para una obra buena ó para una mala—y seguramente depondrá en favor de lo dicho. El esfuerzo que supone el tránsito de la resolución interior á la exteriorización de ella, á los movimientos del organismo físico exigidos por el caso supuesto; el vencimiento de las resistencias ó solicitudes contrarias que sin duda presenta la realidad; el lapso de tiempo, por breve que sea, todo es estimable para la valuación del fenómeno moral. Y que esto se acentúa más y más desde el instante en que nos colocamos en la práctica de los actos constitutivos del crimen, no necesita demostración. ¿Por qué la tentativa no puede equipararse, en el concepto que aquí la consideramos, al delito frustrado? Porque habiéndose interrumpido la ejecución y quedando aún sin realizar algunos actos de ella, dependientes de la voluntad del sujeto, nadie puede afirmar que éste lo realizaría indefectiblemente, de no surgir el obstáculo que le paralizó en su obra. Pero si ahora se nos preguntase por qué el delito frustrado no puede equipararse al consumado en punto á la punición, no encontraríamos respuesta coherente con el razonamiento que hasta aquí nos satisfacía, ó sea con el aprecio de la creciente perversidad del criminal y la inconcusa prueba de su ener-



Ya se diga que en el delito frustrado hizo todo lo que *era* necesario para que ocurriese el evento apetecido (locución argüida de violencia por la *lógica brutal* de los hechos, y con arreglo á la cual es insoportable el delito frustrado); ya se exprese que hizo todo lo que *era* necesario para ver consumado el delito, la siniestra tarea del derecho está terminada, ó usando el tecnicismo de escuela, perfeccionada. Y aquí apunta la teoría del delito *perfecto* y del delito *imperfecto*, la antigua subdivisión de éste *ratione proeresis et ratione executionis*, y la moderna del mismo es imperfecto *subjetivamente* (tentativa), imperfecto *objetivamente*, aunque perfecto *subjetivamente* (frustración) y perfecto *subjetiva y objetivamente* (consumación). Nosotros, no sólo desechamos esos términos por impropios (apenas habrá otros que tanto se empleen en los libros como los de *subjetivo y objetivo* y que hayan sido peor entendidos), sino que desechamos los conceptos á que se los hace servir. Para nosotros el delito frustrado es tan perfecto como el consumado; habrá en aquél, si se quiere, una *deficiencia* imperfecta, pero no un delito imperfecto; esa que se dice imperfección objetiva, es impertinente refiriéndola al delito; del delito no puede predicarse una imperfección puramente objetiva (tal como lo subjetivo se aplica), porque siendo el delito lo contrario al derecho; es para el caso actual esencialmente igual al derecho; sólo desnaturalizando el concepto del derecho, se abre paso á la doctrina que combatimos.

Y en efecto: Pessina la desnaturaliza al presentarnos un argumento que reviste cierta novedad, para justificar el diferente valor que á la punición debe reconocerse al delito frustrado y al consumado. El Derecho en el primer caso, escribe, ha sido violado, pero no más que en una parte, en la de la obligación, mientras que permanece sana incólume aquella condición de las cosas que el Derecho tiene bajo su protección; en el delito consumado, no sólo la obligación no se cumple, sino que la pretensión legítima á que aquella obligación correspondía, queda enteramente conculcada.—Este es el argumento de Pessina, que así resulta inadmisibile para todo el que se haya penetrado de lo que el Derecho es y ampara, como inconciliable con otras afirmaciones del autor relativas á este asunto. Hubo en su ánimo una objeción lamentable, y hay en su argumento una confusión de cosas casi inverosímil.—El Derecho no regula más que las condiciones dependientes de la libre voluntad, ni ampara la vida y el desarrollo de los seres sino en cuanto por el hombre les puede ser negado lo que les compete para sus fines racionales; no manda á las fuerzas de la naturaleza física, ni pretende satisfacer pretensiones absurdas contra las invariables leyes que la rigen; no ve ni estima en los cambios de la realidad sino el elemento humano de su producción, del lado del espíritu que en el espacio y en el tiempo se determina. Cuando consagra el Derecho á la vida de una persona, no le expide patente de inmortalidad, ni pretende desarmar á la muerte de su guadaña; exige á todos y á cada uno de los hombres que no atenten contra esa vida, que no nieguen las condiciones que estén en su mano para que esa vida permanezca sana, y desarma el brazo del feroz asesino. Aquella persona muere de vejez ó de cólera morbo asiático, y el Derecho no lo ve siquiera; con el cambio, esa persona está sana é incólume, pero hay quien *quiso* que muriera, y el Derecho es un Argos. A la postre, ni aun el asesino que da la muerte á su víctima; es el traumatismo, la asfixia...; es posible la vida sin sangre, sin aire.— En suma; la manera con que el autor distribuye la obligación y la pretensión, es errónea ó



capciosas; coloca la pretensión fuera del Derecho, puesto que en esta violada la obligación, forzosamente queda la pretensión negada. El criminal por delito frustrado niega totalmente la pretensión al violar totalmente la obligación, esto es, al poner cuantos medios considerase suficientes para despojar al que es objeto del atentado del bien que la justicia disfruta. El Derecho queda quebrantado con un quebrantamiento idéntico al que sufre cuando el delito se consuma. La anomalía, la perversidad, se evidenciaron con la misma energía, y esto, que es lo que la pena busca, exige la misma energía punitiva. Las diferencias entre la frustración y la consumación, realísimas sin duda desde otros puntos de vista, son ajenas á lo jurídico, que es lo voluntario; tanto el argumento de Pessina, como los más conocidos de Beccaria, Nicolini, Carrara, Rossi, etc., son insubsistentes ante la lógica y sólo han podido obtener algún valor en la opinión por dos motivos: por tendencia que hay en nuestro espíritu á juzgar de los actos humanos por sus resultados, según expresó el último de los criminalistas citados, y por la idea que vulgarmente se forma respecto á lo que la pena es, de su naturaleza y de su fin.

\*\*\* La doctrina legal española parece más inspirada en la del texto que anotamos, que la apuntada en las notas. El art. 3.º del Código pasando de lo más á lo menos, declara punibles el delito consumado, el frustrado y la tentativa, y el 4.º la conspiración y la proposición para cometer un delito, en los casos en que especialmente las penas de ley; apartándose en este último punto del Código reformado de 1850 que consideraba punibles en todos los casos la proposición y la conspiración. De la definición legal resulta, que para existir delito frustrado es menester: 1.º, que se practiquen todos los actos de ejecución *que debían producir* el delito consumado; 2.º, que, á pesar de esto, no produzca tal resultado; 3.º, que esta no producción sea independiente de la voluntad del culpable. Los requisitos de la tentativa son: 1.º, que se haya dado principio á la ejecución directamente por hechos exteriores; 2.º, que la ejecución se interrumpa; 3.º, que la interrupción deba á causa ó accidente que no sea el propio y voluntario desistimiento del criminal. — La conspiración supone: 1.º, *concierto* entre varios sujetos; 2.º, que este concierto sea *para ejecutar* un delito; 3.º, que *resuelvan* ejecutarlo. — La proposición implica: 1.º, la *resolución* de cometer el delito en el proponente; 2.º, que lo que proponga á otra ó otras personas sea la *ejecución* del mismo.

El lenguaje del legislador, que al definir el conato no usa siquiera la forma condicional, sino que dice resueltamente que los actos *deberían producir* como resultado el delito, da margen á las consecuencias que antes censuramos; censura que acrece al observar la supresión de la referencia expresa al *mal propósito* del agente, consignada en el Código de 1848. — El limitar á casos dados el aprecio de la proposición y de la conspiración, es cosa celebrada por distinguidos comentaristas como el Sr. Groizard, aunque el aplauso se funda á las veces en argumentos tan peregrinos como el de suponer que el alcance otorgado en este punto á la punición en 1850, era debido á la suspicacia de gobiernos impopulares que en todas partes veían la sombra de conspiradores y revolucionarios.

El argumento cae por su base con sólo percatarse de que la excepción subsistente en el Código de 1870, cabalmente se contrae á los delitos en que esos recelos y temores se explican: lesa majestad, traición, rebelión, sedición. — Más dignos de estima pudieran ser, den-



del criterio de la escuela, los razonamientos que en forma interrogativa insinúa Pacheco para justificar la excepción aludida, difícil de justificar sin volver la espalda á los principios generales sentados por estos autores.

Pero no paran aquí las *concesiones ilógicas*, por así decirlo, que encontramos en la ley, y que aquéllos admiten: véanse, entre otros, los artículos 507 y 604 sobre amenazas de un mal que constituiría delito, el 528 relativo á la fabricación ó simple tenencia de instrumentos propios para realizar un robo, y el 302 sobre posesión de monedas falsas, y se advertirá hasta qué punto viene á ser cierto que ni la resolución demostrada, ni los actos preparatorios, ni el conato remoto permiten la imposición de castigo.

La penalidad en general respecto al delito frustrado y á la tentativa, figura en los arts. 66 y 67: rebájase en dos grados la pena que correspondería al delito consumado, para la tentativa; y en uno, para el delito frustrado; por donde se observa que nuestro Código discuerda del criterio por nosotros mantenido, y consignado también en alguna legislación positiva. Sin embargo, los arts. 153, 163, 422 y 519, que equiparan la frustración y la tentativa en los delitos de parricidio, asesinato, homicidio, lesa majestad y robo con homicidio, lo mismo que el 137 que equipara el delito frustrado y el consumado de traición con excepciones á la regla y conservan el sello de ajeña práctica (*in contrariis*), menos razonable en los primeros casos de la por nosotros deseada.

El Código declara en el art. 5.º que las faltas sólo se castigan en estado de consumación, á no ser las realizadas contra las personas ó la propiedad, que se penan en el de frustración, con arreglo al citado artículo 66.

En los proyectos de Código mencionados en otro lugar, se introducen algunas variantes dignas de señalarse; el de 1882 establecía que cuando no se probase á cuál de entre varios delitos se dirigían los actos ejecutivos, se presumiese el menos grave, y el de 1885 admitía una tentativa con medios inidóneos punible. Como *síntomas* favorables para la futura reforma, conviene recordarlas.

Trata el autor en la sección segunda de este capítulo de lo que puede llamarse pluralidad en el sujeto activo del delito, codeincuencia ó concurso de delinquentes; asunto importantísimo, difícil de exponer por las razones indicadas en el texto, y no desentrañado todavía por el autor en la ciencia, puesto que el estudio de la virtualidad y los efectos que implica y acarrea la unión de elementos humanos, la comunión y contagio de movimientos pasionales, lo mismo para la producción de un entusiasmo legítimo, v. gr., que para la acometida y persecución de un fin criminoso, ya sea éste de los delitos que necesariamente requieren la cooperación, ya de los que la permiten, no está hecho ni precisado, siquiera á los criminólogos positivistas se deba, como en lo tocante al delito político, algún ensayo digno de loa. Sin proponerse tanto, Pessina presenta la doctrina con la claridad y la precisión que sólo pueden parecer fáciles á los que conocen la ciencia superficialmente, y que prueban en aquél un dominio grande de la materia y condiciones nada comunes de expositor didáctico.

No obstante, dada nuestra idea del Derecho y la significación que concedemos de continuo al principio intencional, á la voluntad viciada, en la aparición y estima del delito, puede suponerse hasta dónde y qué particulares alcanza la disparidad entre nuestro juicio y el del



autor, siempre respetable y fortalecido por las teorías imperantes sin que se haga preciso señalarla punto por punto después de lo que llevamos escrito. Aquí, como siempre, sin desconocer la forzosa debilidad de la justicia humana y la necesidad de atenerse para la imposición de la pena forense á datos sensibles y pruebas cumplidas, reputamos la voluntad de delinquir y la energía criminal demostrada base de criterio para resolver los diversos problemas que surgen, sin prestar al hecho realizado ó á formalismos dialécticos que acaso representan deficientemente el fondo ó la naturaleza real de las cosas, una transcendencia desproporcionada, y, á la postre, injusta. Un ejemplo adecuado para esclarecer la idea, le encontraremos poniendo en relación lo que Pessina dice hablando del concurso negativo y lo resuelto en una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, citada por Silvela: —el concurso negativo es una imposibilidad, porque para concurrir ó cooperar es necesario obrar, y hay contradicción en los términos cuando se afirma que uno coopera no obrando; el que ha querido y no ha obrado, no es reo, á no ser cuando se trate de un delito de omisión, definido en la ley positiva. Hasta aquí el razonamiento del texto, que parece concluyente; veamos el caso y la sentencia. Pasó por delante de una casa, á cuya puerta están madre é hijo, un hombre que había ofendido gravemente á aquélla; el hijo, ante la presencia de aquel hombre, siente vehemente deseo de darle muerte; penetra en la casa, coge un arma de fuego, sale, y viendolo y sin impedirlo la madre, dispara y mata al enemigo. El Tribunal Supremo declara que la madre es también *autora*, con la penalidad consiguiente. ¿Puede darse concurso más negativo, según el texto? ¿Puede darse *reiddad* mayor, según la sentencia? —El razonamiento antes transcrito parece repetimos, concluyente; pero como el veredicto *no es* injusto, nos quedamos con la realidad y sin las apariencias. Aquella madre sabía que su hijo era movido por el deseo de vengarla, adivinó él, ó conoció acaso, sus intenciones, y quiso ser su ejecutor; la madre pudo contenerle, y no lo hizo; calló, consintió, aprobó; de no callar, consentir y aprobar, el homicidio no se hubiera realizado; ante la razón, ante la conciencia (y, por lo visto, ante la ley), fué homicida. — El Derecho sólo se cumple cuando *se quiere*, reconociéndolas debidas, prestar las condiciones que el Derecho exige, y para vivir jurídicamente no basta abstenerse de negar tales condiciones, ni sobra contribuir á que no sean negadas por otros. Esta *contribución* es tanto más obligada cuanto más depende de ella que el Derecho se viole ó se cumpla, por virtud de la posición respectiva que ocupan las personas y de circunstancias múltiples que hay que estimar en cada caso, y no se doblegan en totalidad á una doctrina apriorística cerrada. El olvido de esto y el privilegio de dar eficacia extrema á nombres como los de *autor* y *cómplice*, que con tanta variedad pretenden precisar los tratadistas y los Códigos, es ocasionado á errores sustanciales que á todo trance debieran evitarse.

Como quiera que la *voluntas sceleris* determinada ha de comunicarse á todos los cooperadores, de cualquiera clase que estos sean, cabe atribuir á los intencionalistas la pretensión de igualarlos á todos ante la punición; pero aquí lo que en realidad cabe, es reproducir un criterio análogo al que insinuamos al hablar del conato; por donde se advierte, que la calidad de los hechos practicados ha de ser estimable en la medida oportuna, en cuanto sea demostración de la potencia criminal del agente.

El cómplice que facilitó y puso la escala de que se sirvió el socio



del crimen para penetrar en la habitación y dar muerte á su víctima, no nos ha demostrado, según la justicia social puede exigirlo, la aptitud perversa en el grado del matador que ha vencido todas las resistencias y repugnancias que halló al paso. Cambiados los papeles, sería imposible que aquel hubiera retrocedido en su obra al requerir el arma homicida, al contemplar el aspecto de su enemigo, al escuchar su grito de sorpresa y de horror, etc., etc?—Nadie, ni él mismo, podría asegurarlo. Y ya que nos referimos á los cómplices, y que, según enseñan los tratadistas, el campo de acción de la complicidad es por lo común el de los actos preparatorios, permítasenos tomar acta de la contradicción que se da entre el aserto antes impugnado, de que no son nunca punibles los actos preparatorios, y la afirmación universal y espontánea de que la complicidad es punible. Si se diera como razón para resolverla, que los actos preparatorios en los casos de códelincuencia pierden su indefinición y no hay duda ninguna respecto al ánimo en que se practican, esto mismo es aplicable al propósito, á la simple resolución exteriorizada, que también, y sin otro esfuerzo ulterior, pende en su esclarecimiento de lo realizado por los demás participantes del delito; y en definitiva, siempre quedarían diferenciadas las cosas que ya consideramos dignas de diferenciación: lo criminoso y lo punible con pena forense, siendo sólo peculiar carácter de esto último la existencia de datos para el juicio.

\*. Al presentar los artículos del Código español relativos al concurso de delincuentes, encontramos desde luego ocasión de ratificar el parecer del autor respecto á la inadmisibilidad del concurso posterior. El art 11 dice, que responde criminalmente de los delitos los actores, los cómplices y los encubridores, y de las faltas, los autores y los cómplices.—A los motivos de orden secundario que movieron al legislador para establecer esta diferencia, debiera haberse antepuesto una razón potísima, la de que el encubridor no es verdadero códelincuente, para predicar de los delitos lo mismo que se predica de las faltas. Es dudable que el hecho del encubrimiento, ni es inocente, ni deja de estar adherido al anterior, pero también lo es que no entra en la unidad de resolución y concierto para realizar el delito que la códelincuencia implica. Por lo tanto, lo que Pessina escribe sobre el concurso posterior (frase paradójica), sirve de crítica al artículo citado. El encubrimiento es un delito *sui generis*, caracterizado por un rebelde *obstruccionismo á la acción necesaria de la ley*, aunque tome color de aquello á que la obstrucción concretamente se refiera.

Hablase después en el art. 13 de los autores, y sin duda por respeto á la inteligencia que á este nombre suelen dar ordinariamente los criminalistas, el legislador no dice que sean autores los comprendidos en los tres números del artículo, sino que se *consideran* como tales para los efectos de la punición: 1.º, los que toman parte directa en la ejecución del hecho (los verdaderos autores para aquéllos; 2.º, los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlos (y aquí es donde los criminalistas hablan del autor psicológico, de los motores (Carrara), de los instigadores (Berner, etc.); 3.º, los que cooperan á la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado (caso de complicidad para Berner, Pessina, etc.).—La jurisprudencia ha ido fijando el alcance y sentido de cada una de estas clases de autores; pero la relación del artículo deja entrever la latitud de que el juzgador disfruta, y que nosotros tenemos por inexcusable.—En la parte especial del Código hay aún nuevas ampliaciones, según puede advertirse por



los arts. 259, 465 y 518; y en los 12 y 14 se trata el asunto con exclusiva referencia á los delitos de imprenta, de los cuales sólo responden los *autores*, si bien se otorga á esta denominación latitud tan arbitraria é injustificable, que con motivo sobrado fué objeto de agrias censuras de los comentaristas. El empeño generalizado por la fecha en que se publicó el Código vigente, de traer á la ley común los delitos de imprenta, sólo la satisfizo el legislador en la mera apariencia, inutilizando en el precepto el espíritu de las especiales disposiciones anteriores, con tanta insistencia combatidas. Las reformas introducidas con posterioridad, y de que se hizo mérito en otro lugar, nos permiten limitarnos á esta somera indicación.

El art. 15 dice, que «son cómplices los que no hallándose comprometidos en el art. 13, cooperan á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos.» No es muy feliz la redacción, pero se ve que de un lado se los distingue en forma negativa de los autores, y de otro se los distingue de los encubridores, fijándose en el tiempo en que realiza su intervención. No hay cómplice, se ha repetido, sin reo principal; su codelincuencia es accesorio, y aunque no pueden carecer de la *voluntad sceleris*, ésta sólo se exterioriza en auxilio ó ayuda, nunca en calidad de impulso ó de verdadera causa.

En el art. 16 se trata de los encubridores. Han de tener éstos como elemento, siquiera no sea exacto y circunstanciado, del delito ya cometido por los autores y los cómplices, y vienen á adherirse á la obra de éstos, aprovechándose ellos, ó contribuyendo á que los otros se aprovechen, de los efectos del delito; ocultando ó inutilizando el cuerpo, los efectos ó los instrumentos del mismo; proporcionando medios de ocultación ó huida al culpable, ó impidiendo la aprehensión de éste mediante su negativa á que la autoridad penetre de noche en su domicilio. La tercera de estas maneras de encubrimiento, no lo es sino cuando el que alberga, oculta ó proporciona la fuga, lo hace con abuso de funciones públicas, ó cuando el delincuente albergado, huído, etcétera, es reo de traición, regicidio, parricidio, asesinato, ó habituado con relación á otros delitos; limitaciones que no tienen satisfactoria explicación.—La última manera de encubrimiento estaba en correspondencia con lo que la Constitución democrática de 1869 disponía respecto á la inviolabilidad del domicilio, y tampoco revelaba gran acierto.

El art. 17 exime de responsabilidad penal á los encubridores que sean de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos naturales y adoptivos ó afines en los mismos grados, siempre que no se utilicen ó ayuden á utilizarse de los efectos del delito; esto es, siempre que aparezca que el cariño ó los respetos familiares fueron el único móvil del encubrimiento. Así y todo, cabe discutir si estos naturales impulsos deben ceder ante el amor supremo de la justicia, y la legislación positiva no expresa un criterio uniforme acerca del particular.

● La teoría de la escuela clásica sobre la tentativa, es criticada hoy día por algunos penalistas, que la acusan de haber contribuido á debilitar la represión penal á causa de su preocupación excesiva, por el aspecto exterior del delito; por entregarse, dicen, al análisis de los sutiles matices de psicología moral en el alma del delincuente. según haya conseguido ó no el fin propuesto, le atribuye sentimientos que sólo pueden encontrarse en el hombre honrado; esta teoría olvida, en fin, que la Sociedad debe defenderse contra un fenómeno social: la voluntad



belde de los criminales y las impulsiones de las clases delincuentes (1).

La escuela correccional, sobre todo, tal como se manifiesta en las teorías de Rüeder, ha mantenido, en esta cuestión de la tentativa, un punto de vista más espiritualista y más adecuado á la defensa social. La tentativa de delito, quiere este autor, que no se castigue más levemente, sino cuando sea indicio de una culpa menor, esto es, cuando el delincuente no ha hecho aun todo lo que pudiera para conseguir su intento, debiendo penársele más suavemente cuanto menos se ha acercado á su completa realización, pues sólo en ésta se manifiesta por entero en su interior desarrollo, la mala voluntad que antes podía existir, pero no á los ojos del Juez humano, al cual no es lícito, sin palmaria injusticia, suponerla. En cuanto á que el delincuente logre ó no su propósito, en virtud de circunstancias independientes en un todo de su voluntad (v. gr., por frustrarse, ya á causa del objeto, ya de los medios empleados), no puede en verdad hacerle más ni menos peligroso y punible (2).

La escuela positiva, mantiene también un criterio completamente subjetivo. En general, equipara la tentativa, en especial la frustración, al delito consumado. En el delito frustrado, el delincuente ha hecho cuanto era necesario para la realización del delito, y cuando la frustración tiene lugar á causa de un mero accidente, la temibilidad del delincuente, se ha manifestado de modo idéntico á como se manifiesta en el delito consumado. Y Carelli, ha llegado á decir, que á la tentativa podría llamarse el verdadero delito perfecto, pues desde el punto de vista de la temibilidad y de la adaptabilidad del delincuente, es completamente accidental y accesorio que el delito llegue ó no á su consumación. Y Ferri añade, que así como la escuela clásica ante el orden jurídico abstracto, considera que el haberse agotado el delito (es decir, cuando el delincuente ha alcanzado el fin material que se proponía, por ejemplo, el lucro en la falsificación), es una circunstancia accesorio respecto de la consumación (cuando se ha verificado la violación del derecho, público ó privado, que constituye su objetividad jurídica); así, la escuela positiva, desde el punto de vista de la defensa social, considera que la consumación jurídica del delito, es una circunstancia accesorio, pues el hecho externo, necesario para determinar la reacción social defensiva, basta para indicar la potencia ofensiva del agente con la mera tentativa, dependiendo frecuentemente de un acontecimiento casual el alcanzar ó no su perfecta consumación jurídica y su perfecta ejecución material. Sin embargo, es un hecho que muchas veces la frustración del delito depende de una acción menos enérgica y maliciosa por parte del delincuente, lo cual puede ser un indicio de menor temibilidad y de menor potencia ofensiva. En consecuencia de esto, pide la escuela positiva «que la tentativa de un delito, sea considerada como el delito mismo, cuando el peligro que dimana de una y otro sea idéntico» (3).

● La teoría sostenida por Pessina y por la escuela clásica, relativa

(1) Prins, ob. cit., pág. 147.

(2) Rüeder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, Madrid, 1876, pág. 259.

(3) Ferri *Sociologia criminale*, pág. 703 y sigs.; Garofalo, *Criminologia* (trad. esp.), pág. 291 y sigs.



á la tentativa imposible, ha sido rudamente combatida. La teoría moderna, es una teoría subjetiva que apareció por obra de Von Bar que después ha sido aceptada por penalistas pertenecientes á diversas direcciones. Según esta teoría, la tentativa reposa siempre sobre suposición (errónea), de que una acción no adecuada para producir resultado, es capaz de producirlo. La esencia de la tentativa, como en la materialización de la voluntad criminal; ahora, esta materialización, aparece en el mismo grado en la tentativa llamada imposible. Y si toda tentativa consiste en un error sobre la causalidad del acto, este error no puede suministrar motivo alguno para no castigar ciertos casos de tentativa (1). Los partidarios de este punto de vista subjetivo, piden la punibilidad, aun tratándose de medios inidóneos. El que se sirve de medios inidóneos, creyéndolos idóneos, ha revelado su temibilidad, no deja de ser un criminal temible á pesar de su error en el acto en sí, no es peligroso, pero revela el peligro que puede producir del delincuente. En armonía con esta opinión, es punible el que á otro azúcar creyendo que es arsénico, el que aprieta el gatillo de fusil que cree cargado y el tiro no sale por estar el arma descargado. El caso es diverso cuando la inidoneidad de los medios demuestra que el agente es incapaz de delinquir, como si alguno pensase que podría envenenar á otro con azúcar y le suministrase esta sustancia que con un arma de fuego podía matar á una persona colocada mucho más allá del alcance del arma, en este caso el hecho demuestra ineptitud del agente para el delito, el delincuente no aparece peligroso, y se estima que, en este caso, no tendría razón de ser la imposición de una pena (2).

Lo mismo puede decirse respecto de la tentativa imposible por imposibilidad del fin; el que da puñaladas á un cadáver, el que dispara contra una habitación vacía creyéndola ocupada por la persona á quien deseaba matar, deben ser castigados, pues su voluntad criminal, su temibilidad, se han exteriorizado y proyectado en el mundo exterior.

La teoría subjetiva, ha sido acogida por el Tribunal Supremo de Alemania, que ha proclamado que había tentativa de infanticidio cuando tenía lugar sobre un niño muerto, y tentativa de aborto sobre una mujer no encinta.

● Respecto del problema del desistimiento en la tentativa, algunos han sostenido (Geyer, Carmignani, Garofalo), que debe provenir para que la tentativa permanezca impune, de un impulso bueno, de un motivo desinteresado; otros (Beccaria, Ortolán, Carrara y el mismo Pessina), creen que es suficiente que el desistimiento sea voluntario, aun cuando provenga de un motivo interesado, como el miedo de la pena ó del miedo á ser sorprendido. Realmente, el arrepentimiento, desde el punto de vista moral, es más noble y deseable; el que desiste porque se arrepiente, no intentará, probablemente la ejecución de otros delitos; el que desiste sólo por miedo puede comenzar otra vez á delinquir. Pero para los fines de la justicia penal basta el desistimiento interesado, y como la Sociedad tiene interés en la disminución del número de los delitos, como dice Alimena, el desistimiento es siempre bien acogido, aun tratándose del provocado.

(1) Cit. por Liszt, *Lehrbuch*, § 47, I.

(2) Garofalo, ob. cit., pág. 294; Liszt, ob. cit., § 47.



que el miedo á la pena, pues si ésta obra como coacción psicológica, puede menos de afirmarse que su función es sumamente extensa, cuando obra hasta en aquel momento fugaz en el que el hombre levanta el brazo armado (1).

Las legislaciones regulan la tentativa de modo muy diverso. Algunos códigos exigen, para su existencia, un principio de ejecución; los códigos de Alemania, Austria, Rusia, Hungría, Francia y en el proyecto alemán; otros códigos consignan que los actos preparatorios, no se castigan, por ejemplo, en el código portugués, en el código argentino y en proyecto suizo; el proyecto austriaco los castiga en los casos previstos en la ley.

Respecto de la tentativa imposible, algunos códigos no la castigan, como el código ruso; otros no castigan la tentativa imposible por el hecho, pero castigan la tentativa ejecutada con medios inidóneos; así el código griego, el proyecto de código penal federal suizo, no deja impune la tentativa imposible, pero la castiga con pena menor. Otros códigos, por último, como el noruego, el francés y el búlgaro, nada castigan respecto de la tentativa imposible.

No todos los códigos castigan la tentativa: en toda clase de infracciones, el código francés y el alemán, penan siempre la tentativa de hecho, pero la tentativa de delito la castiga solamente en los casos previstos por la ley; en algún código se castiga solamente en algunos delitos, como en el código sueco; y en el código turco, solamente en los delitos contra el Estado; otros códigos castigan siempre la tentativa, como el código italiano, el búlgaro y el griego.

La distinción entre la tentativa y el delito frustrado, la encontramos en el Código italiano y en el rumano; otros no hacen esta distinción, como los códigos francés, ruso y noruego, el proyecto de código alemán, el proyecto austriaco.

En las notas del Sr. Aramburo se encontrará expuesta la doctrina legal española relativa á la tentativa: poco ó nada puede añadirse a cuanto allí dice el ilustre penalista. Cabe, sin embargo, examinar nuestro Código ha resuelto el problema de la tentativa imposible. Sus artículos nada dice expresamente sobre ella; pero á juzgar por la opinión del Sr. Silva, el Código excluye toda idea de delito frustrado por imposibilidad absoluta. Se funda para ello en la definición del delito, según el art. 1.º del Código, pues el que intenta lo que es materialmente imposible, no ejecuta acción ú omisión que esté penada por la ley, y mucho menos el que practica lo que el legislador no ha considerado. La frustración, dice, exige, por otra parte, la práctica de los actos de ejecución que deberían producir por resultado el delito, y cuando es imposible que los hechos conduzcan á él, es también imposible pensar que hay delito frustrado. Así, aunque la conclusión parece monstruosa, el que intenta envenenar con azúcar ó nitro firmemente persuadido de que son sustancias capaces de causar la muerte, no comete, en opinión del citado autor, delito alguno que castigue el legislador español: el hijo, añade, que toma una cosa mueble propia de su padre, creyendo que es de un extraño, no ejecuta acto alguno que merezca ser penado por los Tribunales.

En las páginas anteriores Pessina, como todos los penalistas

(1) Alimena *Principii di Diritto penale*, vol. I, pág. 379 y sigs.



clásicos, en la materia relativa á la colincuencia, parten de la concepción de la unidad del delito. El número de participantes no es obligatorio alguno á tal unidad. Existe, pues, un solo delito; todos los participantes han querido su ejecución y todos han hecho algo para que produzca: luego todos son responsables, todos deben ser penados como dice Pessina (pár. 111, I), en nombre del delito común á todos. Unos, los autores, incurrir en la pena entera señalada por la ley para el delito; otros, los cómplices, en una pena menor.

Otras teorías han aparecido que sostienen el punto de vista opuesto al de la escuela clásica. Aparecen especialmente con von Buri y Liszt, que gozan de gran crédito entre los criminalistas. Von Buri observa que el delito es, como todo fenómeno, una reunión de causas ó de condiciones que lo determinan: ahora todas estas causas son necesarias para su producción, pues si alguna faltara el delito no se realizaría. De ahí resulta una completa equivalencia objetiva de estas diversas causas, por esto no puede distinguirse el hecho del autor del hecho del cómplice, desde el punto de vista de la producción del delito. Desde el punto de vista subjetivo difiere el autor del cómplice, en que el primero, mediante la ejecución del delito, desea alcanzar un fin propio y personal, mientras que éste aspira á que aquél realice su propósito. Pero como la voluntad de todos es una voluntad delincuente, y como la participación tiene el mismo valor en la producción del delito, la responsabilidad exigida debe ser igual para todos y el cómplice debe ser penado como el autor (1). Análogamente se sostiene hoy por Von Liszt que todo individuo que causa una condición del resultado obtenido participa á su ejecución, y que no existe ninguna diferencia teórica entre los individuos que han participado á la producción del resultado; tanto, todos los participantes deben ser sometidos á la misma medida penal (2). En el Congreso celebrado en Linz en 1895 por la Unión Internacional de Derecho penal se manifestó la tendencia á abandonar el viejo sistema, que consideraba las relaciones de subordinación del cómplice respecto del autor, y se propuso castigar á cada uno de los delincuentes como autor de un delito especial, es decir, individual, la represión, no teniendo en cuenta más que el mayor ó menor peligro que el individuo representa (3).

La escuela positiva, considerando que así como los delincuentes menos temibles obran aisladamente, sin cómplices, mientras que entre los delincuentes más peligrosos tiene lugar lo contrario, pide que la complicidad constituya por sí una circunstancia agravante, como se diría en la teoría clásica (4). Sighele es quien ha desarrollado este pensamiento con mayor amplitud. El criterio adoptado por las escuelas modernas en materia de complicidad, «cada uno de los cómplices responde más que de sus actos», es un criterio insuficiente que no considera la importancia y el peligro social del fenómeno de la colincuencia. Cuando varias personas se unen para cometer un delito, no dan, ni psicológicamente ni socialmente, un resultado equivalente á la simple adición. La acción que resulta del concurso de varios individuos, es siempre un *producto*. Como la fuerza de dos caballos reunidos

(1) Von Buri, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Berlin 1869.

(2) Liszt, *Lehrbuch*, § 49.

(3) *Bulletin de l'Union Internationale de Droit penal*, 1895, pág. 396 y sigs.

(4) Ferri, *Sociologia*, pág. 706.



es siempre mayor que la simple suma de la fuerza de ambos, como el obrador comercial de un tronco de caballos es siempre mayor que la suma del precio de cada caballo. de igual manera el peligro y la importancia social de una pareja criminal (y con mayor razón de una sociedad de penales criminales), son siempre mayores que la adición de las energías de cada uno de los delinquentes. Así, cuando aparezca la asociación de varias personas para delinquir, los Códigos debieran hacer de la delincuencia una circunstancia agravante. En los delitos realizados mediante el concurso de varios delinquentes hay mayor gravedad ob-ri y activa, porque la defensa de la víctima que se encuentra atacada por varios individuos es menor, y por consiguiente, es más fácil la ejecución del delito; además los criminales asociados son, en general, más inteligentes que los criminales solitarios. No cabe, pues, duda acerca de la justicia y de la conveniencia social de considerar la codelincuencia como una causa de agravación de la penalidad (1).

● La mayor parte de las legislaciones, inspiradas en las doctrinas de la escuela clásica, imponen á los autores y coautores la pena señalada por la ley para el delito, y á los cómplices una pena menor. Este es el sistema seguido por los Códigos alemán, belga, holandés, portugués, noruego, danés, búlgaro, rumano y por todos los Códigos modernos.

● El Código francés impone la misma penalidad á los autores que á los cómplices, y el Código austriaco también se inspira en el mismo sistema; también el proyecto de Código se inspira en el mismo sistema, pero admite, sin embargo, una excepción cuando el delito se castigue con pena de muerte, en cuyo caso la pena del cómplice es menor.

● El proyecto alemán mantiene el sistema del Código vigente, y el mismo, aun equiparando en principio los autores y los cómplices, permite respecto de éstos la atenuación de la pena.

● En cuanto á las disposiciones de la legislación española sobre esta materia, me remito á lo expuesto en las notas del Sr. Aramburo.

● La noción hoy dominante en las legislaciones respecto del encubrimiento, se aparta del criterio seguido por el Código francés y por nuestro Código, que lo consideran como un acto de complicidad. Esta teoría ha sido abandonada por la mayor parte de las legislaciones modernas, que hacen del encubrimiento un delito especial. Esta cuestión, que ya había sido estudiada en el Congreso penitenciario de San Petersburgo (1890), ha sido planteada de nuevo y discutida en el Congreso penitenciario de Budapest (1905). Aquí, la teoría del encubrimiento, como acto de complicidad, no encontró ningún defensor. En cambio, se reconoció unánimemente (análoga es la concepción de Pessina), que el encubrimiento es un acto posterior al delito originario, al que está unido por un mero lazo de conexión, pero no de indivisibilidad, y constituye un hecho distinto y punible por sí mismo. El Congreso tomó los acuerdos siguientes: 1.º El Congreso emite el voto de que el encubrimiento sea considerado como un delito especial. 2.º Es preciso considerar el encubrimiento como existente, aun cuando el delito originario no sea castigado por la ley á causa de ciertas con-

(1) Sighele, *Le crime collectif*, Cong. de Antropología criminal de Amsterdam (1901). *Compte rendu*, pág. 73 y sigs., Amsterdam 1901.



sideraciones ó circunstancias concernientes al autor de la infracción. 3.º El delito de encubrimiento, como constituye una violación de la ley particular del Estado, en cuyo territorio tuvo lugar debe ser castigado con arreglo á la ley de este país. Emitióse también el voto: «que para facilitar la persecución internacional del encubrimiento, debe establecerse entre los Estados un contacto internacional con el fin de que la infracción, una vez averiguada en un Estado, sea aceptada en todas partes como un hecho consumado».

El sistema seguido por nuestro Código en lo relativo á la determinación de la responsabilidad de los encubridores, estableciendo que éstos sean castigados con la pena inferior en dos grados á la que se imponga al autor del delito (artículos 69, 71 y 73), puede producir, como ha observado el Sr. Lastres (1), dificultades, á veces insuperables, cuando no es posible determinar la pena correspondiente al autor del delito consumado, al de tentativa ó delito frustrado, y algunos llegan hasta afirmar que si no hay autor castigado, no puede serlo el encubridor. Ocurre con frecuencia, dice el citado criminalista, que es posible descubrir quién ha cometido un delito de hurto ó de robo y sin embargo, el objeto robado se encuentra en poder de un tercero que explica mal ó no explica la procedencia, probablemente porque sabe que su responsabilidad es secundaria, según lo dispuesto en el Código, y se libraría diciendo, por ejemplo, que el objeto lo adquirió de un desconocido, ó dando un nombre imaginario para extraviar la acción de la justicia, logrando así la impunidad, aun cuando se trata de individuos que habitual y ordinariamente compran ó negocian sobre objetos mal adquiridos.

(1) *Dictamen sobre el encubrimiento y los encubridores*, Madrid 1905, p. 7.



## CAPITULO VI

### De las contingencias del delito.

#### I

#### Consideraciones generales sobre las contingencias que agravan ó atenúan el delito. (1)

«Poema secundum facti contingentiam com-  
mensuranda delicto »

Farinac. Var. Quæst., n. 9.

§ 124. Las *circumstantiæ delictorum*, produciendo como consecuencia jurídica la agravación ó atenuación de la pena, deben estar sujetas á reglas por medio de las cuales se evite que el hombre se vea sometido al arbitrio de otro hombre, sin que por eso suponga la absoluta necesidad de encadenar al juez á una severidad injusta de la que no pueda prescindir. La ley debe servir de límite á la potestad de castigar; pero la ley no puede prever todos los casos de agravación ó atenuación, por las variadísimas formas en que se manifiesta la actividad humana. De aquí se deducen tres consecuencias: a) es preciso fijar las penas con relación al juez, entre un *mínimum* y un *máximum*, para poder tener en cuenta las varias gradaciones de agravación, imprevisibles para el legislador; es preciso prohibir al juez el establecer circunstancias agravantes y aumentar la pena fuera de los casos expresamente previstos

(1) *Tiraquellus*: «De poenis legum ac consuetudinum, statutorumque tempe-  
ratæ aut etiam remittendis». Venet. 1560, v. opp. t. VII. — *Richter*: «De aggra-  
vatiõe delictorum». Jen. 1661. — *Screcker*: «Diss. de justis poenis mitigandi causis  
criminibus». Hal. 1652. — *Hoffman*: «Dissert de poena ordinaria non nunquam  
mitiganda». Leips. 1762. — *Ziegler*: «Teoria de la agravación de la pena» (alem.).  
Leips. 1806. *Reinhold*: «De la agravación y de la mitigación de la pena» (alem.).  
Leips. 1811. — *Drösten*: «De causis poenam mitigantibus». Traject. 1822. —  
*Exposición histórico-dogmática de la doctrina sobre la facultad de  
modificar la pena según el Derecho alemán y el Derecho francés* (alem.). Nordlin-  
gen. 1833.



por la ley, debiendo limitarse á mover la pena dentro del grado mínimo y el grado máximo, para tener en cuenta todas las agravaciones que la ley no ha podido prever; c) es preciso, para las atenuaciones del delito, evitar que las causas de mitigación de la delincuencia, imposibles de ser previstas, resulten ineficaces sobre la punición del delito. Y por eso: 1.º, todas las causas de mitigación previsibles deben sustraerse al arbitrio judicial, consagrándose por el legislador como *atenuaciones legales*; 2.º, todas las demás causas de mitigación pueden también en parte ser simplificadas en lo posible por la ley, pero por regla general deben ser dejadas á la prudencia y al criterio moral del juez, concediéndole la potestad de disminuir la pena aun por atenuaciones que no hayan sido previstas legalmente (1).

A las causas de atenuación de la delincuencia y de la penalidad previstas por la ley, se les suele llamar *excusas*; á aquellas otras no previstas por la ley, sino dejados al arbitrio del juez corresponde la facultad en éste de descender por grados de punición hasta el *minimum* legal, se les da el nombre de *circunstancias atenuantes*.

§ 125. La historia del Derecho nos presenta un continuo contraste entre la tendencia á conceder mucho al poder del juez, y la oposición de restringir su esfera de acción en la fijación del límite de la cuantía del delito. En el Derecho romano, con las *leges judicium publicorum* se negaba toda intervención al juez; la *lex preveniens* del delito, designaba sus condiciones, las causas de agravación y de atenuación, las consecuencias penales, y nada se dejaba al juez más que el creer ó no en la prueba. Pero al surgir las *cognitiones extraordinariae* frente á las *ordinariae*, surgen también las *penae extraordinariae*, y con ellas la facultad en el juez de agravar ó atenuar la pena legal. *Hodie* (decía Ulpiano) *licet ei qui extra ordinem*

(1) «No puede admitirse que todas las penas se hallen fijadas de un modo absoluto porque un caso particular nunca se asemeja por completo á otro». «El principio de la justicia exige en el juez una gran extensión del derecho de mitigar las penas, porque una ley penal no puede fundarse más que en las suposiciones y en los indicios ordinarios del delito, así como también en una imputación plena y completa del acto imputado. Y por eso el *minimum* de la pena sería todavía demasiado severo si fuese aplicado en casos extraordinarios é imprevistos». Es, pues, indispensable poner al juez en condiciones de disminuir la pena, donde la imputación no se admite más que en un grado inferior, y es sobre todo importante, que cuando varias causas atenuantes se hallen unidas, los tribunales estén facultados para mitigar la pena rebajándola más allá del *minimum* por ley establecido». — Mittermaier: «Del estado de la legislación penal en Alemania» en la *Revue Etrangère et française de Législation*. París 1840.



le crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviolem, vel maiorem, ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat (1); y sólo en tiempo de Justiniano vuelve á sentirse la necesidad de refrenar la potestad del juez, llamándole de nuevo á la observancia de la ley (2).—En el Derecho romano las primeras *leges barbarorum* no ofrecen ninguna extensión al poder judicial, cuyas funciones se limitaban á la designación legal de un precio para la *compositio*, el cual estaba diversamente fijado según la condición del ofendido. El poder del juez para fijar la pena según su arbitrio prudencial, empezó á resurgir extendiéndose hasta la exageración, ya con relación á la agravación, ya con relación á la atenuación del delito, por el poder posteriormente acrecido de los jueces y escabinos. Las doctrinas y las prácticas de los juristas italianos ejercieron gran influencia en toda Europa, pues proclamaron el principio de que el juez debe tener una esfera de acción para agravar ó atenuar la penalidad, con lo cual se estableció la *pena arbitraria* (3). Sostuvieron también que era necesario para obtener una atenuación por parte del juez, la existencia de alguna causa que estuviera ligada con el delito mismo (*causa cohaerens delicto*), mientras que las causas de atenuación extrínsecas al hecho criminoso, no entraban en el dominio del juez, sino más bien en el de la gracia del Príncipe (4). Pero este arbitrio originó grandes abusos y la incertidumbre de las penas. Es verdad que también introdujo en la práctica del foro el principio humano y caritativo de que el juez debe ser juicioso de la pena arbitraria más bien para mitigar que para agravar la suerte del culpable (5); pero las causas de mitigación acogidas en la práctica no estuvieron fundadas todas ellas sobre principios racionales, sosteniéndose, por ejemplo, como causa de atenuación de la pena, el casarse con una prostituta, el encontrarse á un cardenal, la conversión del judío ó musulmán al cristianismo, la noble prosapia y otras semejantes (6).

(1) L. 13 D. de poenis.

(2) Instit. IV, 17, p. I. — Not. LXXX, 13.

(3) *Pena secundum facti contingentiam commensuranda delicto*. — Farinac: «Varia sententiarum et comm. opinionum», n. 9. — Carpzovii: «Pract. ser. crim.», qu. 142, n. 13.

(4) Clar. qu. 85, n. 10. — Gandia: «Lib. de malef. rub. utrum poena possit angeri», lib. I, tit. 1. — Farinac: Qu. 17, n. 67.

(5) *Minuere debent quantum fieri potest poenas quae eorum arbitrio relinquuntur*. — De off. Barson., c. 221, n. 9.

(6) *Liberatore*: «Della Giurisprud. penale del Regno di Napoli». C. II, p. 11, 14.

De los libros más importantes sobre esta materia, es la monografía de A. Tindley: «De poenis legum, ac consuetudinum statutorumque temperandis aut



§ 126. El exceso en la arbitrariedad de la pena hizo que al surgir la reforma penal se sintiera en todas partes la necesidad de sustraer todo lo que fuera posible la fijación del límite de la pena al arbitrio del juez, exagerándose la doctrina: *optima lex minimum arbitrio judicis relinquit* (1). La común tendencia de los primeros Códigos de la reforma legislativa fué la de establecer penas absolutamente determinadas y negar al juez todo poder, ya de exasperación, ya de mitigación, fuera de los casos expresamente previstos por la misma ley. El Código de José II, de 1787, al mismo tiempo que á excepción de la pena de muerte estableció todas las penas de privación de la libertad con una extensión entre un máximo y un mínimo, prohibió al juez traspasar dichos límites (§ 13). El Código penal francés de 1791 fué más allá, estableciendo penas absolutamente determinadas y tratando de prever todos los casos particulares. El Código de 3 de brumario del año IV se remite á la declaración de los jurados, de que el hecho de excusa aducido por los acusados haya de ser probado (art. 646). Pero el Código de 1810 fijó dos principios: 1.º, *que ningún delito pueda ser castigado con otras penas que las señaladas por la ley*, lo cual viene á excluir toda agravación, sea por interpretación, sea por arbitrariedad, fuera de los casos expresados por la ley; 2.º, *que ningún crimen ó delito pueda ser excusado, ni su pena atenuada, fuera de los casos y circunstancias en que la ley declare el hecho excusable, ó permita que se le aplique una pena menos rigurosa* (art. 65). Sólo este Código tuvo cuidado de fijar las penas temporales con una extensión dada al juez entre un *máximum* y un *mínimum*. De igual modo el Código de Baviera de 1813, gracias á la influencia de Feuerbach, restringió la esfera de actividad del juez, dejando á la ley sola el fijar las causas de exasperación ó mitigación de la pena (arts. 95, 97) (2).

*etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, donde se consigna una exposición crítica de cuarenta causas diversas de atenuación admitidas en la práctica forense.

(1) Ya Bohemero había dicho: *Legistorum quid juctum in republica definit, judicium et jurisconsultorum vero leges commoda interpretatione applicare, non de legum eorumque rigore judicare, aut arbitrarum unum jus in forum propellere*. Obs. ad Capz. pract. p. VII, præf. — Cf. Leyser: «Medd. ad Pandectas». Spec. 643 ad Dig. Lib. 48 tit. 18.

(2) «Feuerbach quería que las penas estuvieran directamente determinadas porque creía que dejando algo al arbitrio judicial, el legislador se exponía á ver cómo la excesiva benignidad de los tribunales menoscababa el respeto debido á la autoridad de la ley. Este principio forma también una de las bases del Código de Baviera.» — «El derecho del juez de atenuar la pena fué totalmente suprimido; ninguna disminución de pena por grado menor de culpabilidad». Mittermaier: «De



La ley de 20 de Mayo de 1808 limitó el poder del juez para la agravación del delito, y designó las atenuaciones posibles, tanto en general como en relación á las diversas especies de delitos (arts. 14, 64). La fórmula del Código napolitano de 1819, en su art. 63, fué precisamente la del art. 65 del Código francés de 1810, y esta misma ley fué admitida por el Código parmesano (art. 71). El Código albertino formuló con una locución más curiosa la restricción del poder del juez, diciendo en el art. 4.º: «Las penas impuestas por la ley no podrán aumentarse, disminuirse ni modificarse por el juez, sino en los casos y dentro de los límites establecidos por la misma ley». El Código de 1859, por una parte reproduce en su art. 4.º, el art. 4.º del albertino; pero es preciso tener en cuenta los arts. 682, 683, y principalmente el 684, en los que reproduce casi íntegramente el sistema francés de las circunstancias atenuantes sin especificarlas, precisamente porque son dejadas á la llamada *omnipotencia del juez de hecho*, esto es, á la libre estimación de su conciencia. Y no se diga que estos principios se hallan en contradicción con el principio enunciado en el art. 4.º El beneficio en general de las *circunstancias atenuantes* cuya subsistencia se deja á la apreciación del juez), entra en el número de los casos para los cuales la ley misma ha previsto que debe reconocerse atenuada la intensidad del delito, y en que por consiguiente hay que descender á una mitigación en la penalidad. Así también los Códigos italianos, formados sobre el Código francés, establecieron la restricción del arbitrio del juez con facultad en este de mover la pena entre un *máximum* y un *mínimum*, pero sin poder agravarla ó atenuarla fuera de los casos expresamente previstos por la ley.

§ 127. Esta restricción á la arbitrariedad judicial, si bien fué una garantía desde el punto de vista de la agravación, era insuficiente para la adecuación de la pena al delito en los casos de atenuación, puesto que la ley no podía prever todos los que se dieran en la realidad. Por eso se reconoció la necesidad de dejar al juez facultad de mitigar la pena en el caso de que se presentaran circunstancias mitigadoras no previstas; así tuvo origen el sistema de *circunstancias atenuantes*. Ya en el Código napolitano de 1819 llamamos consagrada para los delitos (*reati*) contra la propiedad, en

actual de la legisl. pen. en Allemagne». En la *Revue de légis. et de juris-*  
1840.



caso de que fuera módico el valor de lo robado, y para los delitos en general (*delitti*), la facultad concedida al juez de mitigar la pena allí donde viera circunstancias atenuantes (arts. 453, 454 y 462). La ley francesa de 25 de Junio de 1824 concedió la Corte de los Assises la potestad de mitigar la pena legal en algunos delitos. La reforma penal de 1832 en Francia, estableció en su más amplia extensión el sistema de las *circunstancias atenuantes*, dando á los jurados la solución de las cuestiones relativas á la subsistencia de las mismas en los casos prácticos, y ordenando al juez una análoga disminución de pena en el caso en que el jurado las reconociera en favor del acusado (arts. 5, 6 y 94). De igual modo los nuevos Códigos alemanes, esto es, el Código sajón de 1838, el de Wurtemberg y el de Raunschwíg, confiaron al juez el poder de mitigar la pena descendiendo aun más allá del *mínimum* en el caso de circunstancias atenuantes. Este mismo criterio siguieron el Código del Cantón de Vaud de 1843 y muchos Códigos posteriores, entre los cuales haremos notar el Código belga de 1867, que después de afirmar en el art. 78 que ningún crimen ó delito puedan ser excusados fuera de los casos expresamente previstos por la ley, considera como uno de los casos legales el sistema de las circunstancias atenuantes con análoga reducción y modificación de las penas. (Arts. 79 y siguientes).

§ 128. El art. 29 del Código vigente viene á reproducir el artículo 4.º del Código albertino y el de 1859, estableciendo en su primer párrafo que: «las leyes no pueden ser aumentadas, disminuidas ni conmutadas, sino en los casos expresamente determinados por la ley.» Los párrafos siguientes están destinados á regular el modo del aumento ó la disminución en los casos en que la ley los establece. En este punto el Código vigente se ha separado del sistema del anterior que dividía la pena por grados, y se ha aproximado al toscano, que estableciendo caso por caso el *máximum* y el *mínimum* de la pena para los singulares delitos, añadía el aumento ó la disminución indicando una fracción de la pena legal que se añadía ó quitaba á la misma, como por ejemplo, aumento de un tercio, de un cuarto, de un sexto. Determina, pues, cuatro reglas sobre las cuales ha de fundarse, ya el aumento ya la disminución, á saber: 1.ª, que el aumento ó la disminución de la fracción de pena debe hacerse, no teniendo en cuenta la duración de dicha pena en abstracto, sino aquella cantidad de pena que el juez aplicaría al culpable caso de no existir tal circunstancia. Y por eso, como la ley establece la pena para cada delito entre



un límite máximo y un límite mínimo, el juez antes de apreciar el aumento ó disminución proveniente de la circunstancia, fijará el aumento de pena que cree debe aplicarse al delito, y después el aumento ó disminución que la ley determina. «Cuando la ley disponga que la pena sea aumentada ó disminuída en una fracción determinada, el aumento ó la disminución se realiza sobre aquella cantidad de pena que el juez aplicaría al culpable cuando no concurriese la circunstancia que la hace aumentar ó disminuir.»

2.<sup>a</sup> Se refiere al caso de que concurren varias circunstancias, en cuyo caso: «Si concurren varias circunstancias, el aumento ó la disminución se hace sobre la cantidad de pena que resulta del aumento ó disminución precedente; y concurriendo á la vez circunstancias de aumento y circunstancias de disminución, se empieza por las primeras. En todo caso, son apreciadas las últimas y en el orden siguiente: la edad, el estado mental, las atenuantes previstas en el art. 59 y la reincidencia.»

3.<sup>a</sup> Relativa á la fijación del límite máximo y del límite mínimo á que puede llegar: «En el aumento ó disminución no pueden pasarse los límites establecidos para cada clase de pena, salvo los casos expresamente previstos por la ley; por último, 4.<sup>a</sup> «Si se debe disminuir la pena del arresto ó de la multa (*ammenda*), cuyo límite máximo legal no supere respectivamente de cinco días ó de cincuenta liras, le sustituye la reclusión judicial», la cual en este caso no ha sido dejada al arbitrio judicial, sino que está determinada por mandato de la ley. Por último, el art. 59 reproduce las determinaciones de los artículos 683 y 684 del Código de 1859 respecto á las circunstancias atenuantes, pero por las varias disminuciones posibles de pena de que ya se hallan establecidas expresamente, queda reducido á más estrechos límites. «Además de las disminuciones de pena expresamente determinadas por la ley, si concurren circunstancias atenuantes en favor del culpable, al *ergastolo* sustituye la reclusión por treinta años, y las demás penas son disminuídas en un sexto»: esta disminución es de duración en las penas restrictivas de la libertad personal ó de privación temporal de derechos, y de cantidad en las penas pecuniarias. Al juez corresponde, pues, el aprecio de las circunstancias; á la ley, la determinación de la penalidad cuando aquéllas concurren.

§ 129. De las contingencias agravantes ó atenuantes del delito, tanto se trate de las previstas en la ley, ya de las dejadas al arbitrio judicial, no se puede presentar una completa enumeración en la



doctrina general de la penalidad, precisamente porque no pueden todas ellas reducirse á reglas generales para todos los delitos. Claudio Saturnino enumeró siete causas que pueden influir, tanto en la incriminación, como en la apreciación cuantitativa de los hechos merecedores de pena, á saber: *causa, persona, loco, tempus, qualitate, quantitate et evento* (1). Algunos Códigos modernos basan también la enumeración de las circunstancias agravantes y atenuantes; pero esta enumeración no puede comprender todas las causas posibles de exasperación y mitigación de las varias clases de delitos. Además, hay algunas condiciones personales que pueden agravar unos delitos y atenuar otros. Así, por ejemplo, el parentesco viene á agravar los delitos contra las personas y á atenuar los delitos contra la propiedad; la cualidad de empleado público no agrava todos los delitos, sino únicamente aquellos que se refieren al empleo ó cargo que desempeña. Las circunstancias agravantes y atenuantes deducidas *ex rerum qualitate*, presuponen algunos delitos. Así, el valor, si es grande agrava, y si pequeño, atenúa, pero no con relación á todos los delitos, sino á aquellos que violan el derecho patrimonial. De modo, que en la parte general de la penalidad puede contenerse hasta un punto oportuno la exposición en forma de principio de las únicas cualidades ó hechos personales que refiriéndose al autor de cualquier delito, pueden agravar ó atenuar la intensidad de éste, independientemente de la especie que pertenezca. Pero cuando la ley se ha reservado la fijación de las circunstancias que elevan la pena más allá del *máximum legal* y ha dejado al juez las circunstancias atenuantes que hacen disminuir la pena del *mínimum legal*, no es necesario exponer ejemplos aclaratorios, sino que por el contrario, hay que limitarse á solo aquellos casos para los cuales el juez está obligado á pasar del *máximum* ó del *mínimum*.

Las condiciones personales que disminuyen la delincuencia, esto es, la *menor edad*, la *perturbación de la mente*, el *sordo-mutismo* y la *coacción incompleta sobre el agente*, están ya examinadas. Queda únicamente la condición personal de agravación que nace de la *repetición del delito* y ésta necesita un tratado especial que dividiremos en dos partes: una relativa al *concurso de delitos* (*concursum delictorum*), y otra referente á la recaída en el delito ó *reincidencia*; siendo estas dos las especies en que se manifiesta la repetición del delito.

(1) L. 16, D. de poenis.



## II

*Del concurso de delitos (1).*

Considerados los delitos con relación á la persona que haya delinquido varias veces, se dividen en *repetidos* y *concurrentes*. Son repetidos, los delitos de la misma especie: son concurrentes, los de especie diversa. Los delitos repetidos se dividen en *continuados* y *reiterados*.

Nani: «Princip. de giurisp. crim.», n. 236.

§ 130. Es indudable que si en el delito aparece la negación del orden social, más niega este orden el que más veces delinque; y por eso es un principio que no admite discusión el consignado en muchas legislaciones de que la pluralidad de delitos aumenta la delincuencia del culpable. Esta condicion personal de agravación da lugar á dos investigaciones: una, la noción propia del *concursum delictorum*, en el sentido estricto de la palabra, como forma distinta de aquellas otras que tienen la apariencia de pluralidad de delitos pero cuya esencia es un mismo delito; otra, la relativa al modo de castigar los delitos concurrentes según las exigencias de la justicia.

§ 131. Los tratadistas de Derecho penal distinguen dos clases de concurso: el *formal* ó *ideal*, y el *real* ó *sustancial*. El concurso formal no es verdadera pluralidad de delitos, porque en el fondo aparece más que una acción criminal. Hay una primera especie de concurso formal cuando una sola acción viola diferentes relaciones jurídicas de tal modo que origina varias causas de responsabilidad. El empleado público que distrae valores á él confiados

(1) Warnbühler: «De concursu delictorum». Argent. 1657. — Schöpf: «De concursu delictorum». Hal. 1748 — Tub. 1758 — Schulz: «De concursu delictorum» Hal. 1748. — Wap: «De concursu delictorum formali». Marb. 1800. — Schröter: «De concursu delictorum». Leips. 1811 — Wafflar: «De concursu delictorum». Lovan. 1823. — Wap: «Del concurso de las transgresiones» (alem.), Würzburg 1827. — Rotteck: «Del concurso de delitos» (alem.). Frib. 1840. — Krake: «Del concurso de delitos» (alem.). Leips 1842. — Coradja, «Diss. de concursu delictorum». Berol 1856 — John: «Doctrina del delito continuado y del concurso de delitos» (alem.). Berlin 1860. — La muy importante la monografía acerca del concurso de Bonneville, contenida en el 2.º tomo de la obra «De l'amélioration de la loi criminelle». Paris 1864. — Disertación de Mittermaier (N. Arch. de D. Crim., II, traducida al italiano *Arch. Germanici*, II, 91).



por razón del cargo que desempeña, no solo quebranta la relación jurídica del Derecho de propiedad en general, sino que además viola la santidad de sus deberes como funcionario público. El que injuria, hiere ó mata al representante de la autoridad ó fuerza pública en el ejercicio de su cargo, no solo quebranta el Derecho de la personalidad sino también el Derecho del Estado, conculcando la relación jurídica del respeto debido á la autoridad. En estos casos, el aspecto más grave de la responsabilidad absorbe el menor, grave, sin que se deba castigar dos veces por un solo hecho criminal. — Una segunda especie de concurso ideal ó formal existe cuando se ha cometido un delito como medio para la realización de otro. En este caso es verdad que hay dos delitos; pero vienen á ser uno en la conciencia del agente por razón de aquel vínculo que enlaza al uno con el otro: el *nexus* entre el hecho punible que sirve de medio y el que constituye el fin del delincuente, unifica las dos delincuencias en un solo delito, que puede llamarse complejo. Aquí hay un delito acompañado de una causa intrínseca de agravación; el ser medio, ocasión ó consecuencia de la perpetración de otro. Así, el homicidio á consecuencia de un robo, forma un delito complejo que se denomina robo acompañado de homicidio; pero no presenta dos delitos independientes el uno del otro como sucedería en el caso de aquel que roba y mata sin que haya vínculo de ninguna clase entre el homicidio y el robo. El concurso ideal se manifiesta como una de las especies del *delito cualificado* y la *cualificación* nace del hecho criminoso que se adjunta á otro hecho igualmente criminoso. Ahora bien: en ninguno de los dos casos enunciados se presenta el verdadero concurso de delitos, porque en el primer caso se trata de una sola acción punible, no de muchas; y en el segundo, si bien hay pluralidad de delitos por la existencia de aquel vínculo, los delitos pueden distinguirse el uno del otro pero no separarse, ni en la conciencia del delincuente, ni en la llamada objetividad del delito.

§ 132. El concurso real es el que constituye el verdadero *cursus delictorum*, y exige que haya *varios delitos distintos é independientes uno de otro*. Así considerado, se ha dividido en las dos formas de la *iteratio* y de la *cumulatio*, llamándose *iteratio* al concurso de delitos homogéneos, y *cumulatio* al concurso de delitos heterogéneos, y si bien ambas formas constituyen siempre un concurso la *iteratio* debe ser examinada más detenidamente á fin de obtener una noción adecuada del verdadero concurso de delitos. La *iteratio*



ha sido ya estudiada bajo el aspecto de una *consuetudo delinquendi* que principalmente tiene su influencia en la cuestión de la reincidencia; además puede ser revelación de una manía parcial, como la piromanía, la cleptomanía, etc. Fuera de esto, ocurre con frecuencia que siendo aparentemente varios los delitos que comete un individuo, la homogeneidad de los mismos puede hacer que constituyan un solo hecho punible. El *delito continuado* es una repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincuente porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso: la asociación de malhechores, el uso doloso de un título falso, son comúnmente delitos continuados. Pero, por otra parte, hay delitos que reunidos entresí pueden constituir accidentalmente un delito continuado; tal es, por ejemplo, el caso de varios hurtos con los cuales robándose en diversos tiempos la misma materia en daño de un mismo individuo, las diferentes acciones son momentos de una misma resolución para delinquir. El Código toscano formuló como ley esta noción del delito continuado: «varias violaciones de la misma ley penal, cometidas en un solo grupo de acciones ó en tiempos diversos *con actos ejecutivos de la misma resolución criminosa*, se consideran como un solo delito continuado; pero la *continuación* del delito aumenta la pena dentro de sus límites legales.» Esta noción había sido esclarecida por Mittemaier, cuyas palabras conviene repetir: «La *continuación* de un delito presupone una pluralidad de actos que se han cometido en tiempos diversos; pero que atendida la especie de determinación de la voluntad que está en el fondo de los mismos, forman un todo jurídico, de tal modo, que únicamente puede admitirse un solo delito. El reconocimiento de un delito continuado no depende, ni de que los varios actos se cometan contra la misma persona ó con relación á la misma cosa, ni de que se hallen en una relación causal, ya sea de medio á fin, ya de causa á efecto, ni muchos menos de que alguno realice un propósito común dirigido á un fin dado, ni por último, de que las varias acciones se practiquen en virtud de una determinada condición. El verdadero criterio del delito continuado solo puede hallarse en la unidad del propósito y del hecho, de tal modo que las varias acciones punibles aparezcan como ejecución de un solo hecho, y á la vez como manifestación de la unidad del propósito. Sin embargo, en todas las legislaciones será difícil designar con una regla general el concepto del delito conti-



nuado, de un modo tan preciso que en su aplicación á los casos singulares no surja una cuestión, y por eso será oportuno establecer proposiciones especiales para los delitos particulares, en la parte especial del Derecho penal. Cuando subsiste una verdadera continuación, las acciones singulares son penadas *solamente como un delito continuado*, salvo que la circunstancia de la continuación pueda ser una causa de agravación de la pena (1).

§ 133. Eliminado el *concurso ideal* y quitado del concurso real aquello que tiene su apariencia pero no su verdadera naturaleza, queda el concurso real, ya en la forma de *reiteración de los mismos delitos*, ya en aquella otra de *acumulación de delitos*. Pero mirando en abstracto los varios delitos, el concurso puede decirse que es siempre *reiteración de delitos*. El criterio especial para distinguir este concurso real de delitos se halla en esta triple condición: 1.º, que un mismo individuo sea culpable de delitos distintos, esto es, derivados de acciones diversas; 2.º, que estos delitos, además de ser distintos uno de otro, sean también independientes entre sí en la realidad objetiva de los hechos; y 3.º, que estén separados también en la conciencia del delincuente sin que aparezcan como un hecho único. Algunos autores añaden á estas condiciones otra, deducida de varias legislaciones positivas; cuando el culpable de varios delitos cometa un delito después de haber sufrido condena por el delito precedente, no existe según ellos el concurso de delitos sino la reincidencia. Esta afirmación se puede hacer sólo para aquellas legislaciones que, cual la italiana, consideran como reincidente á aquel que siendo condenado por un delito precedente, comete otro (2). Pero si la reincidencia no se considera como circunstancia agravante siempre que se trate de un delito posterior á condena irrevocable por un delito precedente, si algunos penalistas y algunos legisladores sostienen que para haber reincidencia en sentido verdaderamente jurídico es preciso que la condena haya sido cumplida y la pena haya cesado (*paena soluta ac finita*), no puede exigirse como condición del concurso de delitos en sentido estricto, *que el culpable no haya sido condenado por el delito anterior*.

(1) Notas á Feuerbach, § 128, a.

(2) Esto mismo sucede en la legislación española. El núm. 18 del art. 10, que considera como circunstancia agravante la de ser el culpable reincidente, dice que hay reincidencia «cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere anteriormente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código.»—(N. T.)



rior cuando volvió á delinquir. Es igualmente inexacto el considerar el concurso de delitos sólo en el caso de que un individuo haya sido acusado de varios delitos en un solo juicio, porque bien podría suceder que uno haya sido condenado por un delito posterior antes de ser juzgado por otro anterior que se le atribuye. Hay concurso de delitos siempre que se pruebe que un mismo individuo ya considerado como culpable por un delito posterior, es culpable también de un delito anterior á aquél; la eventualidad del juicio no borra la esencia propia del concurso, y aun aquellas legislaciones que establecen la diferencia entre la reincidencia y el concurso diciendo que es reincidente el que realiza un delito después de haber sufrido una condena por otro, afirman expresamente que hay concurso de delitos siempre que se comete un delito antes de haber sufrido condena irrevocable por otro anterior (1).

§ 134. Veamos ahora el modo con que debe ser tratado y castigado aquél que ha caído en el *concursum delictorum* en sentido estricto esto es, en el concurso real y no ideal de delitos. Por una parte, sostienen algunos que en nombre de la justicia retributiva el culpable de varios delitos debe ser castigado tantas veces cuantas ha violado la ley penal, y por eso proclaman el principio de la acumulación material de las penas (*Quot delicta tot poenae*). Otros, por el contrario, creen que en la pena del delito mayor está ya comprendida la pena menor, y por eso afirman que se deben comprender en la pena misma del delito mayor la gravedad del concurso de delitos, lo cual se llama principio de la absorción de la pena menor en la mayor (*Paena major absorbet minorem*.) Hay, por último, un tercer criterio que puede decirse intermedio entre la acumulación material y la absorción de la pena; tal es el de la acumulación jurídica. Vista la doctrina de la absorción se notó por algunos escritores que la absorción pura y simple de las penas menores en las mayores podría significar una excitación al culpable de un delito para cometer todos los demás que se le antojaran, en la seguridad de que no había de ser penado más que por el ya cometido si era el más grave. Y á esto se añade que es contraria á la justicia, no sólo porque consagra la impunidad de algunos delitos, sino también porque coloca en igual condición al que comete un solo delito y al que además de éste realiza otros, más ó menos graves que el primero. Por otra parte, se hizo notar muy oportu-

1) Art. 76, Cód. pen. ital. vig.



namamente contra la doctrina de la acumulación material, que con la reunión de varias penas crece la intensidad de cada una de las mismas, y por eso, como dice Mittermaier, la acumulación hace crecer la pena no en progresión aritmética sino en progresión geométrica. Ahora bien: ambos inconvenientes se evitan con el sistema intermedio de la acumulación jurídica, en virtud del cual el culpable de varios delitos debe responder con penas más graves de las que corresponden al que haya cometido sólo uno de aquéllos, pero dentro de los límites de una recta proporción; la acumulación no es material ó aritmética, sino que es un aumento de penalidades proporcionado al número y á la gravedad de los delitos. Jhon halla también otra razón de justicia intrínseca en la acumulación jurídica, pues como él asegura, en virtud del principio objetivo, al *daño jurídico* corresponde la acumulación de penas; pero en virtud del principio subjetivo, al *dolo jurídico* corresponde la absorción: por eso ocurre que las dos fuerzas contrarias concurren como á una resultante común, esto es, á la acumulación jurídica contenida dentro de los límites de un aumento proporcional. Nosotros creemos que no es esta la verdadera demostración de la racionalidad de la acumulación jurídica, porque tanto del lado del mal objetivo como del lado del mal subjetivo, encontramos pluralidad de negaciones del Derecho, con lo cual no hay nada alguna para que el aspecto externo exija la acumulación y el interno la absorción de las penas.

§ 135. En el Derecho romano el problema del concurso ha sido considerado en varios aspectos que en él hay que distinguir, para evitar la confusión de los mismos ha surgido una confusa interpretación con opiniones discordes sobre el particular. En algunos pasajes se habla del concurso de las acciones que nacen del delito, pero no del *concursum delictorum* (1). Cuando son varios los delitos, la regla es: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitus sit; neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam* (2). Pero es distinto el caso de los *plura delicta concurrentia* y el de los *ex eodem facto plura crimina nascuntur* que constituye el *concursum formalis idealis*. Para este último existe la regla *Senatus censuit ne qui*

(1) Así la L. 32, Dig. de obl. et act., dice: *Cum ex uno delicto plures actiones nascuntur, sicut evenit cum arbores furtim caese dicuntur, omnibus experiri permitti postulat varietates obtinuit*. Cf. L. un C. quando civ. actio crim. praej.

(2) Ulpiano, L. 2, D. de priv. del.



*idem crimen pluribus legibus reus fieret* (1); y esto se relaciona con el otro principio de que en el juicio público era preciso tratar una sola acusación (2). La regla de la acumulación de las penas, sostiene algunos que sólo se aplicaba á los *delicta privata*, opinando en contra Schröter (Diss. cit); la razón de aquella restricción á los delitos privados estará en el mismo pasaje del Digesto que es un fragmento bajo el título de los *delitos privados*. Pero la razón aducida nos parece que enuncia una regla general: *neque enim delictum ad aliud delictum minuit poenam*.

§ 136. En el Derecho germánico, nada en concreto nos ofrecen las antiguas fuentes escritas. Sin embargo, los vestigios de la preponderancia concedida al principio de la acumulación material se hallan en algunas compilaciones posteriores, salvo algunas excepciones en los que se aplicaba el principio de la absorción de la pena menor por la mayor (3). La regla de la acumulación material de las penas pasó también al Derecho canónico (4). De igual modo, los prácticos italianos acogieron como regla general el principio romano *quot delicta tot poenae* (5), pero separaron del concurso de delitos el delito continuado (6), reconociendo también como excepción el caso de la incompatibilidad de dos penas y proclamando en tal caso el principio de la absorción (7). Estas opiniones de los prácticos italianos fueron también acogidas por Covarrubias (8) y Carpovius (9). Pero poco á poco y sobre todo en Alemania, la

(1) L. 14 D. de accus. Una aplicación de este principio puede verse en la L. 5 D. de quest. Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, contraxerit, in INSULAM DEPORTANDUS EST, quia duplex crimen est; et incestum nequeunt violavit contra jus, et adulterium vel stuprum adjungit. Cf. L. 28. § 10 D. de poenis. L. un pr. C. de raptu virgin.

(2) L. 7, § 5 D. de accus. — L. 9, eod. — Aquí es preciso distinguir históricamente. En tiempo de las *questiones perpetuae*, en una *questio* no podía tratarse más que una sola acusación, por eso el acusador debía decir cuál era la que quería instaurar (L. 32, D. poen.). Cuando desaparecieron las *questiones*, se llegó á un juicio común sobre todas las acusaciones (L. 6, C. ad L. Jul. de vi).

(3) Hamburg Stadtrecht: v. 1270, X, 1. 1. — Kulm. Stadrt: III, 49. — Brün Schöffens., § 387.

(4) Cap. I, X, de poenis: *Ea quae frequenti praevagatione iterantur, frequenti sententia condemnentur*. (Cf. cap. 28. X, de Sent. excommunicat).

(5) Gaudin: «De poena reor.», n. 37, p. 339. — Bonifac. de Vital: «De insultu», n. 7, p. 394. — Aretin: p. 109, 114, 118. — Clar: Qu. 84, n. 23. — Farinac: Qu. 22.

(6) Glossa: «Ad L. 21 pr. D. furt.». — Clarus: Qu. 84, n. 4. — Decianus: VI, 5, 14. Farinac: Qu. 22, n. 12-19.

(7) Aretinus: I. c. — Farenac: Qu. 22. n. 30, 31. — Clar: Qu. 99, n. 9.

(8) «Variar. Resol.», II, 10, 8, 9.

(9) «Pract. crim.», qu. 132, n. 7, seqq.



doctrina siguió la máxima: *Punitur solummodo delinquens poena joris delicti*, convirtiéndola de excepción en principio general. A nosotros nos parece que ocurrió esto ya por la misma extrema severidad de la pena que correspondía á cada delito, ya por la influencia que allí ejercieron las disposiciones de la C. Carolina (arts. 108, 163), por las que en el concurso de circunstancias agravantes en un mismo delito debía dictarse la pena en razón de la circunstancia que más agravara. Así, hasta llegar á las nuevas legislaciones, se osciló entre la máxima romana de la l. 2, D. *privatis delictis* y aquella otra adoptada por la práctica forense de la absorción de la pena menor por la mayor.

§ 137. En las legislaciones del siglo XIX se presentan tres sistemas distintos: 1.º, el de la absorción de la pena menor por la mayor. El Código francés de Instrucción criminal, en su art. 365, declara que en caso de existir varios crímenes ó delitos, sólo se señalará la pena más grave (1). En Inglaterra, salvo algunas excepciones previstas por los Estatutos, rige el principio de que en las acusaciones por delitos de traición, sólo un delito puede ser objeto de acusación y discusión, considerándose la reunión de varios procesos como perturbadora de los juicios y perjudicial para el acusado (2). Y en Italia, el Código de Parma de 1820 estableció también el principio de la absorción (art. 46); 2.º, el de la acumulación material de las penas. Este sistema hállase establecido principalmente en el antiguo Código sardo de 1770 (3), y además en el Reglamento gregoriano (art. 16), en el Código del Brasil (art. 61) y en el Código de Nueva York (Estatutos revisados), pero con una limitación: que cuando se trata de pena de muerte sólo se puede añadir la multa; y 3.º, el sistema que más se establece en las modernas legislaciones penales es el intermedio ó de la acumulación jurídica, el cual imprime al concurso de delitos la nota de una mera circunstancia agravante; pero dándole las apariencias de verdadero concurso establece una apreciación aproximativa mediante la conversión del conjunto de las penas debidas al culpable de varios delitos. Ahora bien: este sistema intermedio se practica de dos modos, que vienen á constituir dos sistemas diversos á pesar de tener un fin común. Uno consiste en tomar

(1) Cf. art. 379, Cód. cit.

(2) Cf. *Edinburg-Review*, 1842.

(3) Art. 5, tit. XXV, lib. IV.



como base la pena del delito más grave, que agravada (cuando es posible su agravación), absorbe las demás penas menores. El otro consiste en tomar como punto de partida el sistema de la acumulación, pero limitándolo con principios particulares que no hagan aplicar materialmente todas las penas, sino que den la equivalente en su reunión ó adición aritmética. El primer sistema se aplica por el Código austriaco de 1803 (arts. 82, 83, 84), el Código del Cantón de Vaud (art. 64) y el Código sueco de 1864 (c. IV). El segundo lo siguen los nuevos Códigos alemanes, el Código toscano y el Código español (art. 176). Con razón hizo notar Mittermaier que la primera forma es más simple, mientras que la segunda es demasiado complicada, conduciendo á durezas injustas é imprevisibles, sobre todo en aquellos Códigos donde todavía se conservan las penas infamantes. A su vez, entre estos dos sistemas hay un tercero que puede llamarse mixto, porque partiendo de la distinción de los delitos en graduables y leves, admite la absorción pura y simple de los delitos leves en los graves, y distinguiendo dos especies de concurso, el de delitos graves y el de delitos leves, admite para los primeros el sistema de absorción con el aumento de la pena más grave, y para los delitos leves admite el segundo sistema, que es el de la acumulación dentro de un límite determinado. Este sistema fué iniciado en Italia con el Código napolitano de 1819, en virtud de la teoría de la *reiteración de delitos*, y entre los Códigos italianos que lo siguen deben comprenderse el Código Albertino y el de 1859, el cual si bien no emplea la denominación jurídica de la reiteración sustituyéndola con la locución de *reo de varios delitos*, sigue en su mayor parte la doctrina del Código napolitano. También se hallan inspirados en este sistema el Código penal belga (arts. 58 á 65) y el proyecto de Código penal portugués.

§ 138. El Código italiano de 1889 habla del *concurso de delitos* (art. 1) y de penas, en el tit. 7.º del libro 1.º En cuanto al concurso de los delitos, el principio que anima todas sus disposiciones es el de traducir en un sistema concreto la acumulación jurídica, que como ya hemos visto se separa tanto de la acumulación material de todas las penas en pluralidad de los delitos como de la absorción del delito menor por el mayor. El vigente Código se separa, pues, de las regla especiales establecidas por el Código toscano de 1863 y por el de 1859, descendiendo á una minuciosa determinación de los varios casos que pueden darse en la práctica, á cada



uno de los cuales ha consagrado normas especiales. *Primer caso.* Delitos que concurren en un mismo individuo varios delitos, de los cuales alguno ó todos ellos sean castigados con la pena del *ergastolo*. Como esta pena representa el grado supremo de la escala penal, no se puede llegar á una pena superior en virtud del concurso; por eso el aumento de penalidad se verifica y no puede ser de otro modo, en el modo de ejecutarse dicha pena. «Art. 67. Al culpable de varios delitos que importen penas restrictivas de la libertad personal por un tiempo mayor de cinco años, una de las cuales sea el *ergastolo*, se aumenta de uno á tres años el periodo de la segregación celular continua, y hasta cinco años cuando otra de las penas en que se incurrió sea el *ergastolo*.» Inútil es decir que el delincente penado con el *ergastolo* no se halla sujeto á este aumento intensivo cuando concurre con delitos penados con pena menor de cinco años, porque entonces se verifica la absorción del delito menor por el mayor. *Segundo.* Concurso de delitos castigados con la misma clase de pena, la temporal de reclusión, detención ó confinamiento. En este caso, la norma es la aplicación de la pena señalada al delito más grave, pero con un aumento en que se tiene en cuenta la duración respectiva de las otras penas. «Al culpable de varios delitos que importen la misma especie de pena restrictiva de la libertad personal, se le aplica la pena para el delito más grave, con un aumento semejante á la mitad de la duración total de las otras penas, con tal de que no se pase de treinta años para la reclusión y la detención, y de cinco para el confinamiento» (Art. 68). *Tercero.* Concurso de delitos que no se hallan castigados con la misma clase de pena. El art. 69, que es el que trata de esta materia, hace una verdadera distinción, según que se trata de dos delitos de los cuales uno tenga señalada la reclusión y otro la detención, ó de más de dos delitos. En el primer caso, el legislador admite dos hipótesis: á saber: a) que concorra un delito no grave castigado con la reclusión durante poco tiempo, con otro delito grave castigado con una larga detención. «El culpable de dos delitos, uno de los cuales lleve consigo la pena de reclusión y el otro la detención, es castigado según las reglas siguientes: 1.<sup>a</sup>, si la reclusión no excede de un año y no alcanza el tercio de la duración de la detención, se aplica la detención con un aumento igual á la mitad de duración de la reclusión»; b) la segunda hipótesis se refiere á todos los casos posibles, salvo el anterior: «2.<sup>a</sup>, en todo otro caso, se aplica la reclusión con un aumento igual al tercio de duración de la detención».



ción, siempre que no se pase de los treinta años. «En cuanto á la segunda distinción, que se verifique un concurso de más de dos delitos en el cual se acumulen delitos castigados con la misma pena y delitos castigados con penas diversas, dice el último párrafo de este artículo: «Cuando concurren más de dos delitos, antes de aplicarse según los casos una ú otra de las precedentes disposiciones, se aplica la del artículo anterior para los delitos que importen la misma clase de pena». *Cuarto caso:* hay que subdividirlo también en otros dos, según que se trate de dos delitos ó de más de dos: a) «al culpable de dos delitos, dice el primer párrafo del art. 70. «Si uno de los cuales tenga señalada la reclusión ó la detención y otro el confinamiento, se aplica la reclusión ó la detención, con un aumento igual á un tercio de la duración del confinamiento cuando la pena aplicada sea la detención, y á un sexto cuando sea la reclusión»; b) «si son varios los delitos que tengan señalada la reclusión ó la detención, ó varios los que tengan señalado el confinamiento, se aplicarán las disposiciones de los artículos 68 y 69». *Al quinto:* concurso de varias contravenciones penadas con arresto: la regla es la misma que la del art. 68 para los delitos. «El culpable de varias contravenciones que importen el arresto, se aplica la pena para la contravención más grave, con un aumento semejante á la mitad de la duración total de las otras penas, con tal de que no se pase de tres años» (art. 71). *Sexto:* concurso de delitos y de contravenciones. «Al culpable de uno ó varios delitos y de una ó varias contravenciones que lleven consigo el arresto, se aplica la pena señalada para el delito ó resultante del concurso de varios delitos, según las reglas establecidas en los artículos precedentes, con un aumento igual á la sexta parte de la duración total del arresto, si la pena debida para los delitos es la reclusión, y á la tercera parte en los demás casos» (art. 72). Las disposiciones de los dos artículos siguientes, 73 y 74, relacionados entre sí, se refieren á las incapacidades civiles y políticas, ya como penas, ya como consecuencia de condenas penales. «En los casos previstos en los artículos precedentes, dice el 73, para determinar los efectos de la condena penal, según las disposiciones de los artículos 31, 33, 34 y 35 (que hablan de la interdicción perpetua de los empleados públicos, de la incapacidad civil, de la pérdida de la cualidad de miembro del Parlamento y de la interdicción temporal para el ejercicio de un oficio, profesión ó arte), tiene cuenta solamente de la pena que debe infringirse para



cada delito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.» Y así dice: «Las penas de la interdicción temporal de los funcionarios públicos y la de suspensión del ejercicio de una profesión ó arte establecidas para cada delito, son apreciadas todas ellas por entero, siempre que la duración total no exceda de diez años para la interdicción y de cuatro para la suspensión». *Séptimo caso:* que concurren penas pecuniarias. El primer párrafo del art. 75 determina que: «Las penas pecuniarias establecidas para cada delito son siempre aplicadas todas ellas por entero, con tal de que no se exceda de la suma de 15.000 *liras* en los delitos y de 3.000 en las contravenciones». La segunda parte del mismo artículo comprende dos reglas diversas: una, estableciendo el límite de duración de la pena privativa de la libertad como sucedáneo de las penas pecuniarias en caso de insolvencia, ó cuando tenga lugar la acumulación; otra, referente á la cualidad de la pena privativa de libertad que debe sustituir á la acumulación de penas pecuniarias en caso de concurso entre delitos castigados con la multa y delitos castigados con la indemnización (*ammenda*). «En caso de conversión de penas pecuniarias en una pena restrictiva de la libertad personal, la duración de ésta no puede exceder de dieciocho meses; y en caso de concurso de la multa con la indemnización, la conversión se hace siempre en la pena de detención.» El art. 76 reproduce en su primera parte el art. 117 del Código de 1859, el cual conservó un principio ya admitido por la jurisprudencia de los tribunales á pesar del silencio de los Códigos anteriores. Dicho principio es que la condición de reo de varios delitos, de la cual deriva la aplicación de todas las reglas contenidas en este título 7.º, tiene lugar aun en el caso en que un individuo ya condenado por un delito deba ser juzgado por otro cometido antes de la condena. «Las reglas contenidas en los precedentes artículos se aplican aun en el caso en que después de una sentencia, se deba juzgar á la misma persona por otro delito cometido antes de la condena.» La segunda parte de este artículo se refiere al concurso de penas que hayan de cumplirse. «Las reglas indicadas se aplican también en el caso de un delito cometido después de la condena á una pena temporal restrictiva de la libertad personal, y antes que haya sido descontada ó mientras se descuenta; pero el aumento de pena según los artículos precedentes, es, respectivamente, de dos tercios, de la mitad ó de un tercio, en vez de la mitad, un tercio ó un sexto.» Para determinar tal aumento, se tiene en cuenta solamente la



parte de pena que queda por descontar en el momento en que se ha pronunciado la condena, después de haber computado en la pena para el nuevo delito, cuando ocurra, la agravante de la reincidencia. Pero si la pena ha sido descontada ó la condena se extinguió antes de que la nueva condena empiece á realizarse, la pena para el nuevo delito se aplica por entero. El 77 determina que no hay concurso efectivo de delitos cuando uno de ellos sirve de medio ó es ocasión para otro, siempre que en este sentido existan disposiciones terminantes de la misma. «Aquel que para realizar ú ocultar un delito ó con ocasión de él, comete otros hechos que por la ley constituyan también delito, cuando éstos no sean considerados por la ley como elementos constitutivos ó circunstancias agravantes del delito mismo, queda sometido á las penas que deben infligirse por todos los delitos cometidos, según las disposiciones contenidas en los artículos precedentes.» El siguiente trata de distinguir el concurso á que los criminalistas dan el nombre de concurso puramente ideal de delitos, del concurso real y efectivo para el cual se requieren varias acciones criminosas distintas una de otra, y cada una de éstas completamente independiente. Una sola y misma acción puede representar simultáneamente varias violaciones de la ley: en este caso, la unidad real de la acción criminal excluye la existencia del concurso de delitos. Así, el ultraje con palabras ú obras al depositario de la autoridad pública, absorbe la nota criminal de la injuria ó de la ofensa material al funcionario público. Esta regla no se hallaba en el Código anterior, pero sí en el art. 81 del toscano. El 78 del vigente, dice: «Aquel que con un mismo delito viola diferentes disposiciones legales, es castigado según las disposiciones que establezca la pena más grave.» Finalmente, el 79, último de este título 7.º, dice: «Varias violaciones de una misma disposición legal, aunque hayan sido realizadas en diferentes tiempos, se consideran como un solo delito, pero la pena es aumentada de un sexto á la mitad.» Como se ve, trata de distinguir el concurso real del aparente, reproduciéndose la disposición del art. 80 del Código toscano, con la diferencia de que en éste se decía que las violaciones se considerarían como un solo delito *continuado*. El Código vigente elimina con buen acuerdo la palabra *continuado*; con buen acuerdo, para evitar que pueda suponerse que solo en este caso se verifica el delito *continuado*. El verdadero delito *continuado* es el que *perdura* en su forma exterior, y puede decirse que se reproduce en todos los momentos mientras no cesa



su eficacia criminosa. Así, el concubinato, el uso doloso de un documento falso, la detención constituida en cárcel privada en forma de secuestro de personas, representan la *continuación* del delito. La hipótesis prevista en este artículo es unidad de propósito en multiplicidad de acciones exteriores, cada una de las cuales separada de las otras por el tiempo, representa por sí misma un delito; esto trae como consecuencia que á la vez que se castiga con una sola pena la multiplicidad de acciones criminosas, esa pena se aumenta de un sexto á la mitad. Así, por ejemplo, si el delito es castigado con la reclusión de tres á diez años, el juez fija primero la pena merecida dentro de los límites, y después añade el aumento: si, v. gr., lo considera punible con seis años, el aumento podrá ser de un año á tres; por eso podrá castigarlo con una pena que ni baje de siete años ni suba de nueve de reclusión.

### III

#### *De la reincidencia (1).*

«La exasperación de la pena por la reincidencia no es regla sin excepción».

Raffaelli: «Nomotesia penale», t. V, pág. 98.

§ 139. Uno de los problemas de la ciencia y de la legislación penal que ha dado origen á soluciones diferentes, es el de la reincidencia. En general, es preciso afirmar que debe tenerse en cuenta la condición de aquel que recae en el delito después de haber sufrido ya una pena por otro anterior, pues la perseverancia en delinquir demuestra mayor oposición á la observancia del Derecho. Pero la reincidencia no puede considerarse *a priori* como una prueba de mayor perversidad en el delincuente, ni como constante revelación de un ser peligrosísimo, pues que, principalmente

(1) De Wendt: «De delictis recidivis», Erlang. 1824, in 4.<sup>o</sup> — Gilkinit: «De recidivis», Leod. 1825. — Schuyll Vander Doess: «Diss. de plur. ab eodem commissis criminibus», Trai. ad Rhenum 1826. — Nypels: «Diss. de delictis recidivis», Lov. 1828. — Van der Bulke: «De relapsu in maleficium», Gandav. 1829. — Hooreblyke: «De récidive dans ses rapports avec la réforme pénitentiaire», Paris 1846. — F. Carrara: «Stato della dottrina sulla recidiva», Lucca 1863. — E. Brusa: «Della Recidiva studi», vol. I, Milano 1866. — Cf. Disertazioni en el Arch. tedesco di Dir. crim. Schellass: (II 578); Gesterding: (V, 415); (IX, 20); Scheurlen: (IX, 648); Abegg: (XV, 48); Mittermaier: (XLV, 112). — Münchhausen: «De la punibilidad de la reincidencia» (alem.), 1870. V. Stemann: «De la reincidencia» (en el *Gerichtsaal*, 1871, p. 401). — Olivekrona: «Des causes de la récidive», 1876. — Friedländer: «La reincidencia» (alem.), 1874. — Yvernès: «De la récidive», Paris 1874.



los delitos de género diferente fundados en pasiones distintas, las causas próximas del delinquir, las ocasiones y con frecuencia la degradación en que cae el condenado después de haber sufrido la pena, concurren para originar la recaída en el delito. No desconocemos nosotros que alguna vez la conciencia humana, viendo en un hombre la tenaz propensión á cierto género de delitos, la cual resiste obstinadamente á la eficacia de la pena, no puede sustraerse de cierta aprensión, ni puede dejar de ver una mayor perversidad en el delincuente; pero cuando se verifique esto, el juez puede tener en cuenta la intensidad especial del delito: y precisamente porque esta circunstancia exige ser dejada al prudente arbitrio del juez de hecho, es preciso que exista como límite insuperable de exasperación el máximo de la pena legal.

§ 140. Este concepto de una posible revelación de mayor perversidad jurídica, no se presentó claramente en las legislaciones anteriores al siglo XIX. En lo antiguo existe como opinión general y corriente que la comisión frecuente del mismo delito debe ser causa de agravación de la intensidad del mal criminoso (1), concepto que también se manifiesta en el Derecho romano, si bien limitado á un número determinado de delitos y con la condición de recaer en la misma clase de delito, de tal modo que se creó la noción de la *consuetudo delinquendi*. Efectivamente, en el Digesto (l. 28, de poenis) se habla de los tumultos que se promueven y de los salteamientos, apareciendo la exasperación de la pena para la repetición de estos casos, *quia tractati clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint* (2). Este mismo criterio se presenta en el Derecho germánico (3) y en el canónico (4); y la misma restric-

(1) En el Código de Manú se pone como agravación de delincuencia la recaída en el mal. Herodoto refiere que las penas tenían en cuenta la vida anterior del reo (I, 13; II, 19).—Cf. Platon (de Legg. V).—Aristóteles: Rethor. (I, 14, 4).

(2) L. 28, D. de poenis. *Solent quidam qui vulgo se juvenes appellant in quibusdam civitatibus turbulentis se acclamationibus popularium accommodare; qui amplius nihil admittunt a Præside admoniti fustibus cæsi dimittuntur, aut etiam spectaculis eis interdicuntur, quod si ita correcti in iisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnunquam capite placendi, scilicet cum sæpius seditiose et turbulenter se gesserint et aliquatenus adprehensi propositi clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint.* Cf. § 10 Instit.—L. 1 de jure patronat.—L. 3, § 9, D. re milit.—L. 4, C. de seov. fugit.—L. 8 C. de vi publ.—L. 3 C. de episc. aud.—L. un. C. de superexact.

(3) L. Luitprand. C. 79. — L. Chamavor. c. 48 — L. Alamann. XXXVIII; 2-4. — L. Bajuvar. VI, 2, 3. — L. Frision. Addit. III, 78 — Carol. Magni Capit. à 779, c. 23 (apud. Pertz. Monum. III, 38 — Leyes de Federico I, y de Federico II. ap. Pertz. Monum. IV, pág. 308, 317.

(4) Can. 52 Dist. L. c. 2, X, de cleric. excommun.—Cap. 2, X de purgat. canon.—Cap. VI de hæret. in VI.



ción del concepto de la reincidencia aparece en las leyes y en las opiniones del Derecho penal de la Edad Media. Así, de los *fures famosi* se habla en el Derecho estatutario de Pavia, de Ferrara, del Ducado de Milán y en las antiguas leyes de la Italia meridional, considerándose como tales *fures famosi* los ladrones que llegaran al tercer hurto, y siendo sometidos á la pena de horca (1). Lo mismo se establecía por la C. Carolina (art. 161). Sobre la base de estos hechos jurídicos se establece uniforme la doctrina de los prácticos italianos acogida también por los juristas extranjeros respecto á la *consuetudo delinquendi*. Así Gandino, hablando del hurto tercero, decía: *Videtur quod debet suspendi; quia cum perseveraverit in crimine magis delinquit et major imponitur poena* (2); y contra la objeción de que ya se había cumplido la pena correspondiente al primero y al segundo hurto, aduce Julio Claro esta razón: que *illa duo furta non computantur ad eum puniendum, sed ad aggravandum tertium factum*. En este sentido Godofredo declaró: *Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi* (3). Y Farinacio precisando mejor el principio, dijo que era necesario para la costumbre de delinquir el incurrir en un delito semejante: *Consuetudinis delinquendi praesumptio tantum in eodem genere vel simili; secus in diverso* (4).

§ 141. Al presentarse en las nuevas legislaciones del siglo XIX el problema de la reincidencia, se consideró no como un problema relativo al hurto ó á otro delito singular sino como un problema general de la delincuencia toda. A la tendencia ya manifestada por los prácticos de hacer de la reincidencia una circunstancia agravante del delito, sustituye la fórmula de los Códigos de la Revolución francesa; la reincidencia fué considerada por estos Códigos y señaladamente por el de 1810 como circunstancia agravante y fué colocada en la repetición del delito en general, de parte de aquel que por un delito precedente había sufrido una condena irrevocable; fórmula general impugnada por algunos publicistas y defendida por otros. Carnot en Francia fué el primero en rebelarse contra esta concepción del Código de 1810, sosteniendo que no es

(1) *De generali consuetudine pro tribus furtis fures laqueo suspenduntur*. Clar. § furt. Y el mismo añade: *Caepolla dicit quod haec est communis opinio glos. et doctorum, quod fur pro tribus furtis debet mori, scilicet furca suspendi, et subdit quod ita communiter praticatur de quadam consuetudine generali*.

(2) Gandin. de fur. et latron.

(3) Gothofr. in L. 3. C. de episs. aud.

(4) *Pract. Crim.*, qu. XVIII, n. 23.



justo recordar que un delito haya sido cometido y olvidar que ha sido castigado; y añade que un delito anterior no es circunstancia agravante del segundo, y que infligir á este una pena más grave á causa de aquél es violar la máxima *non bis in idem* (1). En Alemania, Gesterding levantó su voz contra la regla tan generalmente formulada. «No hay razón alguna, dice, después que el primer delito fué castigo, para agravar la pena del segundo á causa de la repetición. Por la pena sufrida el primer delito ha sido expiado, la ley ha quedado satisfecha y el Estado se ha reconciliado con el culpable porque la pena extingue el delito: si en la repetición de éste se recuerda el primer hecho para agravar la pena, el delito ya castigado sería penado una segunda vez y el Estado evocaría una pretensión ya satisfecha y extinguida con el pago» (2). Así, la reincidencia, que surgió como fórmula general de la creencia de que el reincidente demuestra que la pena de la intimidación le ha sido insuficiente, ha sido impugnada por una razón de justicia intrínseca. En Italia Carmignani (3) combatió también la razón de prevención aducida como el fundamento de la reincidencia. «Esta razón, dice, es falsa en sí misma, porque ó la pena decretada para el delito tiene la suficiencia que debe tener, cuya amenaza (dada la seguridad de su exasperación) es un obstáculo político al delito, ó no la tiene. Si la tiene, es preciso atribuir el nuevo delito, no á insuficiencia de la pena señalada para el primero, sino á un cálculo falso de impunidad de quien se prepara á cometerlo: si no la tiene, conviene aumentar la pena establecida para el delito, pero no exasperarla por razón de la reincidencia». Pero no era ésta una respuesta adecuada, porque el dilema no prevé el sentido especial é individual de aquella consideración, esto es, que la pena, suficiente para intimidar á muchos, resulta insuficiente para el reincidente. Rossi, en nombre del doble principio de la justicia moral y de la prevención, defendió en términos generales la doctrina del Código francés. Es conveniente reproducir sus mismas palabras: «El legislador tiene el derecho de apreciar la reincidencia, pues por un lado acusa al delincuente de una gran perversidad moral, y por otro revela á la sociedad un sér peligrosísimo, ya que en el autor de la reincidencia hay una *culpabilidad especial* que es á la vez mo-

(1) «Comment. du. Code pénal», t. I. p. 162.

(2) Archiv del Dir. Crim., t. V, p. 481.

(3) Teoria delle leggi della Sicurezza sociale, Lib. 3, pág. 2, cap. II, § 2.



ral y política». Y rechazando la argumentación de Carnot y Gerding sobre la satisfacción cumplida porque *la pena extingue el delito*, añade: «El delincuente, al ser sometido á la pena del primer delito, ha pagado enteramente la deuda que tenía con la justicia, ha extinguido aquella partida á cargo suyo, no existe ya el derecho de exigirle responsabilidad *por aquel delito*; pero ¿quiere tratar de hacerlo? Sólo se le pide cuenta del segundo, pero con las circunstancias que agravan la culpabilidad política del agente siempre á condición de no traspasar los límites de la justicia moral» (1). Trummer añadía á esto, que el juez está obligado á apreciar el delito, no aisladamente, sino teniendo en cuenta la vida anterior del delincuente, esto es, juzgando *totum hominem* (2). De la opinión de Rossi participan también, Hélie en Francia (3) y Carrara en Italia (4), mientras que la opinión opuesta fué sostenida en Francia por Alaucet (5) y Tissot (6). Haus expone una doctrina intermedia, cual es la de dejar al arbitrio judicial la agravación de la pena, sin imponérsela como deber. «No siendo la reincidencia otra cosa que una *presunción desfavorable* al acusado, presunción que puede ser destruida por las circunstancias del hecho, la ley debe dejar al juez la facultad de agravar la pena, sin imponerle la obligación de hacerlo» (7).

§ 142. En la legislación positiva de la primera mitad del siglo XIX, las consideraciones de los que impugnaron la fórmula del Código francés no tuvieron fuerza bastante para hacer desaparecer de los códigos la agravación de la reincidencia; solamente contribuyeron á templar el exceso de la fórmula misma, pero no en todos los códigos, ni de un mismo modo. El sistema del Código francés fué seguido por el Código napolitano de 1810 y el sardo de 1839; los otros códigos italianos sostuvieron temperamentos diversos. En general, los códigos alemanes admitieron la reincidencia solo para delitos semejantes ó de la misma especie, con esta diferencia; que algunos de ellos dentro de estos lí-

(1) «*Traité de Droit pénal*». Lib. III, c. 4.

(2) «*La legislación penal en sus relaciones con el Cristianismo*» (alem.), 1850, p. 120.

(3) *Théorie du Code pénal*, ch. IX.

(4) V. su monografía citada en la pág. 355.

(5) *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*. Paris 1863.

(6) *Le Droit pénal dans ses principes*. Lib. I, ch. 8.

(7) *Cours de Droit pénal*, n. 359, y más ampliamente en su reciente obra *Les principes généraux du Droit pénal belge*.



mites la admitieron como regla general (Hannover, Sajonia Braunschweig, Wurtemberg, Prusia), y otros establecieron que la reincidencia solo era punible para algunos delitos (Austria, Baviera, Baden), siendo preciso añadir que algunos códigos alemanes (Hannover y Braunschweig) consideraron como reincidentes solamente a aquellos que *poena soluta ac finita renovatum perficiunt delictum*, y otros no admitieron la reincidencia cuando hubiera transcurrido un intervalo de tiempo desde la cesación de la pena del delito precedente hasta el delito nuevo (Wurtemberg, Asia Electoral, Prusia). Estas mismas diferencias se reprodujeron en los códigos de los varios cantones de Suiza. También los códigos de la Luitana y el Brasil volvieron á la doctrina antigua de que la reincidencia debe considerarse como *consuetudo delinquendi*, esto es, como *persecratio in eodem crimine* ó *in eodem genere criminis*; y esto fué admitido también por algunos códigos italianos, como el Reglamento gregoriano y el Código estense de 1855.

Esta tendencia á modificar el sistema francés en punto á la reincidencia se ha ido ampliando en la legislación penal contemporánea. Las *Leggi criminali* de Malta y el Código penal otomano de 1858 permanecen unidos al sistema francés, y al mismo se aproxima por su severidad Inglaterra con los Estatutos de 1861 y con los actos del Parlamento de 11 de Agosto de 1869 y de 22 de Agosto de 1871. Los otros códigos, unos más, otros menos, se acercan al sistema alemán. El Código penal ruso establece un aumento de grados en la pena para el reincidente, pero exige que se haya cumplido la pena del primer delito. El Código penal griego admite la reincidencia para el mismo género de delitos y agrava la pena sin exceder del maximum. El Código belga de 1867, admitiendo la doctrina de Haus, hace potestativa la agravación de la pena por la reincidencia. El Código portugués considera la reincidencia como una causa agravante, pero no va más allá del maximum de la pena ordinaria fijada para el delito, y exige para que la misma se realice un intervalo de un plazo menor de diez años. El Código español de 1870 coloca la reincidencia entre las circunstancias agravantes, produciendo el efecto de aumentar la pena hasta su maximum, salvo especiales agravaciones para una reincidencia especial en los delitos contra la propiedad. En la Península escandinava la ley de Suecia de 1864 exige la igualdad de delito y el cumplimiento de la pena; las leyes noruegas añaden á estas dos limitaciones la del intervalo de un plazo menor de diez



años entre la primera condena y el nuevo delito, y solo el Código penal de Dinamarca afirma en general que en caso de reincidencia se inflija la pena en su más alto grado. El Código alemán de 1870 y el holandés no admiten la reincidencia como agravación sino para algunas especies de delitos. El Código de Zurich pone á la reincidencia el límite del intervalo de diez años desde el día de la extinción de la pena precedente, y el Código de T. sino añade á esta limitación la de recaer en la misma especie de delito.

§ 143. La legislación italiana anterior al Código de 1889 presentaba en materia de reincidencia la antítesis más completa de sus fuentes. El Código toscano, inspirándose en los códigos alemanes, adoptó muchos de aquellos temperamentos que en la opinión general habían parecido necesarios para limitar la regla del Código francés de 1810. En efecto, exigía tres condiciones: 1) que la pena hubiera sido cumplida; 2) que la recaída fuera en el mismo delito, en el mismo género de delitos; 3) que el nuevo delito ocurriera dentro de un plazo contado desde la extinción de la pena infligida por el delito antecedente. El Código de San Marino también consideraba como reincidente al que después de extinguida la pena por el delito anterior recaía en el mismo delinquir; y á la vez que consideraba la primera recaída como una de las circunstancias agravantes de las anteriores reincidencias la eficacia del aumento de la pena en uno ó más grados. Pero opuesto diametralmente á esta dirección es el Código de 1859, el cual se mantiene en el camino señalado por el Código napolitano y el albertino, y por lo tanto, reproduce como norma fundamental la teoría de la legislación francesa que admite la reincidencia en general, en virtud de una condena irrevocablemente pronunciada para el delito precedente y sin ninguna limitación de tiempo ni de ninguna clase de delito. El Código de 1889 dedica á la reincidencia el tit. 8.º del libro 1.º, que comprende los arts. 80 á 85. El primero de ellos, el 80, separándose de la primitiva redacción del Código, y teniendo en cuenta las observaciones expuestas en el Parlamento, no olvida la *reincidencia general* del Código de 1859, pero tiene en cuenta principalmente la *reincidencia específica* del Código toscano. Las condiciones generales de la reincidencia, son dos: 1.ª, que el nuevo delito ocurra después de dictarse sentencia irrevocable por un delito anterior; y 2.º, que según la naturaleza de la pena dictada, el delito haya sido cometido en un plazo que la ley fija. «Aquel que después de una



sentencia de condena y dentro de los diez años desde el día en que la pena fué descontada ó extinguida la condena si la pena era mayor de cinco años de duración, ó dentro de cinco años en los demás casos, comete otro delito (*reato*), no puede ser castigado con el mínimo de la pena marcada para el nuevo delito.» Esta es la consecuencia legal que produce la reincidencia genérica, aquella que consiste en la recaída en otro delito, cualquiera que este sea.

La segunda parte de este artículo establece los efectos de la reincidencia específica, la cual se da cuando el nuevo delito cometido sea de la misma índole que aquel para el cual ya se pronunció la condena precedente. Los efectos que esta reincidencia produce son diversos según la pena con que el delito anterior fué castigado. Si el nuevo delito es de la misma índole que aquel para el cual ya se pronunció la condena precedente, el culpable queda sometido á una agravación de la pena en que incurrió, según las reglas siguientes: 1.<sup>a</sup> Si la pena correspondiente al nuevo delito es la de reclusión, la duración ordinaria de la segregación celular continúa es aumentada en razón de un sexto de la pena establecida para el delito realizado; y cuando la reclusión deba descontarse por completo, en dicha segregación ó la prolongación indicada no pueda hacerse en los límites de la pena que ha de infligirse para aplicar la prolongación se aumenta proporcionalmente la duración de la pena. 2.<sup>a</sup> Si la pena correspondiente al nuevo delito es distinta de la reclusión, es aumentada de un sexto á un tercio. Por último, para evitar la censura que suele hacerse á los legisladores que agravan la pena por la reincidencia, de castigar dos veces á un culpable por el mismo hecho criminoso, el último párrafo de este artículo establece que: «En ningún caso el aumento establecido en las disposiciones precedentes puede aplicarse en un límite superior á la más grave de las penas anteriormente infligidas, y cuando se trate de penas pecuniarias, para determinar tal límite se hace el cómputo según las reglas establecidas en el art. 19», esto es, que la multa no puede exceder de diez mil *liras*, y que su conversión en detención no puede exceder de un año de ésta. El art. 81 se refiere á la *reincidencia iterada*; según este artículo, se es más veces reincidente, cuando después de haber sufrido varias veces una condena á pena restrictiva de la libertad personal, superior cada una á tres meses, se comete en los términos indicados en el art. 80 otro delito de la misma índole, que lleve consigo una pena restrictiva de libertad personal.—«Aquel que después de haber sido condenado



varias veces á pena restrictiva de la libertad personal, mayor de tres meses cada una de las veces, cometidos, en los términos indicados en el artículo anterior, otro delito de la misma indole y que también lleve consigo una pena restrictiva de la libertad personal, que se cometido á un aumento de la pena correspondiente igual á la mitad de la duración de la pena misma cuando esta sea menor de treinta meses, y á un tercio en los demás casos, con tal que no se pase de treinta años para la reclusión y la detención. Si la nueva pena señalada es la reclusión, se aplica también la segregación celular continua en la medida establecida en el artículo precedente.» Según los principios del Código toscano, el legislador de 1889, consagrando la reincidencia específica, ha enumerado tres criterios para que exista esta, á saber: el *idem crimen*, el *idem genus criminis*, que se manifiesta por hallarse comprendidos en un mismo capítulo los varios delitos, y un tercer criterio puesto por el legislador mismo enumerando las varias familias de delitos á las que se puede atribuir un fundamento respectivo de analogía. «Para los efectos de la ley penal, dice el art. 82, son considerados delitos de la misma indole, no solamente aquellos que violan una misma disposición de la ley, sino también aquellos previstos en un mismo capítulo del Código, y los que respectivamente se indican bajo las letras siguientes: a) delitos contra la seguridad del Estado: b) delitos cometidos por empleados públicos mediante violación de deberes inherentes al empleo ó en abuso de las propias funciones: c) delitos contra las libertades políticas ó la libertad de cultos, abusos de los ministros del culto con el ejercicio de las propias funciones, delitos cometidos contra empleados públicos á causa de sus funciones, y todo otro delito contra la administración pública cometido por particular, y delitos contra el orden público: d) simulación de delito, calumnia, falsedad en juicio y prevaricación: e) delitos contra la tranquilidad (*incolumità*) pública: f) delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias, previstos en los artículos 331 á 348: g) homicidio y lesión personal: h) hurto, rapina, estorsión, rescate, engaño (*truffa*) y otros fraudes, apropiaciones indebidas, encubrimiento, bancarrota fraudulenta, delitos previstos en los artículos 203 á 206, 224, 256 á 260, 293 á 299, 311, 322, 326, y homicidio y lesión personal cometidos con el fin de enriquecerse.» El art. 83 trata de resolver varias cuestiones, no siempre resueltas adecuadamente por la jurisprudencia de los tribunales. «Para los efectos de los artículos anteriores no se tiene cuenta



de las condenas por contravenciones, respecto á las condenas por delitos, y viceversa: 2.º, de las condenas por delitos cometidos por imprudencia ó negligencia, ó impericia en el arte ó profesión, por inobservancia de reglamentos, órdenes ó disciplinas, respecto á las condenas por otros delitos, y viceversa, 3.º, de las condenas pronunciadas por delitos exclusivamente militares: 4.º, de las condenas pronunciadas por tribunales extranjeros.» Por último, como pena suprema, el *ergastolo* no admite que se aumente su duración, la agravación se verifica aumentando su intensidad, esto es, el período de segregación celular. «El condenado al *ergastolo* que cometa otro delito, queda sometido á un nuevo período de segregación celular continua de seis meses á cinco años, si el delito para consigo la reclusión ó la detención por más de un año, y á un nuevo período no menor de ocho años, que puede extenderse á toda la vida, si el delito tiene señalado la pena del *ergastolo*» (artículo 84).

§ 144. La materia de la reincidencia da lugar á otras reglas, algunas de las cuales se hallan contenidas en el texto expreso de la ley; otras, todavía están discutiéndose en la esfera de la cátedra del foro.

A) El principio de la retroactividad de la ley penal más su averiguación entre hechos anteriores á ella, ejerce toda su eficacia sobre la reincidencia. Por eso, la nueva ley que modifica las condiciones ó la intensidad de la reincidencia, se retrotrae á hechos anteriores sólo cuando es más favorable al delincuente. Por otra parte, si la ley nueva modifica la intensidad criminosa del hecho á que se refiere la condena antecedente, en el sentido de quitarlo de la categoría de los delitos ó de disminuir su penalidad, por esta innovación ó modificación puede suprimirse la reincidencia, si el hecho anterior ya no se considera como delito, ó adoptar una forma más benigna, si la ley nueva disminuye la penalidad del hecho á que se refiere la condena anterior.

B) Debe existir alguna analogía entre el delito por el que se aplicó la pena y el delito nuevo, al menos en lo que se refiere á la naturaleza de la incriminación. Así, si se trata de un delito castigado por una ley especial, por el cual se ha sufrido condena irrevocable, y de otro delito común cometido después de la condena, ó viceversa, no habrá lugar á la reincidencia. En segundo lugar, algunos penalistas sostuvieron con mucha razón, que entre hechos culposos y hechos dolosos, nunca puede darse la reincidencia, ni cuando des-



pués de la condena por hechos dolosos se comete un delito, ni en el caso contrario. Es verdad que la letra de la ley opuesta á este principio, porque los delitos culposos son castigados como delitos y con pena correccional, y la ley no ha hecho en ellos distinción alguna. Pero como ya hicieron notar muy oportunamente Nicolini y Roberti, la agravación de la reincidencia se refiere á los delitos dolosos, fundándose en la mayor perversidad del delincuente que se revela en la repetición; por eso no puede extenderse á los delitos realizados por culpa y contra la intención del delincuente (1).

C) Por último, hay otras reglas que se refieren á la reincidencia en sus relaciones con la prescripción y con la gracia de indulto, pero de ellas hablaremos al examinar estas dos instituciones.

\* \* Presentar en un sólo capítulo, y bajo el simple dictado de *circunstancias del delito*, todos aquellos elementos de adjudicación que se presentan al examinar un determinado hecho criminoso. Le añaden valor, ó aumentan ó amenguan la responsabilidad del agente á más de esto, exponer como particularidades del asunto doctrinal importante como la relativa al concurso de delitos y á la reincidencia abrevia, sin duda alguna, la tarea del expositor, y hasta puede compararse con el procedimiento adoptado por la legislación positiva (según se advierte en el Código español); pero no responde á un fin tan racional como el seguido por otros autores (véase nuestro Silveira), que, entre las *circunstancias*, distinguen los accidentes del delito, las modificativas de la responsabilidad, estudiándolas en el lugar correspondiente, y consideran lo restante como manifestación de la culpabilidad en materia del delito y con ocasión del análisis de este delito.

Limitase el autor, en cuanto á la primera parte, á presentar en sus noticias históricas la cuestión referente á lo que debe considerarse á la ley y al juzgador en el fijamiento y aprecio de las circunstancias agravantes y atenuantes, y á significar los orígenes donde éstas emanan. El temperamento adoptado en casi todos los códigos modernos se inspira en las reglas que el autor aduce, visto, por un lado, la imposibilidad de que el legislador provea la totalidad de las contingencias aludidas, y, de otro, la inconveniencia del indefinido arbitrio judicial. Nosotros que, según se habrá notado, propendemos á desembarazar la acción de los Tribunales de justicia y á conferirles la mayor suma posible de facultades discrecionales, no hemos de disimular por eso que esta situación apetecible, demandada por la naturaleza misma de los asuntos sometidos á su poder, presupone hábitos y hábitos que garanticen la competencia necesaria y la necesaria independencia de los hombres llamados á tan angustias funciones y seguridades de hacer efectiva y pronta la responsabilidad de aquellos que por cualquier motivo se alejase del fiel cumplimiento de

(1) Roberti: «Corso di Diritto penale», vol. 3.º, n.º 905, 906.—Cf. Conclusión de Nicolini en el «Suplemento alla Collezione delle leggi», vol. 1, núm. 78.



Para los que mejor conozcan los graves interiores defectos de la vida social y de la administración en todas sus esferas, parecerán todavía con mayor relieve los peligros de una solución racional preparada. *Hoc opus, hic labor est.*

Respecto á la enumeración de los orígenes de las *circumstantiæ de-juræ*, á la par de la de Claudio Saturnino, citada por el autor como *personá, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu*, conviene recordar la tan repetida por los prácticos: *quis, quid, ubi, per quod, cur, quomodo, quando*, puesto que en algún modo se completan, y una y otra sirven, cuando menos, como facilitación técnica para traer al recuerdo el contenido de los artículos del Código á esto referentes.

El vigente hoy en España consagra un artículo (el 9.º) á las circunstancias atenuantes, y otro (el 10) á las agravantes; son ocho las primeras y veintitrés las segundas; pero esta desproporción es más evidente que real, porque la primera de las atenuantes comprende todas las eximentes en las que no concurren los requisitos indispensables para tener ésta carácter, y la última es una declaración de que es posible la admisión de otras que el artículo no contiene, y cuya existencia se muestre en la práctica, siempre que en entidad y analogía concuerden con las especificadas en la ley. Con razón se ha observado que los términos en que el legislador se expresó para marcar el límite de la exención á la atenuación, pecan por demasiado amplios, y que todas las circunstancias eximentes pueden convertirse en atenuantes, sino aquellas que permitan ser descompuestas (así, por ejemplo, el ser menor de nueve años no permite descomposición), ni tampoco puede faltar cualquiera de los requisitos que integren la eximentes alguno de los que no constituyen su razón de existencia (así, por ejemplo, en la defensa nunca puede faltar el requisito de la agresión ilegítima).

Después de esa primera circunstancia múltiple, cita el art. 9.º la circunstancia de ser el culpable menor de dieciocho años, que es cuando cesa la mayor edad penal, según dijimos anteriormente. El fundamento de la atenuación así puede encontrarse en que antes de aquella no obtiene el sujeto la plenitud de la conciencia de sí, del mundo exterior y del deber (Bernier), como en las mayores facilidades que en la vida se dan para que una pena menor á la normal logre la reforma de su viciosa voluntad.

La desproporción entre el mal causado y aquel que hubo intención de causar, es otro motivo de atenuación, en el que se confirma la máxima de que lo que no está en la voluntad no está en el delito, si bien no se respeta tal criterio en otros pasajes de nuestra ley.

El haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza adelantada de parte del ofendido, atenúa asimismo la responsabilidad, y el pensamiento del legislador se acentúa con la claridad posible en las palabras subrayadas.

El haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una causa grave produce análogo efecto, y también los calificativos que usamos denotan la debida inteligencia del texto, el cual reputa como atenuante para el caso que la ofensa haya sido inferida al autor del delito ó una persona de su familia.

Atenúa igualmente la responsabilidad criminal el ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuese habitual (cuya habitualidad queda al aprecio de los jueces) ó posterior al proyecto de cometer el delito. Ya hemos consignado que sólo aquí habla de la em-



briaguez nuestro Código, y las limitaciones que aduce dan margen a fundados reparos. ¿Por qué ha de constituir una presunción *juris de jure* en favor de la intencionalidad de la embriaguez, el que aparezca después del proyecto de delinquir? ¿Por qué si no se atigua el vicio de embriaguez, ha de tomarse luego en cuenta la actualidad?

— Es otra circunstancia de este grupo la de obrar por estimulación; tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos y obcecación; en cuyas palabras, que son una fórmula general en la que se comprenden casos diversos más bien que una simple circunstancia, se descubre el ánimo del legislador que, desconfiando de lograr una enumeración taxativa, abre camino para salvar su deficiencia.

— Este ánimo se esclarece aún más al final del artículo, donde se lee: «y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad análoga á las anteriores.» No obstante, los resultados que á la práctica trajo tan paladina declaración, fueron nulos; ante los Tribunales se propusieron en diversos casos circunstancias que se tenían por admisibles, pero la jurisprudencia se declaró siempre en contrario. La propuesta pudo fundarse en la doctrina que se encuentra en los autores, los cuales nos hablan de atenuantes que se dan antes, en y después de la comisión del delito (véase Tissot), y aun en algunos casos; y la negativa, á su vez, pudo hallar razones suficientes en que lo propuesto faltaba la entidad ó la analogía verdaderas, con vista al tiempo ó á otras notas de que participan las circunstancias que el artículo expresa.

— El art. 10 precisa las agravantes, por más que ni todas conmuevan siempre este carácter (así, v. gr., el parentesco, el empleo de la imprenta, litografía, etc.), ni todas tienen la generalidad que las haría aplicables á cualquier delito (así, v. gr., la alevosía). Llegamos al número á veintitrés, lo mismo que en el Código anterior al vigente, es que si fueron suprimidas la de ejecutar un delito como medio para perpetrar otro, la de hacer uso de armas prohibidas y la genérica que se correspondía con la última del art. 9.º, en cambio se adicionaron dos, la de realizar el delito por medio de la imprenta y la vagancia; se dividió la de escalamiento y fractura. De esas veintitrés circunstancias del art. 10, dos de ellas, las correspondientes á los números 17 y 18, ó sean las que llamaremos reiteración y reincidencia, son objeto de examen en la sección siguiente, y algunas de las otras no requieren advertencias de importancia. Así, pues, para no prolongar demasiado esta nota, diremos breves palabras sobre las que principalmente los exigen.

Ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural ó adoptivo, ó afín, en los mismos grados, del ofensor puede ser agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito, y hasta llega á eximente en los hurtos, defraudaciones ó daños con arreglo al art. 580. Bien se comprende que tiene importancia en tanta el que un hijo golpee y lesione á su padre, que el caso invertido. En delitos graves, el parentesco es eficaz para constituir ó caracterizar una forma especial de delincuencia (infanticidio, parricidio). — La declaración que da el Código actual de la alevosía aventaja á la de los códigos anteriores, y es oportuna también su declaración de que esta agravación sólo corresponde á los delitos contra las personas. — Otra circunstancia que vendrá á ser agravante ó atenuante según los casos, es la de realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo que facilite la publicidad. Así lo expresa el Código; aun



autores, que ven claro el fundamento y los casos de agravación, apenas aciertan con lo mismo para la atenuación supuesta. Para nosotros, en la precipitación con que se produce la literatura periodística, los fueros del intemperante noticierismo, en ciertas prácticas usuales de la prensa que la opinión acepta, es donde han de hallarse casos de la última clase, y el fundamento siempre habrá de buscarse en el efecto de intención ó en lo irreflexivo y atropellado del proceder. — La premeditación es circunstancia de antiguo abolengo, y de la existencia de ella ó de la calidad de los móviles ha solido arrancar el criterio punitivo de criminalistas ilustres y de legisladores expertos. Nuestro Código usa una frase brevísima: «Obrar con premeditación conocida», lo cual se parafrasea por los comentadores, diciendo, que cuando haya demostración ó prueba bastante de que el criminal reposó en una resolución perversa más tiempo del que prudentemente debe considerarse como normal, entonces tendremos el caso de la ley. El estudio más recientemente en Italia por Alimena acerca de la *premeditatione*, contiene doctrina interesante de la que en mucha parte cabe aprovecharse para esclarecer un concepto que no debe ser aceptado sin la generalidad y firmeza que ha obtenido en la cátedra y en el foro. — La última circunstancia del art. 10, «ser vago el culpable», entendiéndose 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», ha sido objeto de impugnación fundada. Que la vagancia no es nada bueno ni indiferente para el individuo ni para la sociedad, no es necesario demostrarlo, pues ya de antiguo se repite que la ociosidad es madre de todos los vicios, y también se ha dicho que «no hacer nada, es ya hacer el mal, *qui non laborat nec manducet*»; pero entre la gravedad de este vicio y los peligros de definirle y castigarle, sin detrimento de los resultados que la personalidad humana merece, los legisladores adoptaron temperamentos que parecieron extremos á los autores del Código penal, los cuales creyeron acertar con el sabio término medio, colocando la vagancia en un lugar que no tiene antecedentes en la historia legislativa. La vagancia venía siendo considerada como delito desde nuestras leyes de Partida hasta la Novísima Recopilación, en cuyo artículo 12, tít. 31, hay materia sobrada para juzgar de cómo se entendió y se pretendió cortarla y castigarla. El Código de 1822 rompió con esta tradición, y no se ocupó para nada de la vagancia. El de 1848, coincidiendo con el precedente de la ley de 1845, volvió á considerarla como delito; y en 1870 se la colocó entre las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Basta comparar ésta con las demás circunstancias del artículo, para advertir que es un elemento extraño en este sitio: ha de faltarle la debida concomitancia y la relación propia con el delito á que arbitrariamente se la quiera unir, y estimada ya así, puede en ocasiones traer consecuencias excesivas é injustas tales como la pena de muerte. Hasta parece que el legislador, no atreviéndose á castigar al modo franco al vago, acecha la ocasión y busca un pretexto para descargar sobre él sus rigores, ó que consiente que marche libre por el camino de su perdición, para después fingir sorpresa y horror ante su caída. No es esto decir que nosotros aspiremos á restaurar los antiguos azotes ó las famosas levas de vagos. El vicio de que se trata requiere remedios múltiples y de los que se llaman indirectos, por más que, en realidad, son los más directos y eficaces: el influjo educativo, la elevación del nivel moral del país, el fomento de sus fuentes de pro-



ducción y riqueza, el favor dispensado al trabajo y al que le ejerce bien pueden contarse entre ellos. Por último, la escuela positivista, aunque sin dejar de prestar atención á una nota indiferente para el Código, lo tocante al domicilio, incluye entre las manifestaciones peculiares del delincuente la flojedad ó ineptitud para el trabajo serio y persistente, y el afán de cambio de residencia.

—Para la apreciación de las *circumstantiae delictorum* y la determinación de la pena, sobre la que es natural que aquéllas obran con acción más ó menos poderosa, el Código da reglas en el art. 73 y siguientes; según ellas, no podrán apreciarse tales circunstancias cuando formen por sí solas un delito caracterizado en la ley (v. gr., incendio, art. 561 y siguientes); cuando sean determinantes de alguno (v. gr., el parentesco, dentro de ciertos grados, en el parricidio, art. 417); cuando implícitamente las toma en cuenta el legislador para ser inevitables en el hecho punible (v. gr., la premeditación en el homicidio, art. 439 y siguientes). Si las circunstancias son personales, alcanzan su influencia á los demás codeficientes, y así, por ejemplo, la atenuación por menor edad no puede extenderse á los que, pasado el límite legal, intervienen en el delito. Si las circunstancias se dan en los medios ó modo de ejecución, sólo afectan á los que tuviesen conocimiento de ellas al ejecutar ó cooperar, siempre que el hecho no las implicara necesariamente ó no fueran naturalmente presumidas. Como es posible que aparezcan en un caso circunstancias de ambas clases, atenuantes y agravantes, es preciso compensarlas; y como también es posible que haya varias de una sola clase, hay que observar si presentan incompatibilidad para ser apreciadas conjuntamente como la presentan, v. gr., la 3.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del art. 9.<sup>o</sup>. — Ni en éste ni en el otro resulta completo el cuadro de todas las *circumstantiae delictorum* porque teniendo muchas de ellas una obligada adjucción á singulares delitos, no sólo en las que se exponen como generales, hay algunas que imponen al legislador la oportuna aclaración ó salvedad, sino que de otras no hace mención hasta el momento en que describe aquel singular delito.

\*\*\* Al anotar ahora la sección segunda del presente capítulo, he de permitírsenos declarar con franqueza que no nos satisface por entero en este punto ninguno de los tratados que hemos tenido ocasión de consultar; y sin que el espíritu de nacionalidad entre para nada en este juicio, confesamos que el de nuestro compatriota Silvela es uno de los que más favorable nos lo merece y el que nos ha sugerido la idea de aventurar un ensayo por nuestra parte, ya que apenas hay autor que, en títulos ó conceptos, no intente poner algún sello personal á la doctrina de que se trata. Coordinando, pues, elementos de diversos, procuraremos esbozar un cuadro lo más completo posible de los casos en que se presenta un fenómeno semejante, el de la pluralidad en la materia del delito producida por un mismo sujeto; porquemos la razón de considerar parcialmente, y por acomodarse al concepto clásico del *concursum delictorum*, un fenómeno que con diferentes modalidades es en el fondo el mismo, y al que, consecuentes con nuestros principios, sólo le damos la importancia de servir al justo aprecio de la calidad de perversión y los grados de energía criminal del agente, que es aquí centro único del que irradia la aludida pluralidad. Usamos esta denominación amplia, por juzgarla preferible á la que Silvela usa; pues diciendo, como él dice, «acumulación de delitos», no sólo se desnaturaliza sin necesidad el sentido antiguo de la *cumulatio*, sino que enumerando luego casos en que lo acumulado no



precisamente una suma de cantidades que tengan, cada una de por sí, el valor de delito definido, resulta el título menos comprensivo que doctrina bajo él expuesta.—Entiéndase, sin embargo, que prefiriéndose expresar con propiedad las cosas como son en sí, ó como á nosotros nos parece que son, á respetar el empleo común de algunas denominaciones, no nos detendremos ante este reparo, siquiera no abriguemos pretensión de haber recogido la más feliz de las expresiones utilizables.

He aquí el cuadro de referencia:



## Pluralidad en la materia del delito.....

## I Por concurrencia.

1 Concurrencia de violaciones (una acción), *delito compuesto*.2 Concurrencia de acciones (un delito), *delito continuado*.3 Concurrencia de delitos (un tiempo) *delitos conexos*  
ó *adherentes*.....

a. Por voluntad directa.

b. De medio á fin.

c. Por la ocasión.

d. Por negligencia.

## II Por repetición, ..

1 Antes de haber sufrido una  
pena, *reiteración*.....

a. Simple (antes de todo proceso y sentencia).

b. Calificada (después de sentencia ejecutoria).

c. Genérica (delitos de distinta especie).

d. Específica (delitos de la misma especie).

2 Después de sufrir pena, *reincidencia*.....

a. Propia (delitos semejantes).

b. Impropia (delitos disemejantes).



No hemos de apurar aquí cuantas explicaciones pudieran aducirse para la defensa y comprensión cumplidas de este cuadro, aunque sí haremos las más indispensables: Que existe en todas las formas que especifican la pluralidad que se busca, no necesita demostración, y esta nota común y reconocida la importancia que siempre entraña la unidad del sujeto activo, nos parece lógica la pretensión de unir las formas bajo un dictado único. La pluralidad por concurrencia nunca deja de caracterizarse por la dependencia en que violaciones, acciones ó delitos, están de un solo propósito criminoso. En el delito compuesto, del que Silvela presenta como ejemplo la violación, que ataca á la vez la libertad y el pudor, obvio es que al violador un solo propósito le guía bajo el yugo de la sensualidad que le arrastra; y en el caso de un disparo de arma de fuego que hiere á varias personas, que también pudiera servir de ejemplo, cabe hacer la misma afirmación.—En el delito *continuado* se advierte una cosa análoga, bastando para convencerse de ello recordar estos dos caracteres que Mancini le atribuye: 1.º, que las acciones criminales diversas ofendan el mismo derecho y violen la misma ley penal; 2.º, que aunque medie lapso de tiempo de una á otra, constituyan ejecución *de la misma resolución criminal*. El hurto de una cantidad que se va sustrayendo por partes, el adulterio con repetición de actos, dan idea de esa figura de delito que el Código toscano precisó antes que otro alguno.—En los delitos que llamamos *conexos ó adherentes* observamos igual dependencia, porque aun en la tercera de sus variedades, que es la que permite á primera vista alguna duda, claro es que no se cometería el segundo delito si no hubiera puesto al criminal en *ocasión* de hacerlo la primera resolución, que es suficientemente poderosa para afrontar las consecuencias todas. Ejemplar de este caso es el del ladrón que, sorprendido en su obra, hace resistencia á la autoridad ó hiere al que le cierra el paso.—Ya se habrá notado que, aparte de la unidad del agente y del propósito, hemos tratado de significar otra clase de unidad, que los autores calificarían de *objetiva*, en cada una de las formas de pluralidad por concurrencia; así en la primera hay la unidad del acto, en la segunda la del delito y en la tercera la del tiempo; lo cual no carece de valor para la más fácil clasificación de los fenómenos singulares de concurrencia y para la graduación de la responsabilidad.

La pluralidad por repetición se distingue por la carencia de aquella unidad de propósito á que acabamos de referirnos. Pueden los delitos que se imputan al agente ser hijos de la misma *pasión* criminal (ya Mancini hace esta salvedad al fijar el concepto del delito continuado), de la misma anomalía; pero acentúase en cada uno su génesis propia, su resolución, momento distinto, incitación peculiar. Al dividir la pluralidad por repetición, damos preferencia al hecho de que el delincente haya sufrido ó no una pena; y dentro la pura doctrina, prescindiendo de vicios históricos, que somos los primeros en reconocer, respecto á la manera en que las condenas se cumplen, nadie negará la importancia que encierra aquel hecho. La condición del que vuelve á delinquir después de haber sentido la acción represiva y tutelar de la pena, es muy distintas del que realiza cosa semejante antes de todo castigo de este orden. Por eso entre los varios modos con que suele caracterizarse la reiteración y la reincidencia, optamos por el que en el cuadro se consigna, sin perjuicio de estimar en las subdivisiones otros elementos que no deben ser preteridos.

Que la pluralidad en la materia del delito ha de transcender á la resolución, no necesita ser demostrado con largos razonamientos. Lo



plural es más que lo singular, establecida la comparación entre términos correspondiente. Es de advertir, no obstante, que el sentar reglas fijas tocantes á la penalidad que corresponde á cada una de las formas de pluralidad enumeradas, comparándolas entre sí, es ocasional á equivocaciones sensibles por falta de atención á otras contingencias que pueden acompañar al hecho punible concreto.—En general, la pluralidad por concurrencia parece menos grave que la pluralidad por repetición. En las variedades de aquélla, la que llamamos concurrencia de delitos reclama una atención singular acerca de la clase de *nexus* que enlaza los delitos, porque, en el supuesto de que sean dos, no es igual, v. g., haber querido ambos con voluntad directa *ab initio* que haber realizado el último con ocasión imprevista del primero. La reproducción de los actos en el delito continuado y el quebrantamiento del derecho con los caracteres que el delito compuesto implica, son datos apreciables para ponderar la responsabilidad según procedimiento racional. A no negar en absoluto los efectos saludables de la pena impuesta por el Estado al infractor de la ley, hay que reconocer que la repetición por reincidencia arguye de la índole criminal del agente de un modo más grave que la repetición de reiteración; y por un argumento *a parí*, la reiteración calificada en que, á más de lo que la penalidad legal significa como advertencia, admonición ó amonestación general, hay esto mismo particularizado á medio de proceso y sentencia sobre el acto singular, ha de considerarse como más grave también que la reiteración simple. De igual suerte, si se entiende que la pena ha de afectar á la voluntad en aquella dirección especial y precisa que el sujeto reveló en su conducta, la reincidencia propia prospera en importancia á la impropia. Esas y otras reglas, sin embargo, ó han de verse en su dependencia ó relación con los capitales principios de donde debe arrancar el juicio para la responsabilidad y la pena, ó han de concatenarse con particularidades tan significativas como las siguientes: número de los delitos, orden de su producción, atendidas en ellos la calidad y la cantidad; lapso de tiempo intercorrente; facilidades del medio en que el criminal ha delinquido con vista á la forma de su delincuencia; alguna de las cuales como, v. g., el número de los delitos, puede dar margen á la estima de la *habitudinalidad* criminosa, á la presunción de una especie de *vesania* (piromanía, cleptomanía), etc., etc.

—En lo que singularmente se refiere á la reincidencia, confesamos que la disconformidad que existe en los Códigos y en las opiniones de los autores llamados clásicos, no habla muy en favor de la solidez de la doctrina, y justifica hasta cierto punto los ataques de los criminalólogos positivistas. La disconformidad se acentúa en dos puntos culminantes: *cundo* y en *cundo* debe tomarse en consideración aquel fenómeno, y se explica por el erróneo concepto de la naturaleza y el fin de la pena; por la falta ó deficiencia de las enseñanzas que arrojan las estadísticas criminales, que aun al presente no alcanzan, en la mayoría de las naciones cultas, la apetecida copia y exactitud de datos; por los gravísimos defectos de las instituciones carcelarias, que, en países como el nuestro, antes aparecen como escuelas de corrupción, que como lugares destinados á mejorar la condición moral de los reclusos por la desconfianza que despierta el arbitrio judicial, el convencionalismo todavía existente en la consideración de diferentes delitos, y por otras parecidas imperfecciones de la ciencia, de la opinión y del organismo administrativo. Cuando éstas decrezcan ó lleguen á su posible desaparición, aquella disconformidad desaparecerá á su vez, empezando



lo por disminuir el mismo fenómeno que origina los pareceres encontrados y las inciertas soluciones. ¿Acaso no tropezarán con tales escollos los remedios que los posibilistas proponen? ¿Por ventura no los ha encontrado el procedimiento adoptado en Francia hace algunos años, y que tan celebrado fué por aquéllos? Cuando Garofalo se mofa, por ejemplo, de que los juristas clásicos consideren inestimable la reincidencia si ha mediado largo tiempo entre un delito y otro delito, porque, según él, este período de inocuidad del criminal es ilusorio y debido á que han quedado ocultos delitos intermedios, gracias á la astucia del criminal que cambia de aspecto y de nombre, ó á la inhabilidad de los encargados de perseguirlos, ¿no parece que olvida los servicios que presta y está llamado á prestar el método de Bertillon debidamente aplicado, el aumento que toman los tratados de extradición, la amplitud que recibe el principio de la extraterritorialidad de la ley penal, los perfeccionamientos que llevan los pueblos más civiles á su policía judicial? Y, en último término, ¿osaría la escuela, de que él es el jefe, ni ninguna otra, partir del formulado supuesto para adoptar, en más, medidas extremas contra reos habituales *presuntos*?—No es esto asentar á las cortapisas todas que para la punición de la reincidencia suelen señalarse, y así se desprende de las indicaciones precedentes; es poner las cosas en su punto y no ceder á un prurito de censura incondicional, que no va acompañado de un plan de reforma, cuando menos, medianamente razonable.

—No es preciso decir que la doctrina legal española no se corresponde exactamente con el cuadro de pluralidad en la materia del delito que dejamos formulado. No obstante, y á más de los en que se pelean delitos que ofrecen la índole de *compuestos*, puede verse el contenido de los artículos 90, 516, 131, 129 y 130, que acusan cierta correspondencia con varias de las formas especificadas. Correspondiéndose mejor con el texto, en sus secciones segunda y tercera encontramos los artículos 88 y 89 y los números 17 y 18 del artículo 10. Los dos primeros se refieren al *concurso delictorum* (real), y el 88 dice que al culpable de dos ó más delitos ó faltas se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones, para su cumplimiento simultáneo, si fuera punible por la naturaleza y efectos de las mismas; añadiendo el 89 que «cuando esa simultaneidad no quepa, se seguirá en la imposición el orden de la respectiva gravedad de las penas (de mayor á menor), dentro también de lo posible por haber obtenido el reo indulto de las primeras (porque en otro caso, pudiendo ser la primera la pena de muerte, no se concebiría el cumplimiento de otras), ó por haberlas ya cumplido». Hasta aquí se consagra el sistema denominado de «acumulación material» (*quod delicta, tot penæ*); pero este mismo artículo expresa luego, que «el máximo de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que procedan desde que las ya impuestas cubrieron el máximo del tiempo predicho»; para lo cual la cadena perpetua se computa en treinta años, sin que en ningún caso pase de cuarenta el total de la pena. De este modo adopta nuestro Código el sistema de «acumulación jurídica», mixto del anterior y del llamado «de absorción», con la variante que parte de la acumulación material.

El art. 10 ya sabemos que enumera las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, y los números 17 y 18 del mismo dicen que revisten este carácter «el 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» (á la del delito nuevo de que se trate), y el «ser reincidente», habiendo reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviese ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código. Bien se advierte por este traslado literal, que aquella forma, inconnada en la ley, es nuestra reincidencia (impropia), y la reincidencia legal pudiera ser no más nuestra reiteración calificada y especial. En aquélla hay que atender á la importancia de la pena asignada al delito ó á los delitos anteriores; en esta no; aquélla es discrecional del juzgador, que la tomará ó no en cuenta, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza ó los efectos del delito; la otra es siempre estimable; ambas se contraen á los delitos excluyéndose las faltas, y las consecuencias que también ambas traen á la penalidad, se derivan del concepto que al legislador merecen, ó sea, que apreciadas como circunstancias de agravación en el nuevo delito, ha de imponerse el grado máximo de la pena al delito señalada.

Visto el modo que tiene nuestro Código de definir la reincidencia, que no sólo dista de nuestra definición doctrinal sino de lo que establece la legislación positiva de otras naciones, no huelga advertir que el empleo de los datos estadísticos oficiales para comparar la marcha de aquel interesantísimo fenómeno criminoso en los diferentes Estados, puede originar errores de monta á no poner en claro aquella diversidad y estampar las cifras sin otro miramiento que el de referirse á la reincidencia. Y conste que los más aficionados á recurrir á esta prueba numérica (muy valiosa, pero de no tan fácil manejo como se supone), no suelen ser los más parsimoniosos y prudentes.

● Contra el principio dominante hasta hoy en el derecho penal favorable á la legalidad de las penas, principio que ha abolido ó restringido en grande escala el arbitrio judicial, existe en la actualidad una reacción formidable aun cuando no falten aún á aquél esforzados defensores. El movimiento favorable á conceder á los jueces y Tribunales más ancho campo para fundamentar sus decisiones, sin que sus iniciativas se hallen ahogadas por los férreos moldes de la ley, va tomando cada día mayor incremento. Un penalista español, el Sr. Vela, hace más de veinte años, tratando este problema, escribía: «... ha ya tiempo que el movimiento de reacción contra el arbitrio judicial ha cesado ó va perdiendo fuerza en los pueblos cultos; ha ya tiempo que se ha reconocido absurda la pretensión de encerrar, en el estrecho molde de los artículos de una ley, la infinita variedad y riqueza de la vida; ha ya tiempo que se ha visto que la garantía contra la injusticia de los que mandan y de los que obedecen no puede hallarse en las disposiciones de los cuerpos legales, por sí mismos, ineficaces é inútiles, sino en la moralidad interna, en el sentimiento del deber y en el amor á la justicia, sin los cuales son letra muerta todas las leyes y todas las garantías externas; y de la prueba tasada se ha pasado á la prueba libremente apreciada por la conciencia del que juzga; de las escalas penales complicadísimas y de aplicación mecánica, á las escalas penales sencillas y de libre aplicación, dentro de un *máximum* y un *mínimum* bastante distante para que el juez pueda moverse con soltura; y todavía, no contentos con esto, en el último Congreso penitenciario celebrado en Roma, se ha acordado que ese *mínimum* debe ser franqueable, ó lo que es igual, que el juzgador no debe tener más limitación en sus funciones que la del *máximum* de la pena fijado por la ley. Algunos escritores van más allá todavía, y llegan hasta comba-



de toda predeterminación de la pena, poniendo como bandera y meta de los futuros progresos, la abolición de la medida penal» (1).

Este mismo punto de vista es sostenido por el Sr. Dorado, que espera que el más amplio arbitrio judicial será aceptado sin recelo cuando en la conciencia popular arraigue la creencia de que el juez penal al cumplir su misión hace una obra justa y buena; cuando el juez mismo se penetre de que en la imposición de la pena debe buscar el bien social y el individual y no la vindicta social contra los atropellos sufridos, en una palabra, cuando el concepto actual de la pena, medio doloroso de retribución y de venganza, se transforme, y ésta no se represente sino como una medida de reeducación y de protección. Entonces, cree este penalista, que el arbitrio judicial triunfará por completo (2). También algunos otros autores han sostenido la misma tesis favorable al predominio del arbitrio; podrían citarse á Villert (3), Eripelin (4) y Sommer (5).

En las legislaciones, especialmente en las más modernas, se va abriendo un ancho campo á la independencia y á la iniciativa del juez; obsérvese en los códigos y proyectos más recientes la gran amplitud que se concede á las Autoridades judiciales en lo relativo á la medida y hasta á la elección de la clase de pena. El Código penal holandés, el Código penal noruego, admiten el arbitrio del juez con gran amplitud, pero donde ha sido más profundamente reconocida es en los proyectos, tantas veces citados, de Códigos alemán, austriaco y federal suizo. El proyecto suizo determina que en los casos en que la ley autoriza al juez para disminuir libremente la pena, éste no estará ligado ni por el género, ni por el minimum de la pena prevista para el delito (art. 53). Puede también el juez disminuir libremente la pena, en los casos en que la salud mental ó la conciencia del autor del hecho, se encuentre alterada, ó cuando su desarrollo mental sea incompleto (art. 14); en los de defensa incompleta (art. 26), en los de estado de necesidad, también incompleto (art. 27), y en la tentativa con medios inidóneos (art. 22) y en otros casos análogos. En el proyecto austriaco se concede al juez la facultad de escoger entre la imposición de una pena ó de una medida de seguridad (§ 54); ó de conmutar de determinadas penas por otras más suaves (§§ 7, 67); ó de agravar la pena en los casos previstos por la ley, etc. Y en el proyecto alemán también se encuentran casos análogos.

En nuestro Código, aun cuando el espíritu que le inspira es el de gran restricción del arbitrio, en numerosas disposiciones se invoca para decidir no pocas cuestiones. Pueden citarse los artículos 2.º; 8.º, circunstancia 1.ª, párrafo tercero; 9.º, circunstancia 6.ª, párrafo segundo, y 8.ª; 10, circunstancia 1.ª, párrafo segundo, 5.ª, párrafo segundo, 15, párrafo segundo, y 17, párrafo segundo; 19, regla 2.ª, pá-

(1) El proyecto del Código penal. Madrid 1885. p. 57, cit. por Dorado, *Problemas de Derecho penal*, vol. I, p. 44 y 45.

(2) Dorado, ob. cit., págs. 40 y sigs.; mismo autor: *Bases para un nuevo Derecho penal*, Barcelona, cap. IV, 51-52.

(3) *Das Postulat der Abschaffung des Strafmassen und die dagegen Erhobenen Einwen-*  
*dung in Zeitsch. f. die ges. Strafrechtsw.* 1882.

(4) *Die Abschaffung des Strafmasses*, Stuttgart, 1880.

(5) *Zur Abschaffung des Strafmasses in Centrablatt für Psychiatrie*, Abril 1890;  
también sobre esta cuestión Max Sternau en *Zeitsch. f. die ges. Strafrechtsw.* 1893,  
p. 17.



rrafo segundo; 29, párrafo último; 44, párrafo segundo; 48; 76, regla 5.<sup>a</sup>; 81, regla 4.<sup>a</sup>; 82, reglas 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>; 84, 86, 87, 98, párrafo segundo; 103 (reformado por la ley de 9 de Abril de 1900 sobre la ejecución de la pena de muerte); 107, párrafo segundo; 122, 123, 124, párrafo segundo; 126, 422, 433, 509, 581, párrafo tercero; 620 y 623. Del Código penal de la Marina de Guerra, podrían citarse los artículos 1.<sup>o</sup>, 3.<sup>o</sup>, párrafo segundo, núm. 4.<sup>o</sup>, párrafo último, núm. 5.<sup>o</sup>, párrafo segundo, núm. 6.<sup>o</sup>, párrafo segundo, núm. 12, párrafo segundo, artículos 13, 15, 16, 17, 19, 70, 71, 76 y siguientes, 81, 83 y 84. Del Código de Justicia militar, artículos 172, 173 y 338. De la ley de Excepciones, art. 3.<sup>o</sup>, núm. 3.<sup>o</sup>, párrafo segundo. De la ley de Contrabando y Defraudación, art. 32, regla 4.<sup>a</sup>. De la ley de indulto; art. 2.<sup>o</sup>, núm. 3.<sup>o</sup>. De la ley de 15 de Febrero de 1873, definiendo los delitos políticos; artículo 3.<sup>o</sup>, núm. 3.<sup>o</sup>. De la ley sobre Policía de Ferrocarriles; art. 2.<sup>o</sup>. De la ley de Caza; artículos 50 y 52, párrafo segundo. De la ley sobre la condena condicional; artículos 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup>, condición 3.<sup>a</sup> y otras. De la ley relativa á la prisión preventiva de los menores de quince años; artículo 1.<sup>o</sup>, párrafo segundo (1).

En todos estos casos citados, tanto en los previstos en las legislaciones extranjeras como en la legislación española, el juez al usar el amplio arbitrio que la ley le concede debe, al determinar la medida y género de la pena, tener presente ante todo la personalidad del delincuente. Los elementos de apreciación se encontrarán como List dice (2), en la mayor ó menor mentalidad antisocial, en la presencia ó en la ausencia de la capacidad de adaptación social. Y como Alimena también ha sostenido, «si la ley confía al juez un poder cualquiera, se impone la apreciación de la individualidad del reo, y dicha apreciación se hará de acuerdo con los criterios establecidos por la ley, y teniendo en cuenta todo absolutamente» (3).

El Sr. Dorado, después de citar las disposiciones de nuestra legislación penal que quedan transcritas, dice, que todas estas invocaciones legislativas al arbitrio de los juzgadores tienen por objeto principalmente, cuando no único, facultarles para apreciar en cada caso la potencia criminal de los sujetos á quienes tienen que juzgar. Una opuesta á los preceptos antes citados bastará para convencerse, pues, «la perversidad», «la malicia», «la predisposición á la delincuencia», «el instinto del mal», de que hablan nuestras leyes, sólo indican potencia criminosa. Considérese el contenido de las siguientes disposiciones: «Los tribunales de Marina apreciarán ó no, según su prudente arbitrio, las circunstancias atenuantes ó agravantes de la criminalidad... y en el caso en que las aprecien, tendrán en cuenta el grado de perversidad del delincuente...» (Art. 17 del Código de la Marina de Guerra); el Código de Justicia militar: «Para la apreciación de las circunstancias atenuantes ó agravantes de los delitos comprendidos en esta ley, obrarán los tribunales, según su prudente arbitrio, tomando en cuenta el grado de perversidad del delincuente...» (Art. 173); la ley de 31 de Diciembre de 1903, relativa á la prisión preventiva de los menores de quince años, dice: «Quedan exceptuados de esta regla (relativa á la no aplicación de la prisión preventiva) los menores, pre-

(1) Vid. Dorado. *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*. Madrid 1912 p. 259.

(2) *Lehrbuch*, § 68, III.

(3) *Principii di diritto penale*, vol. I, p. 646.



entes culpables de delitos, en quienes concurren circunstancias que, *según el juez, revelen especial perversidad ó manifesta predisposición á la delincuencia*» (Art 1.º, párrafo segundo) (1). Estos preceptos no citados demuestran que también nuestro derecho erige, en algunos pocos casos, la individualidad del delincuente, como criterio directo para la aplicación de la pena, en aquellas ocasiones en las que se reconoce á los tribunales cierta amplitud para dictar sus fallos.

El movimiento favorable al arbitrio judicial, aun cuando va adquiriendo gran desarrollo, debe permanecer, especialmente según la opinión de algunos penalistas franceses, dentro de ciertos límites. No debe llegar á adquirir tal amplitud que constituya una amenaza para la libertad individual: «La sociedad, escribe Garçon, no tiene solamente el derecho de asegurarse contra las empresas de los malhechores, tiene también el deber de proteger y de garantizar el derecho individual.» Ya hemos referido en páginas anteriores, la formidable oposición levantada por los criminalistas franceses, en el seno de la Comisión Internacional de Derecho penal, al discutirse el tratamiento de los delincuentes peligrosos, oposición manifestada especialmente en la oposición de que las medidas aplicables á dichos criminales, y su duración, sean fijadas de antemano por la ley y no abandonadas al arbitrio de los jueces. Pero nada tiene esto de extraño en el país que ha visto nacer la legalidad penal como reacción contra un régimen de insoportables abusos, es lógico que aquí siga viviendo vida vigorosa la tradición individualista. Este punto de vista ha influido, sin duda, en las decisiones tomadas por el grupo ruso de la U. I. D. P., que al estar en su última asamblea (Abril de 1912) las medidas que debían tomarse respecto de los individuos considerados como peligrosos. Las resoluciones votadas tienden á consagrar el espíritu legalista garantidor de la libertad y de los derechos personales.

El sistema de las circunstancias de atenuación tal y como la escuela clásica lo concibe, es atacado por la escuela positiva en nombre de las exigencias de la defensa social. La consecuencia lógica de dichas circunstancias, en armonía con el principio de la responsabilidad moral, es que un acto es tanto menos punible cuanto la presión que sobre él ha sido más fuerte é irresistible en el agente; lo que contradiciendo el principio de la defensa social, muestra una vez más la incompatibilidad de la escuela clásica con el principio de la responsabilidad moral. Garafalo (2) centra aquellas causas de atenuación, admitidas por algunos Códigos, en que no se fundan en la menor perversidad del delincuente, sino en contrariedades completamente ajenas, como el valor escaso de los objetos robados, el haber recobrado la víctima del hurto el objeto sustraído, la edad del delincuente, etc., la apreciación de estas circunstancias disminuyendo considerablemente la penalidad mediante la llamada *correccionalización* de los crímenes (admitida en algún Código, como en el francés), sería contraria, según este criminalista, á las exigencias de la defensa social.

La exposición de la doctrina legal española, relativa á las circunstancias de atenuación hecha en las notas del Sr. Aramburo, es muy suficiente; allí encontrará el lector los preceptos más importan-

(1) Vid. Dorado, ob. cit., p. 260 y sigs.

(2) *Criminalología*, p. 307 y sigs.



tes de nuestro derecho positivo. Sin embargo, creo oportuno añadir lo ya expuesto algunas consideraciones.

Al estudiar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que producen como efecto agravar ó atenuar la pena, el señor Silvela (1), muy racionalmente, las ha dividido en circunstancias *accidentales* y en circunstancias *modificativas*. Las *accidentales* son otra cosa que la varia y peculiar manera de presentarse el delito en cada caso, de modo que, como resultado de su concurrencia, la responsabilidad del reo será mayor ó menor, según los accidentes que acompañen al hecho en su producción. De manera que éstas no representan más que lo accidental, lo transitorio; por esto se han llamado *accidentales* y también *objetivas*. Las *modificativas* de la responsabilidad representan estados ó situaciones, más ó menos permanentes, que, sin culpa por su parte, puede encontrarse el sujeto activo del delito; situaciones, éstas, que le determinan más fácilmente á delinquir, por tanto, estas circunstancias un carácter personal y subjetivo.

Pues bien, todas las circunstancias que el Código enumera en el artículo 9.º, menos una (2), tienen este carácter personal y subjetivo. La edad menor de diez y ocho años, en la que es más difícil el dominio de las pasiones; el haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza; el ejecutar un hecho en vindicación próxima de una ofensa grave; el ejecutarlo en estado de embriaguez ó por estímulos que producen naturalmente arrebato y obcecación: todas estas circunstancias demuestran ese carácter personal y subjetivo, como parece haberse conocido también el Tribunal Supremo al establecer como jurisprudencia que, la circunstancia atenuante la lleva en sí el culpable al perpetrar el hecho punible, estando unida á él por una relación necesaria é indispensable (3). Igual carácter personal presentan las circunstancias eximentes que, con arreglo al núm. 1.º del art. 9.º, pueden convertirse en atenuantes cuando no reúnan todos los requisitos necesarios para tener aquél carácter.

Como en el núm. 8.º del art. 9.º, establece el Código que también son circunstancias atenuantes cualquiera otra *de igual entidad análoga* á las anteriores, los defensores de los reos inventaban siempre circunstancias atenuantes, y para esto los Tribunales, especialmente el Supremo, tuvieron que determinar la naturaleza de las circunstancias de atenuación para deducir si las que se deducían eran de igual entidad y análogas. A este efecto el Supremo comenzó por declarar que los hechos que constituyen las circunstancias atenuantes del art. 9.º son todos anteriores ó coetáneos á la comisión del delito (4), y después ha añadido, acabamos de decirlo, que la circunstancia de atenuación la lleva en sí el reo al ejecutar el hecho, es decir, que debe presentar un carácter completamente subjetivo. También la jurisprudencia ha consignado que tales circunstancias se fundan en hechos ó motivos *que debilitan la voluntad del agente* (5), y, que

(1) Ob. cit. Parte segunda, p. 204 y sigs., § XXXVIII.

(2) Art. 9.º, núm. 3.º, Circuns. 2.ª: no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

(3) Sentencia de 18 de Octubre de 1873.

(4) Sentencias de 14 de Febrero de 1871, 14 de Enero, 3 de Mayo de 1871 y de Marzo de 1874.

(5) Sentencia de 22 de Abril de 1876.



ante su concurrencia *debe aparecer disminuida su libertad* al tiempo de cometer el delito (1), y por consiguiente, ha venido á reconocer que representan un estado psíquico del delincuente en el que fácilmente puede éste ser impelido al delito.

El núm. 1.º del art. 9.º considera como circunstancias de atenuación *las expresadas en el capítulo anterior* (circunstancias eximentes) cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. Parece, pues, según este precepto, que toda causa de exención puede convertirse en causa de atenuación cuando falte algún requisito. Mas se verá cómo no es cierto que las causas de exención puedan convertirse en atenuantes.

Si recordamos las circunstancias eximentes, veremos cómo pueden dividirse en tres grupos: 1.º El formado por las que se fundan en un hecho indivisible, que no admite fraccionamiento. 2.º Las circunstancias que nacen de un hecho divisible, aunque la ley no haya establecido con separación los requisitos que las constituyen. 3.º Aquellas que nacen de un hecho divisible y respecto de las cuales marca la ley una total separación los requisitos que han de concurrir. Las circunstancias de exención pertenecientes al primer grupo no pueden convertirse en atenuantes, pues siendo indivisibles no pueden concurrir unos requisitos y faltar otros; tal sucede con la edad menor de nueve años, la obediencia debida, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (2), y á juicio del Sr. Silvela, con la locura, la fuerza irresistible, el cumplimiento del deber, el ejercicio de un derecho, oficio ó cargo, y la omisión por causa legítima. Las circunstancias de exención comprendidas en el segundo grupo, ó sean las divisibles, pueden convertirse en atenuantes; pero, para ello, los Tribunales tienen que ejecutar lo que omitió el legislador, esto es, determinar los requisitos cuya concurrencia es necesaria. Aquí pueden enumerarse, la imbecilidad, que puede no ser completa, la edad menor de quince años, cuando el culpable ha obrado con discernimiento, el miedo, cuando no es insuperable, la omisión cuando no es enteramente invencible la causa que le produjo. La primitiva doctrina del Tribunal Supremo fué que las circunstancias que no constan de varios requisitos numéricamente determinados no podían estimarse, en ningún caso, como circunstancias atenuantes (3). De acuerdo con esta doctrina declaró que la locura y la imbecilidad incompleta nunca pueden constituir la circunstancia atenuante 1.ª del art. 9.º, porque constituye un estado ó condición única que no se forma con la concurrencia de requisitos, sino que los excluye por sí misma, y porque entre la razón y la locura no hay estado medio en el orden legal (4). El Tribunal Supremo después ha cambiado de rumbo, y no obstante haber declarado que la obediencia debida no podía convertirse en atenuante en razón á la no pluralidad de requisitos, ha estimado la obediencia debida como atenuante en varias sentencias (5). También ha declarado que la casi imbecilidad debe estimarse como circunstancia atenuante.

(1) Idem de 12 de Agosto de 1878.

(2) Sentencias de 29 de Marzo de 1876, de 29 de Octubre de 1879 y de 19 de Octubre de 1883.

(3) Sentencias de 29 de Marzo de 1876 y 29 de Octubre de 1879.

(4) Idem de 19 de Diciembre de 1881 y de 3 de Octubre de 1884.

(5) Sentencias de 24 de Diciembre de 1845, de 4 de Enero de 1876, de 5 de Mayo de 1880, de 17 de Marzo y de 9 de Abril de 1897.



En cuanto al tercer grupo, en el que el legislador establece tan sólo las condiciones, poco hay que decir; si concurren todas las circunstancias de exención; si falta alguna, lo es de atenuación. Respecto de este grupo, debe advertirse que la tarea del juez no ha de limitarse a examinar mecánicamente si existen ó no todos los requisitos que exige la ley para la eximente, sino que es preciso que determine si existe ó no la causa generadora de la exención, y por consiguiente, de la atenuación. Por esto, no puede la defensa convertirse en atenuante si no hay causa de exención ilegítima, ni miedo insuperable si no hay mal inmediato é inminente (1), como ha declarado el Tribunal Supremo (2).

La última circunstancia del art. 9.º es como vemos por su redacción de gran amplitud y abre un ancho campo al arbitrio de los Tribunales que pueden apreciar por sí, si las circunstancias aducidas son de entidad y análogas á las demás contenidas en el mismo artículo. No aplicando la jurisprudencia este precepto, ha declarado que no es análoga ninguna circunstancia de atenuación que se funde en hechos posteriores á la ejecución del delito, porque las enumeradas por el Código son siempre anteriores ó coetáneas y las lleva en sí el culpable á evitar el hecho punible. Por esto ha rechazado como causas de atenuación la confesión del procesado (sentencias de 16 de Diciembre de 1870, 14 de Febrero, 4 y 11 de Marzo de 1871, 23 de Febrero de 1872, 14 de Enero, 26 de Abril, 3 de Mayo y 26 de Noviembre de 1873 y 14 de Marzo de 1874); la corta entidad del mal producido (14 de Noviembre de 1873), ó la corta duración de las heridas (17 de Enero y 14 de Noviembre de 1873). También ha rechazado, por no ser análoga, la buena conducta anterior del procesado (19 de Mayo de 1871, 10 de Noviembre de 1875 y 10 de Enero de 1876); la retractación en el delito de falso testimonio ó de injuria ó calumnia (18 de Diciembre de 1871 y 11 de Julio de 1876); la de haber dado explicación completa de los hechos de injurias (13 de Octubre de 1871); el haber existido lucha (1.º de Mayo de 1873), y también, por faltar á la vez entidad y analogía, ó sin que presere el motivo; la edad septuagenaria (23 de Diciembre de 1871); la corta edad, siempre que el procesado tenga más de diez y ocho años (13 de Octubre de 1875); el carecer de padre y madre y sostener á su hermano pequeño (19 de Enero de 1872); la falta de amparo y guía en su educación primera (14 de Febrero de 1871); el arrepentimiento mediato (10 de Marzo de 1876); el no haber causado perjuicio alguno (1.º de Enero de 1871); el poco valor de la cosa robada (31 de Enero y 13 de Mayo de 1871, 7 de Marzo y 4 de Noviembre de 1872, 26 de Noviembre y 3 de Diciembre de 1874 y 3 de Enero de 1875); la necesidad (20 de Abril de 1871); el estado miserable (27 de Marzo de 1872, 8 de Julio de 1873, 3 de Diciembre de 1874); la falta de salud, carencia de recursos, las frecuentes reyertas con la víctima (12 de Agosto de 1876); la enemistad entre el ofendido y el ofensor (10 de Mayo de 1872, 22 de Abril de 1874, 30 de Octubre de 1884); la amistad (7 de Agosto de 1873); el error ó ignorancia del derecho (22 de Enero de 1875); la sordomudez (12 de Abril de 1873); la pública ostentación que hizo el perjudicado á presenciar de los procesados de un bolso no de monedas de plata (9 de Enero de 1889), y haber la procesada entregado á la Guardia civil 30 pesetas que sustrajo á su ama sin que conste lo hiciese espontáneamente y antes de descubrirse el delito.

(1) Sentencia de 18 de Octubre de 1876.

(2) Vid. Silvela, loc. cit.



de 1900). En cambio, el Tribunal Supremo ha estimado como atenuantes de la devolución espontánea por los autores de robo los efectos sustraídos al perjudicado (14 de Noviembre de 1877); la sordomudez y la falta de instrucción que equipara al proceso a un menor de diez y ocho años y mayor de quince (27 de Diciembre de 1889), y la muerte dada por una madre á su hijo al día siguiente de haberle dado á luz bajo la influencia de la fiebre láctea (28 Septiembre de 1897) (1).

Así como, según acabamos de ver, las circunstancias atenuantes son siempre circunstancias subjetivas, ó modificativas según las denomina el Sr. Silvela, las agravantes presentan un carácter muy diverso. Las circunstancias enumeradas en el art. 10 del Código penal no representan sino el aumento (ó la disminución, en algún caso), de la responsabilidad penal en atención á la mayor criminalidad de su autor. Para tenerlas en cuenta no es preciso, como dice Silvela, proceder á un examen del estado del ánimo del culpable en el momento de delinquir, dichas circunstancias se encuentran en la materia misma del hecho criminoso, único que es necesario conocer. La denominación de agravantes, que les da nuestro Código, es algo impropia, pues entre ellas se comprenden algunas que pueden ser atenuantes, como el pago y rescate, el ejecutar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio que facilite la publicidad.

Varios autores han intentado hacer una clasificación de las causas de agravación. Algún comentarista se fundó para ello en lo dispuesto en el art. 1.º de las leyes del Digesto, según la que *aut facta puniuntur, aut autem scripta, aut consilia*, añadiendo que estas maneras de delinquir pueden considerarse bajo siete aspectos: *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu*. Mas á poco que se examine el fundamento de esta clasificación, se encontraría, objeto Silvela, que esta puede servir para la clasificación de los delitos, que exclusivamente para la de las circunstancias que los modifican. D. Cirilo Alvarado en sus comentarios al Código penal de 1848, afirma que así como las atenuantes se fundan en un solo principio, la menor perversidad del delincuente, las agravantes no sólo tienen como fundamento la *mayor perversidad del autor*, sino también la *mayor extensión del daño producido por el delito*, la *mayor facilidad de ejecutarlo* y la *mayor facilidad de escapar al castigo que señala la ley*.

Silvela tiene esta clasificación por aceptable; sin embargo no la rechaza completa porque en el Código de 1870, hoy vigente, existe una causa más de agravación; la vagancia, cuya razón de ser puede encontrarse en la mayor facilidad de delinquir en quien no ejerce oficio, no tiene ni profesión, y carece de medios de fortuna. Partiendo pues, de estos principios, examina el citado autor las circunstancias accidentales que agravan la responsabilidad criminal. El primer fundamento de estas es, como ya se dijo, la mayor perversidad del delincuente. En las relaciones de cierta índole entre el ofensor y el ofendido, la situación de éste respecto de aquél, pueden dar lugar á que, al mismo tiempo que se infringe el derecho materia del delito, se falte á consideraciones y respetos establecidos por la naturaleza y reconocidos por la ley, y que sin alterar lo esencial y característico del delito vicien á agravarlo. Por estas razones, considera el Código como agra-

(1) Vid. Silvela, ob. cit., pág. 213 y sigs.



vantes el parentesco; el ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio al respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido ó en casa, cuando no haya provocado el suceso; el abusar de superioridad para ejecutar el hecho en desprecio ó con ofensa de la autoridad y causar abuso de confianza. El modo como se ejecuta el delito, su causa impulsiva, los daños que para practicarlos se han ejecutado, la ocasión el lugar en que se ha llevado á efecto y los actos no necesarios para conseguir el mal propósito, pueden revelar una maldad mayor y justificar una penalidad más grave. De aquí que nuestro Código considere como circunstancias de agravación: ejecutar el hecho con alevosía mediante precio, recompensa ó promesa; por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave ó avería causada con propósito, descarrilamiento de locomotora, ó del uso de otro artefacto ocasionado á grandes estragos; aumentar deliberadamente el daño causando otros males innecesarios para la ejecución del delito; emplear astucia, fraude ó disfraz; usar medios ó hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia á los efectos propios del hecho; efectuarlo con ocasión de incendio, naufragio ú otra calamidad pública; en lugar sagrado, en los palacios de las Cortes ó del Real del Estado, en presencia de éste, ó donde la autoridad pública se halla ejerciendo sus funciones; con escalamiento, con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fractura de puertas ó ventanas. El segundo fundamento de las causas de agravación es la mayor extensión del daño; pero en buenos principios de derecho, dice Silvela, el mayor ó menor perjuicio no debe tenerse en cuenta sino para determinar la responsabilidad puramente civil; pero aun así y todo, nuestro Código admite la cuantía del daño como medida para fijar el grado de responsabilidad, y por esto se consignan como causas accesorias de agravación la de realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo que facilite la publicidad, la de ejecutar el hecho por medio de inundación ú otro artificio, ó causar males innecesarios, circunstancias ya señaladas por revelar mayor perversidad y que pueden serlo también como nacidas de tener en cuenta la mayor extensión del daño. El tercer fundamento de las causas de agravación es la mayor facilidad de cometer el delito; al agravar la pena, el legislador ha intentado oponer al crimen como preservativo una pena mayor. Con esta causa se une la de una facilidad también mayor de cometer el delito quede impune, que es la cuarta de las causas de las circunstancias agravantes. Por esto considera el Código como agravante el ejecutar el hecho con auxilio de gente armada ó de personas que aseguren ó proporcionen la impunidad, de noche ó en despoblado y en cuadrilla (1).

Por último, el Código vigente considera también como agravante la vagancia y la reincidencia, ya sea propia ó impropia. Pero estas circunstancias merecen una atención especial.

● Desde muy antiguo se consideró en España la vagancia como hecho punible. Ya las Partidas la consideran como un delito; si vemos las páginas de la Novísima Recopilación, veremos que en los siglos XIV y XV, á los vagabundos y á los mendigos, válidos para el trabajo, se les imponía la pena de azotes y se les arrojaba de las villas y lugares. En el siglo XVI, las disposiciones emanadas de Carlos

(1) Silvela, *ob. cit.*, § XXXII.



agravaron las penas de la vagancia; los vagos, si no salían de las ciudades del Reino, eran encarcelados y desterrados por un año; en caso de reincidencia, nueva pena de cárcel y destierro perpetuo. Algún tiempo después, la penalidad se hizo aún más dura; se les condenaba á la pena de galeras por cuatro años; en caso de reincidencia, cien años y ocho años de galeras; si reincidían otra vez, la condena á galeras era para toda la vida. La ley castigaba con estas penas á los que consideraba como vagabundos, á «los egipcianos (gitanos) y caldereros extranjeros» y á «los pobres mendigantes sanos». Felipe V ordenó que á los que estuviesen en edad adecuada y fuesen hábiles para el manejo de las armas, se les destinase al ejército. Carlos III también dictó no pocas ordenanzas y decretos para atajar el mal de la vagancia. Las disposiciones de este sabio monarca se caracterizan por el espíritu de humanidad y de progreso. Mandan que los vagos de diez y siete á treinta y seis años, aptos, sean destinados al servicio militar. Los ineptos por falta de robustez ó por otra causa cualquiera, se les destinaba á la Armada, ó se les acogía en hospicios ó casas de beneficencia. Se obligó á los padres de los niños en estado de vagancia, ó en su lugar, á diversas autoridades, á ocuparse de su educación y enseñarle un oficio, con el que pudieran atender á su subsistencia. El Código de 1822 no se ocupó de la vagancia; pero algunos años más tarde, la ley de 9 de Mayo de 1845 elevaba la condición de la vagancia á circunstancia de agravación de la pena, y dividía á los vagos en dos grupos: simplemente vagos y vagos con circunstancias agravantes. En los Códigos de 1848 y de 1850 vuélvese al antiguo sistema de castigar la vagancia como delito, castigándose con penas de poca graduación; y por último, el Código, hoy en vigor, la considera, al modo que la ley de 1845, como una circunstancia agravante. Así, el art. 10, dice: «Son circunstancias agravantes: 23. Ser vago el culpable. Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación alguna, ó algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo». La vagancia, pues, se considera ya no como un delito, sino como una ocasión más ó menos próxima á delinquir; parece, como apunta algún autor, que no atreviéndose el legislador á castigarla como delito, ha querido aminorar sus malos efectos, castigando de una manera más dura al que, colocado en esa situación, delinquiere. Esta especial apreciación que de la vagancia hace el Código, proviene del concepto que dicho estado merecía á su principal redactor, á Pacheco. Piensa éste que la vagancia no es un delito, no es por sí una acción punible con verdaderas penas, sino un estado de tentación, de predisposición, quizás, que legitima el temor de que el vago cometa ó haya cometido acciones criminales. Como objetaban algunos comentaristas, el legislador hubiera debido añadir á la actual redacción del núm. 23 del art. 9.º, el mismo párrafo que figura en los números 15 y 17 de este artículo, que dice: «esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y efectos del delito», pues de lo contrario se apreciar por los Tribunales dicha circunstancia, siempre que concurra, su apreciación puede determinar la imposición de la pena de muerte en aquellos delitos que en su grado máximo se castigan con la última pena.

La Real orden de 14 de Septiembre de 1906, dirigida por el Ministro de Gracia y Justicia al Fiscal del Tribunal Supremo, recomienda á los fiscales y jueces mayor celo en la apreciación de esta circuns-



tancia agravante, si bien cuidando de distinguir la vagancia que procede de la falta forzosa de trabajo, con la que se origina de la ductible aversión á éste.

● Además de las llamadas causas de justificación y de no imputabilidad, existen en nuestro Código otras causas, mediante cuya concurrencia queda el acusado exento de pena. No se fundan éstas, como las causas de justificación, en la legitimidad del acto ejecutado, tampoco en que el sujeto no parezca en condiciones de capacidad para ser responsable, como sucede en las causas de no imputabilidad, sino que se fundan tan sólo en motivos de conveniencia. Considera el legislador, dice Silvela, que es más útil tolerar el delito que castigarle, conociendo que existe delito y que hay persona responsable. Las ocupaciones dominantes en diversos órdenes de ideas, la constitución actual de la familia, con su jurisdicción peculiar y propia en lo personal, llevan como consecuencia esta benignidad. Estas causas que merecen de denominación especial en nuestro Derecho, pueden denominarse, como Silvela propone, excusas absolutorias. La primera de ellas que nuestro Código contiene la hallamos en el art. 17. Dice éste: *«están exentos de las penas impuestas á los encubridores, los que sean de sus cónyuges, de sus ascendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos ó afines en los mismos grados, con la sola excepción de los que se hayan aprovechado de los efectos del delito ó hayan dado á aprovecharse á los autores»*. La razón de esta disposición explican los comentaristas por el respeto de la ley á «los lazos de sangre, que naturalmente nos inclinan, por respeto siquiera de nuestro propio nombre, á encubrir los delitos de que se hubiesen podido hacer culpables cualesquiera de los parientes que menciona» (Vielva); además, podría añadirse, que quizás iría el legislador contra el sentimiento público si dispusiera otra cosa (Silvela).

El art. 258 consigna otra causa para no imponer pena. Se refiere á lo que ha de practicarse luego que se manifieste la rebelión ó sedición antes de reprimirla por la fuerza. La autoridad gubernativa tiene el deber de intimar hasta dos veces á los sublevados que inmediatamente se diseminen y retiren, haciendo ondear al frente la bandera nacional si fuese de día, y si fuese de noche requiriendo la retima á toque de tambor, clarín ú otro instrumento á propósito. Cuando los rebeldes ó sediciosos, dice el art. 258, se disolvieren ó sometieran á la autoridad legítima antes de las intimaciones ó en consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los que hubieren inducido la sedición, y los caudillos principales si no fueren empleados públicos. Los delitos, pues, de rebelión que son punibles en los estados de proposición y conspiración, deberían, aplicando las reglas generales del código, ser castigados aquí con mayor razón, pues cometieron á ejecutarse por hechos exteriores. Sin embargo, dice Silvela, las falsas ideas respecto á los crímenes llamados políticos, por la necesidad de no cerrar jamás la puerta al que vuelve al camino del deber, siquiera sea temporalmente y quizá por miedo, el legislador español ha declarado exentos de pena á los revoltosos que se sometan y á los sediciosos que reconocen la autoridad legítima. Otra excusa absolutoria está contenida en el art. 438 en favor del marido que sorprendiendo á su mujer en adulterio causare á ésta y al adúltero lesiones que no sean graves, y en favor de los padres que, en iguales circunstancias, sorprendiesen á sus hijas menores de veintitrés años y á sus corruptoras.



mientras aquellas viven en la casa paterna. La razón de esta disposición hay que buscarla en el convencimiento que en todos existe del movimiento natural de cólera, y justa indignación que en el ofendido se ha de despertar; á esto se une, como Silvela indica, la ineficacia de las penas, reconocida en cierto modo por el legislador, para reprimir los hechos á que se refiere el artículo citado. Tanto ó mayor benignidad respecto del padre, del marido, y aun de los hermanos ofendidos, está muy conforme con nuestras antiguas leyes, y aun más con nuestras costumbres; por esta causa, opina el citado autor, no era fácil que el legislador, aun creyendo el acto criminal, rompiese abiertamente con el modo de pensar del pueblo para quien formaba el Código. En el art. 580, se consigna otra excusa absolutoria; según dicho artículo *están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente á la civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren: 1.º Los cónyuges, ascendientes y descendientes ó hermanos en la misma línea; 2.º El consorte viudo respecto de las cosas de pertenencia de su difunto cónyuge mientras no hayan pasado á poder de otro; 3.º Los hermanos y cuñados si vivieren juntos. La excepción de este artículo no es aplicable á los extraños que participaren del delito.* La especie de coopropiedad que por los hechos se establece entre los parientes próximos y la conveniencia de no ahondar las divisiones dentro de la familia, explican la disposición transcrita. Por la jurisprudencia no ha exigido que los cónyuges vivan juntos, ni aun siquiera que no estén separados por demanda de divorcio, para emitirles de pena. Por el contrario, ha considerando esta convivencia necesaria cuando se trata de los hermanos y cuñados (1).

Alguien ha enumerado como excusa absolutoria la prueba hecha por el acusado de calumnia, del delito que imputare; pero, en opinión de Silvela, esta no es una excusa absolutoria sino la consecuencia ineludible del concepto que se tiene de la calumnia. Si esta es la falsa imputación de un delito de los que han lugar á procedimiento de oficio, desde el momento en que se demuestra la verdad del hecho imputado, no puede existir calumnia, pues la constituye, no la importancia del delito, sino la falsedad de semejante acusación. Análogo es el caso del artículo 475, según el que, al acusado de calumnia no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando estas fueren dirigidas contra empleados públicos en el ejercicio de su cargo, y en este último caso, si probare aquella verdad, quedará exento de pena. Esta disposición reconoce que no existe injuria respecto de los empleados públicos cuando con verdad, se profieren respecto de ellos palabras encaminadas á su descrédito. El Estado, dice Silvela, ve sin duda en esto un medio de averiguar los defectos de que la Administración adolece, considerando que, sin pena, puedan los particulares echar en rostro al funcionario público los defectos más ó menos graves en que incurra (2).

● Distinguen los tratadistas de derecho penal dos clases de reincidencia, la *genérica* que tiene lugar cuando el delincuente recae en cualquier otro delito, y la *específica*, cuando la recaída es en el mismo delito ó en delito análogo. Carrara cree que ambas formas de reincidencia deben tenerse en cuenta y que la genérica es más peligrosa por presentar más variedad de aptitudes delinquentes. Otros creen que sólo

(1) Recursos de casación de 6 de Febrero de 1872 y de 1.º de Mayo de 1873. Silvela ob. cit., parte segunda, § XXXVII.



debe considerarse la específica, pues sólo ésta demuestra un impulso profundamente arraigado en nuestra conciencia. Otra opinión sostiene que ambas reincidencias se equivalen, y que la única diferencia entre ambas debe reducirse á diferencia en su tratamiento penal (1).

Algunos criminalistas defienden que pasado cierto tiempo no debe considerarse ya el estado de reincidencia. Se fundan los que tal sostienen (Blanche, Chauveau y Helie, Ortolan, Pessina), en que al transcurso de cierto tiempo demuestre que ya no puede creerse en la existencia, ó por lo menos en la energía, de una tendencia al delito que permanecido tanto tiempo inactiva. En cambio, Garofalo, Comare, Niceforo y otros secuaces de la escuela positiva, creen que la tendencia no puede sujetarse á término alguno, y que la tendencia al delito si reaparece después de muchos años demuestra su profunda arraigo (2).

● Algunos penalistas proponen que las condenas pronunciadas por los tribunales extranjeros sean tenidas en cuenta para la comisión de la reincidencia. El Congreso penitenciario internacional de París de 1895, donde se estudió esta cuestión, emitió el voto de que los jueces pudieran tener presente, para la determinación de la pena, las condenas pronunciadas en el extranjero, cuando se cometiese un nuevo delito en el territorio nacional. Los adversarios de este punto de vista, entre otras razones, invocan principalmente la fundada independencia recíproca de cada estado que no permite que las sentencias extranjeras tengan un efecto ejecutivo en el territorio nacional. Sus defensores aducen que aun cuando no puedan tener un efecto ejecutivo, las sentencias extranjeras, gozan, sin embargo, de cierta autoridad y en algunos casos, como para impedir un nuevo castigo por delitos ya penados en el extranjero, gozan de la autoridad de una juzgada, por aplicación de la *máxima non bis in idem* (3). La legislación tiende hoy á consagrar la consideración de los delitos cometidos en el extranjero; el Código penal noruego sigue este ejemplo (§ 46); de igual manera el proyecto suizo (1908) dispone en el art. 55 que, en caso de reincidencia cuando el delincuente ha sufrido una pena en el extranjero por un delito, que según la ley suiza, podía dar lugar á la extincción. El proyecto alemán en el § 89 relativo á los delincuentes ha adoptado los tiene en cuenta también las condenas impuestas en el extranjero.

● La reincidencia es muy diversamente apreciada en las legislaciones. Algunos Códigos la admiten solamente respecto de determinados delitos. El Código montenegrino y el Código serbio, que conservan intacto el espíritu de la antigua *consuetudo delinquendi*, á la tercera reincidencia en el hurto imponen la pena de muerte. Otros Códigos la admiten solamente en los delitos contra la propiedad, como el Código alemán (también la admite en caso de mendicidad), el Código húngaro y el sueco. Ciertos Códigos, austriaco, portugués, argentino, el del Paraguay y el del Uruguay y casi todos los de los Cantones suizos, admiten sólo la reincidencia específica. Otros, distinguiendo una genérica de la específica, castigan ésta con pena más grave; así,

(1) Alimena, *Principii di Diritto penale*, vol. I, p. 755.

(2) Alimena, *I limiti e i modificatory dell'imputabilita*, vol. III, p. 578.

(3) Vid. Manzini, *La recidiva nella sociologia nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze 1899, p. 493 y sigs.; Alimena, *I limiti*, vol. III, p. 581.



Códigos de Chile, Costa Rica y Nicaragua y otros, hablan de reincidencia en general, sin hacer distinción alguna, los Códigos belga y portugués. En el derecho inglés y en el derecho escocés, la reincidencia se reserva para todo género de delitos, y algunas veces un delito que por su naturaleza es un «*misdeemeanor*», mediante la apreciación de la reincidencia se aprecia como «*felony*».

● Hoy no se puede continuar admitiendo que el reincidente sea un delincuente ordinario que añada un nuevo delito á delitos ya anteriormente castigados. El reincidente es un delincuente de una naturaleza especial, tiene un especial género de vida, pertenece á una categoría determinada; como se ha dicho muy bien, las recaídas sucesivas le hacen entrar en cierto momento en la clase social que se ha llamado siempre la clase criminal ó peligrosa. Esta clase tiene rasgos sociales e instintos sociales que le son propios y que reclaman particulares disposiciones legislativas. Teniendo en cuenta estas consideraciones, muchos criminalistas quieren sustituir, en el tratamiento de la reincidencia, la concepción del acto perseguido, la consideración de la entidad jurídica del delito cometido, por lo que hoy se denomina, la noción del estado peligroso del delincuente.

La Unión Internacional de Derecho penal, que desde su primer Congreso (Bruselas 1889) había estudiado en muchas ocasiones el problema de la reincidencia, ha planteado esta grave cuestión bajo su nuevo aspecto. Prins fué quien, por primera vez, propuso la noción del «estado peligroso» del reincidente en el Congreso celebrado por la Unión en Hamburgo en 1905. Este concepto se ha extendido después, sobre todo por Liszt, á otras categorías de delincuentes. En el Congreso celebrado por la Unión, en Bruselas en 1910, se tomó respecto á estos criminales el siguiente acuerdo: «La ley debe establecer medidas especiales de seguridad social contra los delincuentes peligrosos, ya por su estado de reincidencia legal, ya por los hábitos de vida, que serán definidos por la ley, ya por sus antecedentes hereditarios y personales, manifestados por los crímenes ó delitos que la ley determina» (1). Como vemos, los reincidentes tienen, en el voto mencionado, una importancia preponderante sobre las otras clases de delincuentes peligrosos.

En este problema, el punto más delicado es, sin duda alguna, la determinación de lo que es preciso entender por estado peligroso del delincuente. En principio, dice Dupont, en su comunicación al Congreso de Hamburgo, el reincidente puede ser declarado peligroso cuando haya sido condenado cierto número de veces. La apreciación de esta cantidad dependerá de la naturaleza, de la gravedad y de la variabilidad de los delitos. Si para los crímenes puede ser suficiente una reincidencia, para los delitos será necesario cierto número de reincidencias para que se confirme el hábito del delincuente de vivir fuera de la ley. Esta reiteración, que prueba el hábito, suministraría la base de la apreciación del estado peligroso del malhechor.

Respecto á la determinación de dicho estado se podría dejar á los jueces cierta amplitud en cuanto al número de condenas, necesario en cada clase de delitos para fundamentar el estado peligroso. Precisamente, esta determinación encomendada al arbitrio judicial, como algunos proponen, ha sido el motivo principal de una de las objecio-

(1) *Bulletin de l'Union Internationale de Droit penal*, vol. XVII, 2, p. 495.



nes más serias hechas á este novísimo concepto. Garçon, temiendo que tan amplias facultades concedidas á los Jueces pudiesen constituir una amenaza para la libertad individual, pide que por lo menos se llegue á la determinación exacta y precisa de la ley los crímenes que por su gravedad objetiva bastan para probar el estado peligroso del delincuente, y que la ley determine los medios de seguridad aplicables á tales criminales y el máximum de su duración (1). A esto ha respondido Prins, que ciertamente pueden verificarse violaciones de los derechos individuales; la posibilidad del error es inherente á la justicia humana y todo sistema que permita á los hombres ser juzgados por otros hombres encierra siempre una parte de aproximación. Todas las precauciones tomadas por la ley positiva no podrían impedir la posibilidad del abuso. Una declaración de alienación mental ó de curación de un alienado no da una certeza absoluta; de igual manera, una declaración judicial no será nunca más que una presunción de verdad. Lo que importa poner en claro, piensa Prins, es que la libertad individual no se encuentra más comprometida por la adopción de la noción del estado peligroso, que lo está por las tendencias de la escuela clásica, entre todas las decisiones judiciales ninguna puede provocar mayor perplejidad que la relativa al grado de responsabilidad del culpable.

La concepción del estado peligroso del reincidente ha hecho su aparición en algunas legislaciones, las cuales han establecido para estos delincuentes un tratamiento penal especial. Como precedente de la regulación que hoy se propone, puede citarse la ley francesa de 20 de Mayo de 1885, sobre la relegación, ley que ha establecido como ciertos reincidentes que determina, y cuyas reincidencias hacen presumir su incorregibilidad, el medio radical de la relegación perpetua, la expiración de su última pena, con el fin de alejar á estos individuos del territorio de la metrópoli, y prevenirse contra el peligro que representan para la seguridad social. Pero en los Códigos de fecha reciente, ó no muy lejana, es donde mejor se manifiesta cómo va variando carta de naturaleza en el derecho positivo. El Código penal noruego de 1903, dispone en el art. 65 que cuando un delincuente culpable de dos ó más crímenes consumados ó intentados, los jueces pueden preguntar al Jurado si por razón de la naturaleza de los delitos, de los móviles que los han inspirado y de las tendencias que revela su autor, no debe ser considerado como *particularmente peligroso* para la sociedad entera, ó para la vida, la salud ó el bienestar de los demás. En caso de contestación afirmativa, el condenado puede ser retenido en la prisión, después del cumplimiento de la pena legal, por todo el tiempo que parezca necesario, sin que dicha detención suplementaria pueda exceder de quince años. Debo advertir que en 1904 el Profesor noruego Hagerup, advertía que en el espacio de cuatro años este artículo no había sido aplicado una sola vez. En Inglaterra la ley, *Prevention of crime act*, de 1908, contiene en su sección segunda *Detention of habitual criminals*, un artículo (10) que dispone que si el Tribunal opina que á causa de los hábitos y género de vida criminal del culpable es conveniente para la protección pública que permanezca recluído por un largo espacio de tiempo, puede ordenar que á la pena normal de la servidumbre penal se añada una detención de cinco años como mínimum y de diez como máximum. El anteproyecto

(1) Vid. rapport de Garçon al Cong. de Bruselas. *Bulletin de l'Union internationale de Droit penal*, vol. XVII, 2, p. 185 y sigs.



del Código penal austriaco (Septiembre de 1909), establece en su artículo 33 que el que haya sufrido por lo menos dos penas criminales cometida o cometido otro crimen en los cinco años posteriores á la expiración de la última pena, puede, después de cumplir la nueva condena, ser sometido á una detención suplementaria de tres á diez años, siempre que el crimen le haga aparecer *peligroso* y dé lugar á creer que no se abstendrá de acciones punibles. El proyecto de Código penal federal austriaco de 1908, en su art. 31, dispone que los delincuentes que hayan sufrido numerosas penas privativas de libertad é incurran á causa de un delito en una nueva condena á una pena del mismo género, si manifiestan tendencias al delito, á la mala conducta ó al ocio, podrá el juez, en vez de hacerles sufrir la pena pronunciada en la sentencia, enviarlos á una casa de custodia destinada á este fin, donde serán obligados á trabajar y permanecerán en ellos cinco años como *minimum*, si no hubieran sido internados por primera vez, ó diez años como *minimum*, en el caso de internamiento por segunda vez; este internamiento puede llegar á veinte años. Análogas disposiciones se encuentran en el Código penal alemán. También el proyecto de Código penal argentino (1904) acoge este sistema, disponiendo en su artículo 57 para los varias veces reincidentes, la deportación por un tiempo indeterminado que será establecido por el poder ejecu-

● En nuestro antiguo Derecho ya se apreciaba la reincidencia como causa de agravación de la penalidad. Los fueros dados á Caparrós por el rey de Navarra en 1102 ordenan que, al acusado de quien se probare que había robado tres veces, á la cuarta se le impusiera la pena de horca. Las Partidas castigan con pena de muerte al ladrón habitual, al ladrón conocido; igual pena se impone, en caso de robo de ganados si el ladrón «fuere ome que lo aya usado de fazer». También en los delitos de blasfemia la reincidencia influye para la agravación de la pena. La Novísima Recopilación contiene disposiciones de Carlos I y de Felipe II que estiman la reincidencia en los delitos de blasfemia, en los robos y en los hurtos; en tiempo de Felipe V se ordena que los autores de hurtos sencillos, además de sufrir la pena correspondiente fuesen marcados en la espalda con un hierro candente en forma de L «para que, si después volviesen á incurrir en tan detestable delito, tuviese hecha ya la prueba de haberlo cometido anteriormente»; en esta época apréciase la reincidencia en los delitos de juegos prohibidos y en las disposiciones relativas á vagos y rufianes. Nuestro Código distingue la reincidencia genérica y la específica; siempre la condena como causa de agravación; la primera la deja á la apreciación de los Tribunales. Existe reincidencia genérica ó impropia, como dice algún comentarista, cuando el culpable ha sido castigado anteriormente por delito á que la ley señala igual ó mayor pena, ó por dos ó más delitos á que aquélla señale pena menor. Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito (art. 10, núm. 17). Para que esta circunstancia de agravación pueda ser estimada, es preciso que el delincuente haya sido castigado ejecutoriamente, con anterioridad á la comisión del nuevo delito, por otro á que la ley señale igual ó mayor pena (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Octubre de 1872), y puede añadirse «ó por dos ó más delitos á que la ley señale pena menor». Pero, como vemos, es condición imprescindible que haya sido castigado anteriormente á la comisión del delito



en virtud de sentencia ejecutoria. La apreciación de esta circunstancia queda al arbitrio de los Tribunales que la tomarán ó no en consideración, según las circunstancias del delincuente, atendiendo á su mayor perversidad, y á los efectos más ó menos dañosos causados por el delito. Así cuando el nuevo delito no denote mayor perversidad en el autor, no apreciarán los Tribunales esta circunstancia, v. g., en el caso que Viada cita, de un sujeto castigado anteriormente por delito de lesiones menos graves á un mes de arresto, y que después de dictada sentencia firme, comete un delito de lesiones graves por imprudencia temeraria. El Tribunal Supremo ha resuelto también, que «cuando de apreciarse esta circunstancia agravante se hubiese de elevar la pena de un delito de asesinato á la de muerte, y los delitos por que hubiese sido castigado el culpable anteriormente fuesen contra propiedad y no directamente contra las personas, corresponde á los Tribunales hacer uso de este arbitrio á favor del procesado, no apreciando la agravante de este número» (1). Existe reincidencia propia, cuando dicha ó especifica, *cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título del Código* (art. 10, núm. 18). Por consiguiente, la reincidencia propia como la impropia, no se aplica más que á los delitos respecto de las faltas no puede apreciarse esta circunstancia. Además exige el Código como condiciones necesarias, que se haya dictado sentencia ejecutoria *al ser juzgado* el delincuente por el nuevo delito, de manera que no es preciso que dicha sentencia ejecutoria haya sido dictada cuando el delito se cometió; basta lo haya sido al llegar al momento del juicio. La otra condición exigida es que exista cierta analogía entre los varios delitos. El art. 131 del Código se ocupa de lo que algún autor denomina cuasi reincidencia. Dispone este artículo que los que cometieren algún delito ó falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada á cumplir, ó durante el tiempo de su condena, serán castigados conforme á las reglas que en el mismo precepto se indican. El efecto de la reincidencia propia, de la reincidencia impropia y, en general, el de la cuasi reincidencia, es el de imponer, en su grado máximo, la pena señalada para el nuevo delito, que es el resultado que produce la concurrencia de una circunstancia agravante.

En los arts. 88 y 89, trata nuestro Código de la reiteración de delitos. Existe reiteración, dice Silvela, cuando el culpable lo es de dos ó más delitos ó faltas sin haber sido sentenciado por ninguno; de manera que el procedimiento que se sigue para penarlos los comprende todos para dictar también sobre todos una sola sentencia. En este caso determina el Código en su art. 88, que al autor *se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuese posible por la naturaleza y efectos de las mismas*. Y en el siguiente artículo, en el 89, dicta las reglas aplicables para el caso en que las penas correspondientes á las diversas infracciones no pudieran cumplirse simultáneamente.

La materia relativa á la concurrencia de delitos regúlala nuestro Código en el art. 90. Admite aquí dos casos de concurrencia: cuando un solo hecho constituye dos ó más delitos, cuando uno es medio necesario para ejecutar otro. En estos casos, dice el artículo citado, según ha sido últimamente redactado por la ley de 3 de Enero de 1900,

(1) Cit. por Viada, ob. cit., vol. I, p. 311.



se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos.

● La materia expuesta en las páginas precedentes, puede resumirse en los siguientes puntos de vista más importantes:

Contra el principio de la legalidad de las penas, hoy dominante en el derecho penal, ha tiempo que se ha manifestado una reacción, más fuerte cada vez, favorable á la concesión, á los jueces y tribunales, de un mayor arbitrio para la imposición de las penas. Se ha dicho que la infinita variedad y riqueza de la vida, no puede aprisionarse dentro de los estrechos moldes de la ley y que la garantía contra la injusticia de los que mandan, como de los que obedecen, más que en las disposiciones de la ley, se halla en la moralidad interna y en el sentimiento del deber. El Sr. Dorado, después de citar estas y otras consideraciones análogas hechas por un Profesor español, expresa también su creencia en el futuro desarrollo del arbitrio judicial, cuyo completo triunfo tendrá lugar cuando la pena deje de considerarse como un mal y sólo se conciba como un medio de reeducación y de tutela. Estas opiniones, son compartidas por otros muchos penalistas. Este sentido favorable al arbitrio de los tribunales, ha transcendido á los códigos, como lo prueban el Código holandés, y el Código noruego, y á los proyectos más modernos, como los de Alemania, Austria y Suiza. En todas estas leyes, así como en las arriba citadas disposiciones del Código penal español, los tribunales y jueces, al usar del arbitrio que dichos preceptos les conceden, partirán del examen de la personalidad del delincuente y según su naturaleza y el mayor ó menor peligro que ofrece, determinarán la clase y medida de la pena.

Este arbitrio no deberá alcanzar una extensión desmedida; si así sucediera, podría originarse una vuelta al régimen penal anterior á la Revolución francesa, basado en un arbitrio desenfrenado que originó males y abusos sin cuento. Los defensores de la limitación del arbitrio, especialmente los penalistas franceses, quieren que la ley no desmida la defensa de los derechos individuales.

● Al estudiar la reincidencia, los tratadistas las clasifican en genérica, que tiene lugar cuando el delincuente recae en cualquier otro delito, y en específica, cuando la recaída es en el mismo delito ó en delito análogo. Unos quieren castigar siempre la reincidencia, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde el último delito; otros, creen, por el contrario, que pasado cierto tiempo, no debe considerarse ya el estado de reincidencia. También se ha propuesto tomar en consideración, para la apreciación de la reincidencia, las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros; se ha objetado, contra esta opinión, que la independencia recíproca de los Estados no permite que las sentencias extranjeras tengan un efecto ejecutivo en el territorio nacional. Sin embargo, la tendencia que comienza á aparecer en los códigos modernos, es favorable á la apreciación de las sentencias extranjeras, como lo prueban el Código noruego y los proyectos suizo y alemán.

En la concepción que modernamente comienza á formarse de la reincidencia, no se considera ya al reincidente como á un criminal común que á los delitos anteriormente ejecutados y penados suma una nueva infracción. Los criminalistas comienzan á representarse á los reincidentes como á delincuentes de una especie determinada, como á



individuos pertenecientes á un grupo social formado por criminales y gente peligrosa. Este grupo social, tiene rasgos y caracteres sociales que le son propios y que reclaman especiales medidas legislativas. Teniendo en cuenta estas consideraciones que nos muestran á estos criminales como seres particularmente peligrosos, ha aparecido la noción, aplicable con especialidad á esta variedad delincente, del *estado peligroso* del delincuente. Iniciado este concepto por Prins y desarrollado y ampliado por la Unión Internacional del Derecho penal, ha sido objeto de particular estudio en el Congreso celebrado por esta Asociación en Bruselas en 1910. En esta Asamblea se acordó que la ley debe establecer medidas especiales de seguridad social contra los delinquentes peligrosos, ya por su estado de reincidencia legal, ya por sus hábitos de vida, ya por sus antecedentes hereditarios y personales manifestados por los crímenes ó delitos que la ley determina. La determinación de lo que es preciso entender por estado peligroso de delincuente, es una cuestión muy delicada. Alguien ha afirmado que un reincidente puede ser declarado peligroso después de cierto número de condenas; la apreciación de esta cantidad dependería de la naturaleza y gravedad de los delitos. Para los crímenes, podría bastar una reincidencia, para los delitos, se precisarían varias. La declaración de si un reincidente es peligroso, convendría dejarla, en opinión de algunos, al arbitrio de los jueces; pero otros, viendo en ese arbitrio una amenaza para la libertad individual, piden que la ley determine los delitos que pueden probar tal estado peligroso y que esta misma fije las medidas de seguridad aplicables á estos criminales.

Las legislaciones modernas ya comienzan á establecer para este grupo de delinquentes medidas especiales. Aparte de la ley francesa de 1885, sobre la relegación de reincidentes, más modernamente el Código penal noruego de 1903 y la ley inglesa, *Prevention of crime act*, de 1908, disponen para los criminales reincidentes y habituales cuando aparezcan como peligrosos, además de la pena legal á que fueren condenados, una detención suplementaria proporcionada á su temibilidad. El anteproyecto alemán, el austriaco y el último proyecto suizo (1908), contienen disposiciones muy análogas.



# LIBRO TERCERO

## LA PUNICIÓN DEL DELITO

### CAPÍTULO PRIMERO

#### La pena.

#### I

#### Doctrina racional de la pena (1).

«La pena es medicina de la perversidad.»

Plat: «Gorg.» . p. 473, B.

§ 144. La pena (*poena*, ποινή), expresa en su significado general dolor; considerada especialmente en la esfera jurídica, expresa el sufrimiento que cae, por obra de la sociedad humana, sobre

(1) Gobler: «Diss. in Tit. Pand. de pœnis». Marb. 1579. — Duret: «Traité des peines et des amendes». Lyon 1573, 8.º — Forster: «De pœnis». Marb. 1579. — Saur: «Tractatus de pœnis». Francf. 1581, fol. — Vulteius: «De pœnis». Marb. 1589. — Renter: «De generalibus pœnarum». Basil. 1595. — Bats: «De pœnis criminalibus». Tub. 1600. — Athusius: «Tractatus III de pœnis». Gasellis 1611, 4.º. — Polycarius: «De pœnis». Leips. 1615. — Besold: «De pœnis variorum delictorum». Tub. 1621. — Renter: «De pœnis». Argent. 1623. — Renter: «De pœnis». Viteb. 1624. — Herdesia: «De jure natura et differentiis pœnarum». Francf. 1626. — Schwendendörfer: «De pœnis». Leips. 1627. — Boxhorn: «De pœnis». Amst. 1645. — Ludwell: «De pœnis». Leips. 1653. — Schacher: «De pœnis». Leips. 1654. — Ludolf: «De pœnis delictorum». Leips. 1660. — Rachel: «De pœnis». Helmst. 1661. — Lipsdorp: «De pœnis». Upsal. 1665. — Ziebler: «Repet. tit. Dig. de pœnis et C». Leips. 1669. — Schwendendörfer: «De pœnis». Leips. 1669. — Ziebler: «D. de pœnis». Viteb. 1674. — Pisetzki: «De gastinationi. et pœnis». Leips. 1675. — Bardili: «De pœnis». Tub. 1683. — Franckenstem: «De pœnarum subjecto». Basil. 1684. — Below: «De pœnis». Viteb. 1690. — Bredehof: «De pœnis». Ultraj. 1692. — Schimmelpennink: «De pœnis». Lugd. Bat. 1694. — Vanderhoff: «De pœnis». Lugd. Bat. 1704. — Mathiosen: «De pœnis». Lugd. Bat. 1712. — Renter: «De jure divino circa pœnas». Kil. 1712. — Keetlar: «De pœnis». Lugd. Bat. 1718. — Rucker: «De pœnis». Francf. 1718. — Van Geruen: «De pœnis». L. Bet. 1724. — Alefeld: «De natura pœnarum humanarum». Giess. 1724. — Van Ruster: «De pœnis». Ultraj. 1724. — Iselin: «De pœnis jure naturali licitis vel illicitis». Basil. 1724. — Scheidlin: «De pœnis delictorum». Aug. Vind. 1740. — D' Anthes: «De pœnis».



aquel que ha sido declarado autor de delito. Ulpiano definía la pena como *noxae vindicta* (1), sin que deba verse en la voz *vindicta* el concepto vulgar de la venganza individual. La fórmula de Ulpiano señala la eficacia de la convivencia social contra el delito: el acto del *vim dicere noxae*, y por eso considera la pena como la actividad jurídica de la sociedad humana, que se contrapone al acto antijurídico del individuo. Una segunda definición de la pena fué dada en el mundo moderno por Hugo Grocio, que dijo: *Poenae est malum passionis quod infligitur ob malum actionis* (2), definición que sería mal interpretada si se creyera que marca como carácter de la pena la retribución del mal por el mal; lo que quiso significar el gran publicista holandés con dicha expresión fué otra propiedad esencial de la pena. La noción de Ulpiano considera la pena desde fuera, en sus relaciones con el delito y sin indicar su contenido. La noción de Grocio añade este contenido. No se dice que la pena sea un mal en sí, lo que se afirma es que la pena es *malum passionis*; la pena no es el *sufrimiento de un mal*, sino el *mal de un sufrimiento* que tiene como razón de ser el mal contenido en una acción criminosa. Sin embargo, falta todavía algo á la definición de Grocio, pues que no señala el fin á que debe dirigirse aquel sufrimiento que forma el contenido de la pena; la locución *ob malum actionis* designa el por qué en los casos singulares la pena debe aparecer, expresa el supuesto necesario de la pena, esto es, el delinquir, la actividad que se presenta como rebelde al imperio del Derecho; pero no fija de un modo cierto el fin del *malum passionis*. Y precisamente la determinación del fin es en las instituciones sociales lo más importante, por ser lo que determina racionalmente las condiciones y los límites de las acciones humanas, ya realizadas por el individuo, ya por la sociedad. Por eso, con razón se envanece la ciencia después de Beccaria de haber investigado más ampliamente el aspecto teleológico, el fin de la pena.

Arg. 1751. — De Hölta: «De natura poenarum». Traj. ad. Rhen. 1754. — Gutcauer: «De poenis earumque modis». Leips. 1785. — Gutjahr: «Pena y punición» (alem.). Leips. 1800. — Gruner: «Ensayo sobre las penas» (alem.). Gott. 1799. — Triller: «De poenis». Viteb. 1791. — Natale: «Intorno l'efficacia e necessita delle pene». — Bentham: «La idea de la pena» (alem.). Berl. 1808. — Bentham: «Théorie des peines et de récompenses». Par. 1826. — Marcucci: «Della legittimità positiva e negativa della pene». Lug. 1835. — Alauzet: «Essai sur les peines». Paris 1842 1863. — Röder: «Commentatio an poena malum esse debeat». Heid 1839.

(1) L. 131, D. de verb. sign.

(2) De jure belli ac pacis, lib. II, c. 20, I.



Según los principios ya expuestos anteriormente (Prolegómenos C. Iur., § 3), la pena debe negar la negación del Derecho contenido en el delito. El fin último de la pena es *negar el delito*, no ya en el significado vulgar de hacer algo que no se haya realizado, pues que *quod factum est infectum fieri nequit*, sino más bien en el sentido de anular el desorden contenido en la aparición del delito, reafirmando la soberanía del Derecho sobre el individuo. Esta integración del Derecho violado abraza en su concepción todos los demás fines asignados por los varios sistemas científicos y que pretende sean fines fundamentales de la pena. La intimidación o asociación psicológica para impedir el delito, la seguridad social individual, ya en cuanto á la persona, ya en cuanto á los bienes, impedir, ó por medio de la amenaza de la pena, ó por la ejemplaridad del castigo infligido que el número de los delitos crezca, la corrección de los individuos manchados por el delito, sea por el temor, sea por la disciplina, son todos ellos efectos útiles y perceptibles de la pena, siempre que esta vaya dirigida al fin de la afirmación del Derecho. La pena es, pues, como dice Ulpiano, *ut vindicta*; es indudablemente, como dice Grozio, *malum passivum quod infligitur ob malum actionis*; pero es también remedio infligido á hacer que el Derecho reine como inviolable en la humana convivencia, y por eso podemos integrar la noción de la pena jurídica viendo en ella una retorsión del Derecho por obra del Estado sobre la individualidad humana, á causa del delito por este cometido, la cual pena consiste en hacer sufrir alguna privación en nombre del Derecho, proponiéndose reconstruir la violada soberanía jurídica, como elemento esencial del organismo ético de la sociedad humana. Así la pena puede definirse: «el acto de la sociedad que en nombre del Derecho violado somete al delincuente á un sufrimiento como medio indispensable para la reafirmación del Derecho».

De esta noción se deducen algunos principios que reunidos constituyen la teoría general de la pena; de ellos, unos se refieren al contenido de la pena, otros á sus relaciones con el delito y con el delincuente.

§ 145. La pena debe contraponer la fuerza del Estado á la fuerza del individuo: debe *vim dicere*, esto es, reprimir aquella actividad individual de que el hombre ha abusado. El individuo que fué sujeto activo del delito llega á ser sujeto pasivo de la pena, y como el delito tuvo por causa la libertad humana consciente de sí



misma y de la ley, esta libertad debe sentir la presión á que es sometida en nombre del Derecho. La pena debe consistir, pues, en algo que constriña á la libertad del delincuente y sea sentida por el delincuente como coerción, y coerción derivada del Derecho. La pena debe ser productora de un sufrimiento, de un dolor; debe consistir en un *pain quiddam*, para que la justicia quede satisfecha. Nótese que evitamos decir que la pena debe contener un mal para el individuo; la retribución, á nuestro juicio, no significa mal para mal, y no creemos que la pena deba ser el *mal del delincuente*. Para nosotros, retribución quiere decir que al falso placer causa del delito, debe seguir un dolor. Desde el punto de vista subjetivo, el delincuente podrá sentir aquel dolor como un mal y creerlo tal mal; pero desde el punto de vista objetivo, la restricción, la privación que se inflige al delincuente no debe ser un mal para él, sino más bien un justo dolor como consecuencia del ilegítimo e injusto goce del delito. Y esta es la significación que concedemos á nuestro concepto de la retribución, siendo preciso añadir que el hombre, al ser sometido á la pena debe sentirla como dolor y como consecuencia de la inviolabilidad de la ley por él violada. Lo que significa también que la muerte y la demencia hacen imposible el cumplimiento de la pena, y que el sujeto del castigo no puede ser otro que el hombre que tenga conciencia de sí mismo y de la esfera de sus derechos.

Pero esta eficiencia productora de dolor en el delincuente debe tener un límite. No debe atacar la integridad de la personalidad humana, pues si con la pena se negara el derecho de la personalidad en el delincuente, se negaría también su deber jurídico de ser sometido á la pena, ya que el Derecho de personalidad representa la aptitud indeleble del hombre para ser sujeto, no sólo de derechos, sino también de obligaciones jurídicas. La pena que llegara á negar la personalidad humana se negaría á sí misma como institución jurídica, y se convertiría en un acto de fuerza mayor ejercido por la sociedad sobre el individuo. Por otro lado, no es la personalidad humana la que engendra el delito; la causa de éste se halla en la libertad, de la cual abusa el delincuente. En una palabra; el hombre delinque, no en cuanto él es, sino en cuanto él obra, y por eso la actividad y no la existencia del individuo, la actividad, que es aquello sobre que el Derecho impera, llega á ser rebelde al Derecho en el delito. Por consiguiente, esta actividad jurídica en su esfera de acción puede ser disminuida por la pena, pero no el De-



hecho de la personalidad humana. De aquí se deduce la consecuencia de que no puede ser contenido de la pena la destrucción de aquello que *inhaeret personae*. El aniquilamiento de lo que es conditio indispensable para la subsistencia de la personalidad humana, es el límite á la acción de la potestad social en la punición del delito, y por eso los castigos corporales que lesionan la integridad del organismo físico, la infamia que ataca la integridad de la persona moral, y la extinción de la vida individual, no pueden ser el contenido de la retribución jurídica, no pueden formar la materia de la pena.

§ 146. La pena debe ser cualitativamente correspondiente al delito, y por lo tanto debe negar la actividad en cuanto se ha abusado de la misma al delinquir. Esta correspondencia entre la pena y el delito se ha creído por muchos que no podía ser posible sino del lado del paralelismo, porque se ha considerado que para tener como justa una pena asignada en el Código á un delito dado, hay un criterio que nazca de aquel delito y aquella pena, sino que á lo más puede considerarse como justa una pena y aquel solo determinado delito, cuando se miran aquella pena y aquel delito en sus relaciones con todo el sistema de penalidad, esto es, con los otros delitos y las otras penas. Ciertamente que hay algo de relativo en la elección de las penas y en la designación del *que* y del *cuanto* para los delitos particulares; pero de esto no se deduce que no haya ninguna relación intrínseca entre una pena dada y un delito dado. El término de comparación entre el *homicidio* y la *cárcel* se halla en el común elemento que ambas cosas nos presentan, esto es, en la misma actividad del hombre que es la que se ha de someter á castigo, por haber sido la que negó el Derecho. Una primera manifestación grosera y ruda de esta correspondencia, es el talión material (*oculus pro oculo, dens pro dente, anima pro anima*). Mientras en la sociedad incipiente el individuo busca la venganza respondiendo á la ofensa sufrida con otra ofensa semejante, la autoridad social cree realizar el principio de la igualdad con la *similitudo supplex*. El talión material comprende en cierta unidad indistinta é indivisa, el *tal* y el *tanto*, el elemento cualitativo y el cuantitativo; imita la misma perversidad del delincuente, realizando sobre él y contra él, aquel mismo hecho que él ha realizado sobre otro y contra otro. Esta similitud material, es en cierto sentido más que proporción; pero con frecuencia niega toda proporción, porque puede dos hombres cometer cada uno un homicidio voluntario, y el



castigarlos á ambos con pena de muerte, cuando los dos hechos cuantitativamente son muy distintos uno de otro, es faltar á la proporción entre la pena y el delito é incurrir por consiguiente en manifiesta injusticia. En el talión, la gravedad del delito está limitada por la intrínseca oposición con el principio del Derecho, con el Derecho en sí, sino más bien por la naturaleza del hecho exterior y material que aparece. La sociedad jurídica no puede persistir en esta ruda manera de concebir la pena y su correspondencia con el delito. La conciencia jurídica de los pueblos empieza por decirse á sí misma que la pena es negación del delito, y por eso, al infligirla el Estado, no debe imitar al delincuente en su acción, no debe repetir aquel hecho que él mismo considera criminoso. El principio de igualdad asume así una forma espiritual que corresponde al despertar del espíritu en el mundo exterior, es la conciencia de sí mismo, y á la *similitudo supplicii* sustituye el principio de la proporcionalidad bajo la doble forma de la *cualidad* y de la *cantidad*. La proporcionalidad cualitativa y la proporcionalidad cuantitativa vienen en cierto modo á compenetrarse la una en la otra, en cuanto que una cualidad de pena puede representar una cantidad mayor ó menor de castigo, y la cantidad es también una de las cualidades de la punición. Y la proporcionalidad, consistiendo en imitar el hecho criminoso, significa que delitos de diversa naturaleza deben ser castigados con diferentes clases de penas (*Distinctio paenarum ex delicto*), y que á cada delito se aplica la pena según todas las posibles gradaciones internas.

De aquí se deducen varios principios:

a) El primero es, que no se une á cada delito una misma clase de pena; por eso en las legislaciones de las sociedades civilizadas la punición adopta varias formas, ya negando la actividad patrimonial, ya la actividad libre de las personas, ora la integridad física del hombre, ora la integridad moral, ora la vida. Y así surgen las varias penas, esto es, las varias privaciones y sufrimientos, los que se concreta históricamente la ausencia general de la pena sin que respondan todas las formas históricas de la punición á un principio fundamental.

b) Es preciso establecer como una *gradación de los varios delitos* y formar según esta misma gradación la llamada *escala de las penas*, de modo que la penalidad ofrezca un paralelismo entre los varios delitos y los varios castigos.

c) Las varias clases de penas deben ser divisibles y graduables.



contenido, precisamente para que se pueda seguir la variedad del delito en todas las posibles gradaciones de aumento y disminución.

147. La pena debe limitarse á la persona del culpable. No vemos que esta afirmación necesite amplia demostración, ya que castigar el delito no es otra cosa que castigar al hombre en cuanto es causa libre é inteligente del mismo. Pero de aquí surgen otros teoremas jurídicos, á saber:

a) Que en la legislación penal sería una injusticia castigar á un individuo por un hecho de otro; y sin embargo, no siempre las leyes positivas han respetado el principio *peccata suos teneant auctores*, sino que frecuentemente los hijos fueron sometidos á pena por delitos de los padres.

b) Otra manifestación de la personalidad de la pena está en que debiendo afectar únicamente á la personalidad del delincuente, es preciso evitar todo lo posible aquellas clases de penas cuya ejecución se revela como atormentadora, no sólo del delincuente, sino también de otras personas dependientes de él. Esto no es posible conseguirlo de un modo absoluto, porque toda pena produce efectos indirectos que recaen, en más ó en menos, sobre los inocentes; pero el legislador debe abstenerse de extender aquellos efectos más allá de lo puramente inevitable.

c) Hay, por último, una afirmación que se refiere á la condición práctica para la realización de la justicia penal, cual es, la de que nadie puede ser castigado si no está irrevocablemente conicto de delincuencia, esto es, si no se halla declarado autor cierto de un delito cierto. Una pena por transacción sería negatoria de la justicia penal, y por eso un juicio de condena como consecuencia jurídica de una declaración debe ser el supuesto de la pena en concreto, esto es, de la efectiva aplicación de una pena dada á un delito dado. *Nulla paena sine crimine*.

§ 148. Si la pena debe representar la retorsión del Derecho mismo y no la venganza, ni del individuo, ni de la sociedad, debe aparecer en la esfera social como un hecho que deriva del Derecho y no del capricho humano. Este fin se obtiene cuando la pena no es arbitraria, sino cierta, y se halla preestablecida en una ley igual para todos. *Nulla paena sine lege*. El juez no puede infligir su capricho, ni una clase de pena, ni una cantidad de ella; la elección y límite de la pena deben reservarse al legislador, á quien corresponde la determinación del delito en general, *sine accep-*



*time personarum*. Solamente porque la pena debe ser proporcional al delito en todas sus posibles gradaciones, es preciso, como ya lo hemos demostrado, que la ley misma, para la fijación de las agravaciones y atenuaciones del delito, deje al juez que examine de cerca el hecho criminoso en su concreción individual, distribuir el castigo con relación á la gravedad del delito, dentro de ciertos límites: una regla de punición invariable para todos los casos, es una imposibilidad para un legislador previsor. Pero si la pena aparece como obra del Derecho, en cuanto está fijada por la ley es administrada por el juez á quien la misma ley nombra, también porque supone el juicio de la delincuencia, que como los demás juicios humanos está sujeto á error, es preciso que en la elección de las varias formas de punición se eviten aquellas penas que muchas veces infligidas hacen imposible toda reparación del error; la pena debe ser, pues, *remisible y reparable*. No se crea que por esa *reparabilidad de la pena* deba entenderse la posibilidad de anular todas las consecuencias dañosas que una pena produce en el individuo que la sufre; en este sentido ninguna pena puede decirse que es irreparable, pero no cabe duda que la justicia penal debe también prepararse á sí misma el camino para que sus errores sean en todo lo posible reparados, cuando se presente la necesidad de esto. Es verdad que los años de cárcel sufridos por un inocente no pueden volver como años de libertad, pero hay también la posibilidad de que declarado el error, cese la continuación de la pena; hay también la posibilidad, cuando el hombre sobrevive á la pena, de que vengan á mitigar los sufrimientos padecidos injustamente, compensaciones morales y materiales.

§ 149. Teniendo la pena como fin la restauración del Derecho, es menester que á la vez que aparece como coerción, venga en lo posible á redimir al hombre caído, á conducirlo de nuevo á la vida jurídica, extirpando de su ánimo las causas productoras del delito y creando en él aquellos hábitos que suelen prevenir la recaída. A semejanza de la enfermedad física de la que es preciso combatir la causa, la pena debe ser en todo lo posible medicina del alma (*ἐκτροπή τῆς ψυχῆς*), extirpando la causa del delinquir. En las sociedades bárbaras, donde el sentido predomina sobre la razón se toma como causa del delito la causa material. Así, el autor de los delitos de incontinencia se le ataca en los órganos de la generación, el falsario se le corta la lengua, al ladrón la mano, y en general, se castiga el delito en el órgano que sirvió para su perpetración. Pero



de aquel modo grosero y bárbaro se va desenvolviendo poco á poco en concepto más elevado, cual es el de que la pena debe extirpar la voluntad del delinquir, como verdadera causa motriz del delito; así se van estudiando las varias causas de las varias familias de delitos.—Y el concepto de la extirpación del delito en su causa eficiente sustituye al de la supresión del órgano material, como sistema de mejora y reeducación de los delincuentes en la cárcel ó colonia penitenciaria. No es que el legislador deba proponerse de un modo absoluto como único fin de la pena, la enmienda del delincuente, sino que debe hacer algo para que aquella represión jurídica, legítima en sí misma como coerción derivada del Derecho, llegue á ser verdadera reafirmación del Derecho, debido á su constante tendencia á invocar el Derecho en aquel individuo que se ha puesto en contradicción con sus principios. Por esto la enmienda de los delincuentes, sin ser el fin fundamental de la pena, sino más bien como función encargada de conducir al hombre al orden social, es elemento integrante y condición esencial de la pena misma para que esta consiga en todo lo posible el fin á que va encaminada, de reafirmar el Derecho negado por el delito. Y este nos parece ser el fundamento de aquella afirmación tan brillantemente formulada por Rossi y á cuya realización tiende la legislación penal de la época presente, esto es, que la cárcel con el trabajo y la reeducación del hombre, deberá llegar á ser la pena por excelencia de las sociedades civilizadas.

§ 150. Cuando se cumplen estas condiciones, la eficacia de la pena es la de restaurar el orden social reafirmando el Derecho y negando el delito. Como negación del delito, la pena lo extingue, y en este sentido decimos que la pena es expiación; como restauración del orden social, es justa retribución que proviene del Derecho sobre aquel que conculcó sus preceptos. Y aquí se presenta como evidente una última afirmación con la cual se expresa por qué no admitimos la fórmula de que la pena sea la retribución del mal por el mal. La pena tiene la forma y las apariencias de un mal, en cuanto es un *sufrimiento*, un dolor, una restricción, una privación, una coerción, esto es, en cuanto limita y constriñe la actividad humana consciente de sí misma; pero en el fondo, la pena es un bien. La pena es un bien en el orden ético del mundo como negación del mal del delito, y aunque para el individuo puede aparecer como un mal, es su bien real, porque consiste, no en una expiación que destruye, sino en una expiación que redime.



La pena es un bien para la sociedad toda, en cuanto que aplicada reafirma el principio del Derecho ante la sociedad misma; dirige su vida según los principios de la justicia; sin contar que además de este intrínseco elemento de bien, contiene otro intrínseco, cual es el de inspirar en los ánimos dispuestos a la violación del Derecho un saludable temor, y en la conciencia de los individuos y de las multitudes la mayor seguridad posible respecto á la incolumidad y firmeza de los derechos de todos y de cada uno.

## II

*La pena en el Derecho positivo vigente.*

Genera poenarum enumeranda sunt quae  
Praesides officere quemque possint.

Ulp. I. 6, § D. de poen.

§ 151. En las legislaciones de los varios pueblos, la pena ha apareciendo durante el lento desarrollo de muchos siglos bajo formas más rudas y atroces. Las primeras manifestaciones de la penalidad se expresan en los sacrificios humanos y en la bárbara venganza de la sangre. El concepto religioso de la *hostia piacularis* para aplacar la Divinidad ultrajada por el delito, y el *resentimiento* privado que no queda satisfecho sino cuando se infiere al ofensor un mal mayor ó por lo menos igual á aquel por él inferido, informaron los primeros orígenes de la penalidad en los diversos pueblos; y á estos principios se añade otro posterior, al irse desenvolviendo las relaciones todas de la vida social, cual es el de que es preciso castigar fuertemente para intimidar á los criminales y asegurar á la sociedad y á los individuos de la violencia de los malvados. Así la historia de las penas presenta desde los orígenes de la civilización humana hasta la segunda mitad del siglo xvii, una serie de castigos escogidos con todo refinamiento de crueldad, y en los cuales bien podría decirse que los legisladores rivalizaban en fiera con los mismos delincuentes. Las varias especies de castigos trajeron su origen de los varios bienes de que disfrutaba el hombre, y sobre estos vino á extender su mano prepotente la autoridad social. Las multas enormes y la confiscación de patrimonios apagaron la avaricia pecuniaria de los gobiernos; la deportación á apartados lugares fué considerada como un medio útil para purgar á una sociedad de seres incorregibles; la cárcel fué acompañada de toda clase de



malos tratamientos; la mutilación, la marca, la infamia, la degradación, la fustigación y la perpetuidad de algunas penas fueron usadas con mano pródiga. Y como remate de este edificio, se reservó la pena de muerte con una gran variedad en sus modos de ejecución y con gradaciones de solemnes aparatos y de atroces tormentos. Esta fué la manifestación de la justicia penal en la historia de la humanidad hasta que en 1764 se levanta la voz de Beccaria. Desde entonces se inicia la reforma en la esfera del Derecho penal y se siente universalmente la necesidad de templar la crueldad de los legisladores en materia penal. Y así, en la legislación contemporánea el principio de la pena correccional ha empezado a reemplazar su eficacia frente al de la intimidativa, y al patíbulo va a sustituirse la cárcel que regenera. Pero todavía hay mucho que hacer para que la escala de la penalidad de las modernas legislaciones sea tal que satisfaga las exigencias de la justicia y de la humanidad en la punición del delito. Este es el espíritu que anima el sistema penal acogido por nuestro Código, que trataremos de enunciar absteniéndonos de criticarlo y de hacer cualquier otro comentario sobre el valor jurídico de las varias especies de penas que en él se hallan consignadas.

§ 152. Ante todo, expongamos los principios reguladores del Derecho positivo sobre la pena y la elección de penas. Estos principios pueden formularse del siguiente modo.

1) La pena no se halla abandonada al arbitrio judicial, sino que está fijada por la misma ley, y no de un modo inflexible como una absolutamente determinada sino que se deja al criterio del juez cierta extensión dentro de un máximum y un mínimum. Por nuestro Código, al mismo tiempo que establece que nadie puede ser castigado más que con las penas impuestas por la ley (1), y que éstas no puede el juez aumentarlas, disminuirlas ni cambiarlas sino en los casos expresamente determinados por la misma (2), fijar la punición de los delitos particulares deja amplia esfera a la facultad de apreciación del juez, permitiéndole en algunos casos escoger la clase de pena y recorrer los varios grados de la señalada.

2) La pena es igual para todos en virtud del principio de la igualdad jurídica, *sine acceptione personarum*.

(1) Art. 1.º Cód. vig. italiano.

(2) Art. 29 Cód. italiano.



3) La pena se limita á la persona del delincuente. Por este un lado han sido abolidas aquellas instituciones de los tiempos antiguos que en algunos delitos hacían expiar á los hijos inocentes las culpas de sus padres, y de otro desapareció la monstruosa *humana publicatio* ó confiscación, cuyas consecuencias caían siempre sobre los desgraciados é inocentes descendientes.

4) La pena no puede ser cumplida sino en virtud de juicio firme que irrevocablemente declare á una persona culpable de un delito cierto, ya que la irrevocabilidad de la condena es el supuesto necesario de la ejecución de una pena sobre un individuo determinado, no cabiendo la aplicación provisional de aquella.

5) La pena conserva el carácter fundamental de la intimidación acogiendo el elemento de la corrección del culpable en combinación con el progreso verificado en la importante ciencia de las prisiones (1).

6) La pena debe ser pública para que la conciencia jurídica que conoce el delito, conozca también su castigo, siendo este el medio de restauración de la autoridad de la ley. Por eso la sentencia de condena á cadena perpetua será extractada y fijada en el lugar donde el delito se realizó, en el lugar donde ha sido pronunciada y en el lugar donde el condenado tenía la última residencia (Art. 43.)

7) La pena no puede tener como materia la lesión corporal. Los azotes, las penas mutiladoras y todas aquellas que atacan la integridad de la persona física, no están incluidas en el número de las penas legales vigentes.

8) La pena no castiga tampoco la integridad moral del hombre, y así no existen como penas en nuestro Derecho vigente, la azorra, la marca y otras que además de atormentar son infamantes. Lo cual no impide que la consecuencia de algunas penas sea la interdicción para realizar algunos actos de la vida pública, ó la restricción de los derechos civiles ó políticos del condenado.

§ 153. Uno de los más capitales problemas que el Código italiano de 1889 ha tratado de resolver, es el de la transformación del sistema penal para sustituir á los trabajos forzados, al patíbulo

---

(1) En el vigente código italiano ha disminuído mucho el elemento intimidativo al desaparecer la pena de muerte y las formas penales que castigan el mismo corporal, como la cadena al pie, establecida por la legislación anterior. En su lugar, se ha dado más intervención al elemento correccional, puesto que la prisión, en combinación con el trabajo, ha llegado á ser la pena por excelencia.



cárcel en común, naturalmente depravadora, un sistema de punición en el que se obra sobre la misma actividad del hombre de un modo coercitivo; por eso la prisión con el trabajo ha llegado á constituir la pena por excelencia, dividida en la forma gravísima de la prisión perpetua como el sucedáneo de la pena de muerte, en la forma grave de la cárcel penitenciaria y en la forma leve de la cárcel simple, añadiendo á estas penas otras inferiores como coeficientes de secundaria importancia. Así:

1.ª La cárcel perpetua y con rigurosísima disciplina, se ha conserado para los delitos más graves, con el nombre de *ergastolo*.

2.ª La cárcel como *reclusión temporal* fundada en la disciplina penitenciaria del sistema irlandés, es la pena de los delitos (*delitti*) general; y como *detención*, sin los rigores del sistema penitenciario, ha quedado reservada sólo para aquellos delitos que no resultan en el culpable impulsos de perversión moral.

3.ª A estas dos clases de penas se añaden otras tres, que son: a) la *interdicción perpetua ó temporal de los funcionarios públicos*; b), el *confinamiento* que limita la libertad individual sin privar de ella completo al culpable; c), la pena pecuniaria de *la multa*.

4.ª Una penalidad que sin dejar de tener el carácter propio de las penas que castigan los delitos está especialmente destinada á las contravenciones de política, comprende el *arresto*, la *suspensión de ejercicio de una profesión ó arte*, y la pena pecuniaria de la *inhabilitación*.

5.ª Por último, el Código reconoce otras especies de penas, pero como *modo de castigo* sustituido en los delitos mínimos á la pena principal, ó como *pena accesoria*, ya de la reclusión, ya de la detención. Así hay, de un lado la *reprensión judicial*, de otro la *inspección especial de la policía*.

El carácter peculiar del sistema penitenciario irlandés, que es la *rehabilitación progresiva* del delincuente acompañada de la inspección de la *libertad condicional*, la regla del cómputo de la cárcel en custodia preventiva en la duración de la pena, una más benigna mitigación de la pena de cárcel á la pena pecuniaria en caso de imposibilidad de su cumplimiento, y la pena sujeta á condición suspensiva en los delitos leves hasta llegar á caducar después del transcurso de cierto tiempo sin haber recaído, señalan al nuevo Código, en cuanto á la escala penal, un puesto importante en la historia de la legislación.

154. Para completar la exposición del sistema penal italiano,



es preciso hablar de la privación de los derechos políticos y civiles como efecto de condena. Si la pena, según nosotros, no puede atentar la personalidad humana en sí misma, la esfera de actividad jurídica del hombre bien puede ser materia sobre la que extienda su acción limitativa. Puesto que el hombre ha negado con el delito la igualdad jurídica atribuyéndose lo que la ley niega a todos, puede muy bien realizarse en justa retribución una deficiencia que se compense en esa esfera el exceso derivado del abuso de la libertad. A la violación del Derecho que supone un empeño de colocarse sobre la condición de los otros, sigue la coerción que pone al delincente en una situación de inferioridad con relación á los demás, constituyéndose de un modo negativo la igualdad. Únicamente sería excesiva la negación completa de la capacidad jurídica, considerar á un hombre colocado fuera de la ley, porque en tal caso, la pena no sería ya con relación á él una manifestación del Derecho, sino un hecho de prepotencia de la sociedad humana sobre su fuerza mayor á la del individuo. Por consiguiente, sin abolir la capacidad jurídica, la ley penal puede prohibir el ejercicio de los derechos humanos, ya en la vida pública, ya en la vida privada. Con el carácter de pena, é infligir esta interdicción, ó bajo la forma de una pena principal, ó bajo la forma de pena accesoria; pero cuando tiene este último carácter, la ley no debe infligirla como consecuencia de una pena principal determinada (porque entonces tendría el carácter de pena infamante), sino como consecuencia jurídica y penal de un delito dado.

En la historia del Derecho, al mismo tiempo que las formas rudas y bárbaras de una penalidad que atormentaba al organismo corporal, se presenta la abolición de la personalidad jurídica. La servidumbre de la pena, la *capitis diminutio maxima*, aparece en el Derecho romano como la consagración de algunas penas graves que por esto recibieron el nombre de penas capitales. *Servile caput nullum jus habet* (1). El extremo *supplicio*, la *condemnatio ad metalla ab bestias*, la *interdictio aquæ et igni* llevaban consigo la *capitis diminutio maxima*. La *damnatio ad opus publicum perpetuum* y la *deportatio in insulam*, producían únicamente la pérdida del *jus civitatis*. Sin embargo, Justiniano transmitió en la Novela 52 (c. 8.º), la siguiente máxima: *Nullum ab initio bene natorum ex supplicio fieri servum*; pero el uso común conservó la locución de *servitus paenalis*. En las leyes de la Edad Media aparece la institución germánica del *ex lege*, relacionada con el estado social de aquella época. Los



o *proscriti* ó *forjudicati*, eran considerados como enemigos públicos. Una Constitución de Federico II en la Italia meridional determinó que se les considerase como muertos, y poco á poco se fué entendiendo el concepto de *la muerte civil*, en virtud de la cual, el hombre vivo se tenía como muerto para la sociedad jurídica, esto es, despojado de todo derecho ante el Estado. Esta institución de *muerte civil* se organizó también en el Código francés, según el cual, el hombre, considerado como inexistente con respecto al Derecho, perdía la propiedad de sus bienes, los cuales pasaban á sus herederos como si hubiera fallecido *ab intestato*, y ya no podía sunder ni transmitir á título de herencia, ni disponer de sus bienes *inter vivos* ó *mortis causa*, ni adquirir nada de ninguno de esos modos sino para alimentos, y á la vez que se le impedía contraer un matrimonio que produjera efectos civiles, se disolvía el anteriormente contraído.

En Italia, la ley napolitana de 1819 derogó la absurda y monstruosa ficción de la muerte civil, y afirmó que sólo se pierde el ejercicio de los derechos por efecto de condena á penas que produzcan esa privación. El art. 44 del Código civil albertino reproponía toda la teoría del Derecho francés, y sobre esta base el Código de 1859 estableció para las condenas á pena de muerte ó trabajos forzados en vida, la pérdida de los derechos políticos y civiles indicados en el art. 44 del Código albertino, además de otras incapacidades jurídicas. Pero esto fué modificado en sentido más racional y benigno por el decreto de 1861, y fué completado por el Código vigente en el tit. 3.º, en que trata «de los efectos y de la ejecución de las condenas penales», estableciéndose la interdicción perpetua de los empleados públicos, como consecuencia jurídica de las penas graves, y la interdicción temporal para las penas que tengan ese carácter. Además, la condena á prisión perpetua priva al condenado de la patria potestad, de la autoridad marital y de la capacidad de testar, anulando el testamento hecho antes de la condena (art. 33).

A muy limitadas proporciones reduce el autor el tratado que se titula *La punición del delito*. Constitúyenlo sólo tres capítulos, en los que sumariamente se expone la doctrina racional y legal de la pena, aunque reconozcamos el acierto con que Pessira, dentro de su criterio, ofrece los puntos más culminantes de la materia del presente libro. Pero, no hemos de ocultar que tenemos por excesiva su brevedad, y que quisiéramos tomemos en consideración el plan total de su excelente obra;



y tanto es así, que ante los precedentes sentados para nuestras acciones, desde luego advertimos la imposibilidad de ser fieles á ella en esta parte, viéndonos obligados á prescindir de desarrollos doctrinales, que apenas hallarían pretexto en el contenido de aquellos capítulos, y de referencias circunstanciadas á los artículos del Código, que tampoco hallarían acomodo fácil y darían extensión desproporcionada á nuestro trabajo. Marchando, pues, sobre las huellas del autor (tal es nuestro deber), apuntaremos las diferencias que de él nos separan en los puntos que trata; reduciremos las adiciones á lo más indispensable para que no se ignore el sesgo que pretende imprimir á la presión la nueva escuela, y condensaremos el espíritu y contenido de la ley española en los preceptos correspondientes á cada caso.

De lo que en notas anteriores escribimos (singularmente en la introducción y preliminar), puede juzgarse de nuestra opinión sobre que el autor tiene por doctrina racional de la pena (de la pena formal por supuesto); y, desde luego, el considerarla ante todo como un sufrimiento, ó como un dolor, parécenos erróneo, ó al menos insuficiente, cuando menos. Toda definición que empieza por decir que la pena es un mal, se nos antoja definición formulada por un congresista de penados, aunque nos conste que son juristas, muy honestos y muy respetables, los que así empiezan á definir, sin perjuicio de hacer á renglón seguido salvedades y distinguos, ó de usar frases atenuadas como las que nuestro autor emplea. Y no es que tengamos en duda que en los medios punitivos acogidos por las leyes, y aun por las actuales, falte el *pati quiddam*, ni que olvidemos que el dolor ejerce influjo poderoso y saludable en el ánimo y en la conducta de los hombres; pero por lo mismo que la penalidad histórica es tantas veces remedo abominable del abominable proceder del delincuente; por lo mismo que el dolor que cura y redime es muy otra cosa que el sufrimiento buscado é impuesto directamente por el poder superior social, rehuímos el reconocimiento y la aceptación de aquellas rutinarias fórmulas, en las cuales sólo se aprecia el lado sensible y se omite el carácter esencial de la pena. Para el jurista, lo primero que debe resaltar en ésta es su naturaleza jurídica, el ser una parte de la condicionalidad que sirve de contenido al derecho; la condicionalidad exigida para reparar la perturbación criminosa, cuya condicionalidad hecha efectiva por el Estado oficial, está limitada por los elementos de que éste dispone para la propia reparación, con vista de la perturbación y de los elementos que son peculiares al sujeto perturbador y perturbado. Como tal condición jurídica, la pena es un bien y no puede serlo de serlo, y el aspecto de dolorosa ó atormentadora del reo, más de esencia en ella, ni debe ser contemplada ex profeso para señalar la materia. Sólo en un respecto cabe sostener que es de necesidad que resulte, porque encontrándose aquel á quien la pena se inflige en estado antijurídico, el bien que se le impone, contrario á él, habrá producido un sufrimiento más ó menos durable, según lo que la perturbación y el torcimiento de la voluntad duren hasta ser sustituidos por la verdadera pena, que el criminal acaba por imponerse, al desvelarse claramente ante su conciencia el mal de su acción, de que se duele y abomina, y el bien del derecho, que reconoce y ama. Para llegar á este último resultado, reclama el delincuente los medios que la función reformativa del Estado supone y que aparecen en primer término como restrictivos, porque privan á aquél de la libertad exterior de que ha abusado y puede abusar con daño suyo y de la sociedad; que siguen siendo medicinales en cuanto buscan la curación de la enfermedad psíquica.



la domina, mediante los remedios enérgicos y eficaces que el aislamiento, el trabajo, el ejemplo, la exhortación, la regularidad de movimientos y actos, el estímulo de un interés legítimo, la obligación y utilidad de resarcir los perjuicios causados, etc., proporcionan; y que, al perder los caracteres señalados, vienen á revestir, al fin, el de proclividad de su estado y de su resistencia moral, cuando lo que cede el poder de la acción inmediata, constrictora y directiva del Estado, pasa al favor de los ensayos de iniciativa y de agitación de sus fuerzas propias que por grados obtiene el penado. De esta sucinta enumeración (que no siempre es menester que se realice en todas sus partes, aunque puede á las veces reputarse suficientemente eficaz un simple ejemplo como v. gr., la privación ó suspensión de un cargo en cuyo ejercicio se abusó, y hasta la mera conminación á virtud de la llamada *condenación condicional*, celebrada y combatida, pero, á nuestro ver, muy admisible dentro de prudentes límites); de esta sucinta enumeración, decimos, se desprende: 1.º, que la pena racional jamás trunca absolutamente el destino humano, ni anula ni degrada las prerrogativas fundamentales de la personalidad, ni constituye estados definitivos que cierran el camino á toda rehabilitación; 2.º, que la pena es para el delincuente, ó, mejor, para cada delincuente, por lo cual su *individualización*, exigida por lo que de peculiar tiene el derecho que á cada uno corresponde en razón de su estado, es postulado de justicia; 3.º, que para esta individualización de la pena, son estimables el *qué* y *cómo* del delito, y merecen toda la consideración que concede el agente; pero, al fin, la adecuación y proporcionalidad de la pena refiriéndose á éste, y la previa tasa de la duración de ella pecará siempre de aventurada y arbitraria; 4.º, que entre los distintos sistemas penitenciarios que cuenta la moderna historia de la penalidad, ha de parecernos preferente aquel en que no se descuide ni la restricción y tranquilizadora, en que se fijan ante todo los espíritus egoistas y miope, ni las medidas con que se prepara y adiestra al recluso para la vida en la vida ordinaria á que ha de volver; medidas que obtienen complementos valiosos en benéficas asociaciones privadas, allí donde la caridad y la cultura noblemente alientan: 5.º, que el auxilio regenerador ó el influjo tutelar que á la pena se asigna, puede, y aun debe, comprender aquellos medios terapéuticos y profilácticos (sin metáfora) que tal vez demande el estado físico del corrigiendo, y con que la ciencia médica pueda contribuir al logro del fin apetecido. Ya sabemos que las exigencias de la higiene más elemental y los beneficios de este orden que el trabajo manual reporta, no deben faltar en toda prisión regida; pero nuestra indicación va más lejos, porque sin caer en el extremo de reputar como verdadero enfermo á cada delincuente, y exigir su acción de la culpa, y dar de mano á la responsabilidad moral, es posible reconocer en casos dados elementos mórbidos ó estados patológicos predisponentes, que han debido llevar á la producción del hecho punible su tributo, y acaso pongan su obstáculo á la intentada reforma. ¿Por qué el médico no ha de ejercer en la cárcel su sacerdocio para que la pulmonía ó el tifus ó la vesania declarada afecten al inquilino de una celda, que ha de ser trasladado al hospital, ó una epidemia mortífera obligue á más radicales cambios y atenciones? ¿No nos habla de neurastenia, de alcoholismo tóxico, de formas nosológicas, *larvadas*, etc., etc., que por la indudable influencia de lo físico en lo moral pueden tomarse en cuenta...? ¿Será siempre ocioso tonificar los nervios ó depurar la sangre, á la vez que se baten las cata-



ratas de la inteligencia y se detergen y cicatrizan las llagas de la voluntad?

Y no se jacten los modernos criminólogos de arrancar estas deducciones á los que no pensamos como ellos en punto á lo que son y significan el delito, el delincuente y la pena. Todo lo que á ellos se le ocurre enfrente de esos males ó de esas anomalías, es... cortar por lo sano, dar muerte al criminal, transportarle á lejanos países poblados por fieras y antropófagos; y cuando se trata de utilizar los progresos científicos en la humanidad que padece del crimen, proponer repugnantes procedimientos para conseguir la impotencia ó la esterilidad de aquellos seres que habrían de engendrar descendencia de su misma ralea, carne de patíbulo ó carga de exportación... Y he aquí que nos encontramos con la oportunidad de decir algunas palabras sobre la teoría represiva de esa escuela, que, á semejanza de lo que ofrece el hablar del delito, aspira á sorprender la embriología de la pena por debajo del hombre y en las primitivas sociedades humanas, combate á brazo roso y velloso los criterios de punibilidad reinantes y los medios punitivos actuales, y termina por esbozar su plan de defensa social correspondiente, siquiera la novedad de él aparezca más en las palabras que en las cosas. Respecto á aquella embriología cabe aducir razonamientos semejantes á los que apuntamos con ocasión de la embriología en la criminalidad: si se circunscribe el examen á las puras apariencias externas, la similitud no es difícil de encontrar, y las acciones y reacciones que la naturaleza acusa en el orden más distante del mundo de la razón y de la conciencia, podrán parangonarse sin escrúpulo con el delito y la pena que en la sociedad humana se descubren. Prestar á ello la misma elasticidad que otorga el uso á ese vocablo y que Carrara ponía de resalto al advertir que la palabra «pena» encierra tres significaciones distintas: 1.<sup>a</sup>, en sentido *general*, expresa cualquier dolor ó cualquier mal que causa dolor; 2.<sup>a</sup>, en sentido *especial*, designa un mal que se sufre por razón de un hecho nuestro, ó malvado ó imprudente, y aquí se comprenden todas las penas naturales; 3.<sup>a</sup>, en sentido *especialísimo*, indica aquel mal que la autoridad civil impone á un culpable por causa de su delito. A lo que añadimos nosotros (*La nueva ciencia penal*, pág. 191): «ateniéndonos á algunas de estas particularidades de acepciones (á la primera, por ejemplo, y no llevando el purismo á decir con Langel que el animal conoce el sufrimiento, no el dolor), claras es que no puede negarse que el animal, en cuanto ser sensible, sea capaz de pena, y que la pena haya dejado de existir en momento alguno de la historia. Que el vulgo suele dar á la palabra pena un sentido material, lo demuestra el viejo adagio, rechazado afortunadamente por la ciencia y por el sentimiento: «El loco por la pena es cuerdo». A no poner empeño en confundir lo que sustancialmente difiere entre sí, y cerrar los ojos ante la prolija labor de la ciencia jurídica y tapar los oídos á los clamores del sentido común, nadie puede conceder importancia ulterior á los hechos de animales inferiores que Lombroso recoge para dar sustento á su *poético transformismo penal*; y en lo que atañe á lo que fué la pena en remotos tiempos (simple pago, mera compensación del daño, sin fondo ético, sin transcendencia ni enlace en el orden moral), no sólo se ve un aprecio superficial y una material interpretación de los fenómenos históricos, con propósito de no educir el *spiritus intus*, el sentido humano que palpita tras de su apariencia externa, sino que se aumenta lo sorprendente é inextricable del misterio al encontrarse con el hecho penal moderno, tan complejo en sí, tan entrelazado en los más altos problemas de la vida, tan espiritual en



tendencias, tan arraigado en la conciencia general, con caracteres de explicación satisfactoria dentro de aquel criterio. Y por cierto que entre los argumentos de distinto género que la escuela expone, figura el filológico, que hace derivar la palabra pena de la griega *πῶνη*, por lo que esta la que mejor responde á la doctrina sostenida; y como quiera que el autor acepta tal etimología, bueno será recordar que la opinión es unánime, y hay quien la deriva de la también griega *πῶνος* (trabajo, fatiga, sufrimiento), ó del sanscrito *punya*, con la raíz *pu* (purificar, de donde sale el *puṣ*, fuego, purificación perseguida por la influencia religiosa), ó, sin salir del idioma del Lacio, de *pondus* (peso, cuanto el peso de la pena restablece el equilibrio de la balanza, inclinada por el delito). De todas suertes, claro es que el argumento ni sería decisivo, ni muchísimo menos.

El positivismo penal cierra contra el pretendido derecho de castigo, tema de tantas controversias, y contra la pena entendida al modo metafísico, con los supuestos de libertad, culpa, derecho, corrección, mérito; sustituye esos viejos vocablos con los de *defensa del organismo social, medios represivos, eliminación*, etc.; y viene á construir su sustancia su teoría en estos sencillos términos: el todo colectivo orgánico siente la ofensa del delito como un resultado de factores varios, que se opone, al aparecer, á sus leyes de vida y desarrollo, y ante ese ataque se defiende hasta el punto que es necesario para mantener y proseguir su natural proceso; el criminal, al producir el delito, revela su inadaptabilidad al medio en que se halla, y este medio repele, le elimina, con mayor ó menor energía, según que ese defecto de adaptación resulta en mayores ó menores proporciones; la base del delincuente, deducida de su examen antropológico, y revelada por los hechos ó, por mejor decir, ratificada ó evidenciada, le hace temible en grados diversos; esa *temibilidad* sirve de término proporcional á la represión; esta represión no debe detenerse ante otros límites que los exigidos para la seguridad definitiva del agregado.

Tal teoría, como se ve, resucita bajo otra forma al socialismo antiguo, que en nombre del Estado, absorbente y avasallador, buscando la intimidación, el escarmiento, trajo á la penalidad un cúmulo de honores. Sin variar el nombre, hablemos de la defensa social, como si no se hubiera demostrado hasta la saciedad que no puede darse propiamente este dictado á la función punitiva que el Estado oficial ejerce, y como si, aun dándolo por bueno, cupiesen en el derecho penal todos los medios que la sociedad cuenta y ejercita para su mantenimiento y progreso. Tomando prestado á las ciencias naturales su vocabulario, pretende expresar con los términos de adaptación; eliminación, selección y otros tales, algo que, ó es un simple cambio de voces, una ingeniosa referencia comparativa ó fenómenos y estados ya conocidos, ó tomado en rigor literal, y por equiparación completa, conduce al error y al absurdo. El Profesor Magri ha reunido copia abundante de hechos que desmienten la eficacia de la selección, propuesta y desenvuelta principalmente por Garofalo. La *temibilidad* que se invoca como base de la represión, es un concepto tan vago é indeciso, cuando menos, como los que el positivismo combate, so pena de no recurrir, con inconsecuencia visible, á reglas y presunciones establecidas de atrás; y el pronunciar sobre esa base un veredicto irrevocable de la inadaptabilidad absoluta de un delincuente, repugna á la razón y en la realidad carece de fundamento. Desconocer en el medio represivo que haya de aplicarse toda consideración personal, fuera de que el reo «no le sea agradable», es justificar la barbarie de los castigos



que en las rojas páginas (de sangre y de vergüenza) registra la historia, desarmarse ante las iniquidades futuras, escarnecer la condición humana, y ahogar en las almas los impulsos generosos, las elevaciones del sentimiento y las divinas expansiones que constituyen su gloria verdadera.

Al romper, sin embargo, esta escuela con la lógica del sistema, que la llevaría, de serle fiel, á consecuencias que la gran mayoría de sus adeptos rechaza, acorta la distancia efectiva que la separa de otras escuelas; y sin recurrir á esa ruptura, y aunque discordando en los fundamentos, es indudable que la aproxima á nosotros su insistencia en conceder á la índole del delincuente una significación decisiva para la imposición de la pena; lo cual, en cierto respecto, equivale á aquella individualización de ella y á aquella repulsa de su previa tasa de que antes hablamos.

\* \* No hay en nuestro vigente Código un verdadero sistema á cual responda rigurosamente la penalidad que establece. De la lectura de su articulado y de los comentarios escritos por distinguidos juristas y consultos, algunos de los cuales hubieron de tener intervención directa en la formación de él, ó en la del anterior, del que apenas difiere en puntos sustanciales, dedúcese que un eclecticismo, reputado como prudente y oportuno, fué el temperamento dominante; pero un eclecticismo que en lo *consciente* sólo reparte su alcance al principio de la expiación ó de la justicia absoluta, tan arraigado en la opinión común y al criterio de utilidad, puesto en calidad de cortapisa por los que se daban como peritos en achaques legislativos. Hablamos de eclecticismo consciente, y sin ánimo de mortificar en lo más mínimo el buen nombre de autores y comentadores ilustres; porque si ese eclecticismo parece salir en ocasiones de los límites á que aquellos términos le condenaban, no se ve entonces tan claro lo reflexivo del propósito, que á serlo, hubiera desterrado de la obra legal ó traído á la interpretación y á la crítica disposiciones y conceptos que allí permanecen y faltan aquí. —Reducir en número los casos en que se aplica la pena capital y no señalarla como única posible en ellos; convertir en nominal el dictado de perpetuos con que son calificados otros castigos; abolir casi totalmente los infamantes; sustituir con la acumulación jurídica la acumulación material de penas antes adoptada para el *concurso delictorum*: he ahí, entre otras, reformas que nosotros referimos al eclecticismo *inconsciente*, ya que parece que responden á un espíritu distinto del que capitalmente informa el Código y la doctrina, respirado, como sin saberlo ni advertirlo, en la atmósfera creada por adelantos científicos y sentimientos insensiblemente difundidos en la opinión.

El Código no define la pena, y las reglas generales contenidas en los arts. 22, 23, 24 y 25, no consignan cosa alguna importante que afecte á esta primera consideración. El art. 26 enumera todas las penas y las clasifica á la vez: las penas llegan á treinta y según su clase son: aflictivas, correccionales, leves, comunes á las tres anteriores, y accesorias. En las aflictivas figuran, con la muerte, la cadena, la reclusión, la relegación y el extrañamiento (así perpetuos como temporales), el presidio y la prisión mayores, el confinamiento y la inhabilitación (que puede ser absoluta ó especial, y, una y otra, perpetua ó temporal); en las correccionales, el presidio y la prisión correccionales, el destierro, la reprensión pública, la suspensión (de cargo público, derecho de sufragio, profesión ú oficio) y el arresto mayor; en las



res, el arresto menor y la reprensión privada; en las comunes, la multa y la caución; y en las accesorias, la degradación, la interdicción civil, el comiso y el pago de costas. De esta enumeración resulta, que el legislador escogió materia de pena en la vida, la libertad, la propiedad, y, en algún modo, el honor de los ciudadanos. Sobre la vida recae la pena capital, tan combatida desde Beccaria acá desde distintos puntos de vista, y sólo hoy defendida en el terreno científico con entera dignidad de mejor causa, aunque con verdadera falta de lógica dentro de sus doctrinas, por algunos criminólogos positivistas. —Sobre la libertad, puede decirse que recae la gran mayoría de los castigos relacionados; pero hay que distinguir según que la privación comprende toda la libertad exterior, ó la libertad del domicilio, ó la libertad de desempeñar y disfrutar funciones, derechos ó cargos; en el primer grupo caben las cadenas, las reclusiones, los presidios, las prisiones y los arrestos con las variantes provenientes de su duración, del lugar en que han de cumplirse y de la reglamentación del trabajo correspondiente, que dan motivo para las diferencias de unas á otras penas de distinto nombre, y para los calificativos especiales que cada una recibe, en el segundo grupo entran el extrañamiento y el destierro (que sirven de morar en determinado espacio), y la relegación y el confinamiento (que imponen un punto fijo de residencia); en el tercer grupo hallan colocación las inhabilitaciones y suspensiones y la interdicción civil. —Sobre la propiedad recaen la multa, el comiso, el pago de costas y la caución, aunque los efectos que ésta trae sobre los bienes de fortuna inciden en persona distinta del reo, por lo cual no la consideran algunos como verdadera pena, siquiera, para Spencer, este procedimiento, mediante fiadores que respondan de la inocuidad futura del criminal, represente un sistema casi completo y preferible. —Sobre el honor recaen la degradación y las reprensiones, aquélla imponiendo una nota deshonrosa á la persona, con cuyo motivo, y dado que las penas infamantes, de que ésta es residuo, fueron abolidas, pídese también su abolición; y las reprensiones tendiendo á despertar ó fortalecer el pundonor (ó punto de honor) en el sujeto que, por la índole de la interdicción realizada, no necesita por el momento mayores estímulos para volver al buen camino.

Claro es que en las agrupaciones que acabamos de formar por nuestra cuenta, no nos hemos ajustado á la opinión corriente, en la cual, por ejemplo, sólo se entiende que son penas privativas de la libertad las que se cumplen en los establecimientos carcelarios, é indudablemente lo son en primer término; y claro es, asimismo, que ni las penas admitidas en el Código, ni ningunas, reducen su influencia al punto exclusivo que nos sirve para señalar la materia de cada grupo: ¿quién dudará de que cualquiera pena atrae deshonra para el sujeto que la sufre, aunque esto en realidad dependa de lo que motivó su imposición, el delito, y de la desconfianza que inspira, acerca del cambio posible en la conducta del agente, la actual organización de las prisiones? ¿Quién dudará de que, recluso un hombre en la cárcel ó exiliado de su hogar, ha de resentirse su hacienda y podrá acaso resentirse su vida? Estas incidencias ó accesiones tácitas, así como las que trascienden á la familia de los condenados, si no evitables en realidad, pueden y deben ser evitadas en lo posible; poder y deber de la ley española no satisface según fuera de desear.

Los dictados con que ésta distingue las diferentes clases de penas, revelan desde luego aquel espíritu que inspira el Código y los vicios de la clasificación misma; á las penas del primer grupo de la titulada



escala general se las llama *aflictivas*, como enderezadas á buscar la aflicción, el dolor, el mal del sujeto pasivo de ellas, á guisa de compensación ó expiación del mal que causó al delinquir; y al formar este grupo con seis penas que se califican de *correccionales*, parece que se reconoce que las veinticuatro restantes carecen de esta cualidad, para nada tienen en cuenta la reforma del penado. Y la verdad es que *aflictivas* lo son todas, ó se apetece que lo sean, y *correccionales*, en el sentido recto de la palabra, no lo es ninguna, incluso las que se denominan así. Adecuaría mejor con el pensamiento del legislador calificar de graves á las unas y de menos graves á las otras, con lo cual el título de penas *leves*, asignado á las del tercer grupo, resultaría más congruente, aunque esta congruencia volvería á faltar al compararnos con el último grupo de penas *accesorias*, que con esta distinción suponen la existencia de otro término, omitido, el de penas *principales*, de cuyo carácter aflictivo, ó correccional ó leve, ó grave ó menos grave, tomarán el suyo de este respecto, que no puede menos de alcanzarnos en la realidad de las cosas. Además, ninguno de los grupos queda completo, porque el mismo legislador declara que hay penas (la multa y la caución) que pueden entrar en cualquiera de los tres primeros grupos, en razón de su cuantía (art. 27), y las hay principales que pueden entrar en la agrupación de las accesorias (art. 28).

Que la corrección del culpable apenas halla cabida en el ánimo y en el plan del legislador, no sólo se descubre por aquel vicioso empleo del nombre de correccionales, aplicadas á las penas, sino por la manera en que se dispone y enuncia lo tocante á su duración, ejecución y cumplimiento, por las reglas de aplicación de los castigos, por el modo de entender y resolver lo relativo á la prescripción y al indulto, y, en suma, por todo el contenido del articulado del Código que permite esa apreciación; ratificándose ésta, entre otros fundamentos análogos, por el criterio que preside á la concesión de gracias generales (de lo cual tenemos reciente ejemplo) y por el estado en que se mantienen los establecimientos carcelarios, á cuyo gobierno se refiere, como de pasada, el art. 100. En lo que pone empeño principal el legislador, es en referir el delito y sus modalidades á la pena que le corresponde, pretendiendo, sobre todo, la proporcionalidad cuantitativa, cuando lo que á la ley toca propiamente es la analogía ó cuantitativa. Ese empeño resulta irrisorio, porque la práctica apenas acusa verdaderas diferencias en las penas privativas de la libertad exterior, y de conformarse con la teoría, se ha calculado que para una población penal de 20.000 condenados serían precisos más de 2.000 establecimientos penales diferentes. Por eso escribe con razón el Sr. Silvela que «esta parte del Código ha sido, es y será siempre un bello ideal, si por ello puede entenderse una cosa absoluta y totalmente irrealizable, aunque no ha sido ni es el ideal de la ciencia penitenciaria». Para obtener aquella correspondencia entre la culpabilidad y el castigo (índole de los hechos punibles y variedades interiores posibles de cada uno con vista á los momentos de su vida ó generación, á la clase de participación que en él se tuvo, á las circunstancias agravantes ó atenuantes), el Código marca grados, máximo, medio y mínimo, á las penas divisibles, y agrupa las penas en escalas que también llama graduales y llegan á seis, según el art. 92 que las especifica, guardando las penas de cada escala la analogía posible y el tránsito de una á otra la posible proporción. La aplicación de las penas, con arreglo á esas bases, es objeto de reglas, para cuya más clara inteligencia adjunta el Código tablas demostrativas y los tre-



listas comentarios y cuadros, constituyendo todo ello lo que se llama *parte artística* de la ley, tan censurada por los positivistas, no sin algún motivo, lo califican de mecanismo habilidoso, mal adaptado con las exigencias de la viva y varia realidad.

No discrepa por eso nuestro Código de lo que son hasta el día sus congéneres de otras naciones, ni faltan en él aquellos principios que consideran como expresión de los progresos conquistados en el campo de la penalidad. Prescindiendo de la pena de muerte, que Italia decidió á abolir en su nuevo Código, si bien manteniendo en el *errotulo*, por vía de transacción, un rigor incompatible con el sentido que pudo animar aquella gran reforma, y prescindiendo también, si quiera no sea achaque privativo de la legislación penal patria, de la importancia suprema concedida á la intimidación y de la escasísima otorgada á la enmienda del reo, el vigente Código reconoce la igualdad de todos los ciudadanos ante la justicia penal, fuera de las justas modificaciones reclamadas por el sexo, la edad, etc., del sujeto pasivo; limita el arbitrio judicial, y en este punto va por cierto más lejos lo conveniente, aun dentro del sistema preconcebido; restringe las penas á la persona del delincuente, con sólo la excepción de la pena de multa, excepción que pide pronta modificación; no admite los castigos que lesionan el organismo corporal, ni los que atacan la integridad moral, á no ser cuando hace característico de las cadenas el llevar una al pie los penados y cuando dispone la degradación; declara la publicidad de las condenas, y en la ejecución de las de muerte acepta esto mismo, debiendo preceder á aquéllas solemne juicio, en que la inocencia encuentre las inexcusables garantías; quita á las penas el carácter de perpetuidad, siquiera la duración de las que normalmente le conservan sea excesivo, y el medio elegido para trocarlas en temporales poco satisfactorio.

Por fortuna, las reformas que se han llevado á cabo en el Enjuiciamiento criminal, donde todavía se pronuncia más el espíritu progresivo que buscamos, sirven para amenguar hasta cierto punto graves defectos de la legislación positiva á que nos referimos, la cual en el día de su reforma, tan anunciada y no cumplida, podrá seguir en buena parte al nuevo Código italiano, que con sus *penas paralelas* de privación de la libertad exterior y su aceptación del sistema penitenciario irlandés ó de Crofton (aparte de otros particulares dignos de ser imitados), se acomoda más con la doctrina general por nosotros sustentada, según hubimos de proponer al Congreso jurídico de Barcelona en 1888.

● La teoría correccional, cuyos orígenes se encuentran en la filosofía jurídica de Krause y cuyo desenvolvimiento posterior débese á Boeder, considera la pena como el medio racional y necesario para promover la corrección y mejora de la voluntad injustamente determinada del delincuente. La pena, en esta teoría, tiende á conseguir que el criminal se abstenga en lo futuro de cometer nuevos delitos: pero no se conforma con que esta abstención del mal sea meramente exterior, pretende que á la rectitud de los actos externos corresponda una rectitud interna, una voluntad buena y justa. Cuando la voluntad del delincuente ha alcanzado este grado de perfección moral, muerta en la torcida disposición de la voluntad que le condujo á quebrantar la ley, entonces puede considerarse que la pena ha alcanzado plenamente su fin jurídico.

Como el criminal, dentro de la esfera de su criminalidad, es inca-



paz para el derecho, se ha de someterle á un procedimiento para volverle al sentido de la justicia. Este procedimiento es para el culpado un derecho, en cuanto es medio para volverle al estado de condicionalidad recíproca con sus semejantes, y aun cuando él pueda sentirlo como un mal, como un dolor, no es, ni debe ser esta la intención de la pena. La pena, pues, dentro de este sistema, pierde el carácter de mal y de sufrimiento y se considera sólo como el medio más adecuado para la corrección del delincuente. La pena reviste aquí un sentido completamente tutelar y protector, pues considerando que el delincuente se encuentra, á causa de su voluntad injusta, incapacitado para hacer buen uso de su libertad exterior, y de su derecho á ella, y determinando que debe considerársele privado de este derecho, dentro de los límites precisos, mira al delincuente como un menor de edad en este respecto, como necesitado de una segunda educación, mientras no destruyan de un modo inequívoco las causas de su injusticia. «De modo que todo procedimiento verdaderamente justo respecto de los delincuentes, lleva en sí necesariamente el carácter de una tutela con respecto á individuos ó á asociaciones que se hallen en un grado superior de educación por lo que toca á la justicia de su voluntad. Ahora viene que esto puede y debe obrarse en parte negativamente — alejando de numerosas ocasiones y estímulos exteriores para el mal, que alejan al hombre todo de las malas compañías — en parte *directa y positiva*, prestando los medios necesarios, hasta donde sea posible al estado de su libertad si solo y sin auxilio de las asociaciones á este fin establecidas, creando, guiando, fortificando y haciendo que la voluntad criminal se ejercite en la práctica de la justicia, bajo una constante vigilancia, que atienda con todo respeto y cuidado al gradual desenvolvimiento de la capacidad del delincuente para gobernarse por sí mismo, hasta que, merced á la costumbre, la disposición habitual de su voluntad armonizada ya con el Derecho, se convierta en una segunda naturaleza.»

Dentro del espíritu de esta teoría no tienen cabida la pena capital, las penas perpetuas, y aun las temporales que sólo se proponen, según la frase de Roeder, hacer inofensivo al reo por los únicos medios de la llave y del cerrojo; estos medios solamente proporcionan una seguridad meramente exterior que no tiene valor alguno ni moral ni jurídico. Esta teoría sólo admite como penas correccionales algunas penas de privación de la libertad, penas de prisión, cuyo rigor, mayor ó menor, se determina exclusivamente por la necesidad de procedimientos que deben medirse en completa conformidad al citado fundamento y fin jurídico de la pena. Dado el espíritu de esta teoría se comprende que la pena no puede fijarse en la sentencia de antemano de un modo invariable. Las sentencias no serán definitivas, sino reformables, aumentando ó disminuyéndose posteriormente la pena, según los progresos del reo en el camino de la corrección y mejora de su voluntad injusta (1).

● La escuela positiva fundamenta la penalidad en la eliminación del delincuente que con su delito ha demostrado su incapacidad

(1) Karl. D. A. Röder, *Besserungsstrafe und Besserungsstrafanstalten als eine Forderung. Eine Berufung an den gesunden Sinn des deutschen Volks*, Leipzig y Berlin 1864; Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena* (traducción de D. Francisco Giner), Madrid 1876; Röder, *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios* (traducción de Romero Girón), Madrid 1875.



adaptación á la vida social. «Todo delito, dice Garofalo, significa la falta de adaptación á la vida social entera, ó á un solo aspecto ó parte de la misma; en otros términos, indica que el individuo tiene la *capacidad para el crimen*, que no se reconoce en los demás hombres ó que no sería posible afirmarla, ó que se supone que no existe. Por lo tanto, cuando la sociedad se encuentra en presencia del *delito natural*, es completamente inadmisibile la «certeza de que su autor no podría cometer otros». Mas en tal caso su acción no habrá sido un delito, puesto que éste es incompatible con la existencia ó con la fuerza del sentido moral. Si, pues, existe carencia ó debilidad del sentido moral, hay siempre posibilidad de nuevos delitos». Ahora, en los casos en que se reconoce esta *capacidad*, no puede seguirse tolerándola, y el individuo en quien se manifieste debe ser eliminado de la sociedad. Con esta eliminación se tiende á producir de modo artificial una selección análoga á la que naturalmente tiene lugar en el orden biológico. En el orden biológico la selección tiene lugar espontáneamente por la muerte de los individuos que carecen de aptitud, mientras que en el orden moral, como el individuo es apto físicamente para la vida y no puede vivir fuera del medio social, la selección debe tener lugar *artificialmente*, es decir, mediante el poder social. Así la selección social se hará mediante la muerte de los delinquentes inadaptables, ó mediante su segregación en establecimientos penales, ó su expulsión del territorio. Sin embargo, no siempre, no obstante la existencia de un delito, hay necesidad de eliminar al delincuente; en aquellos casos en los que no aparezca imposible la adaptación del criminal á la vida social, la represión puede tomar la forma de una mera *coercición á la reparación de la ofensa*. Por consiguiente, en esta teoría la represión penal adopta dos formas: la *eliminación* y la *reparación de daño* (1).

● La Unión Internacional de Derecho penal representa, en cuanto á la concepción de la pena, algo así como un punto de transición entre las teorías de la escuela clásica y las de la escuela positiva. La pena, según las teorías expuestas en el seno de esta asociación, es un acto de defensa social. Esta defensa se realiza unas veces mediante la intimidación, otras mediante la corrección del delincuente ó mediante la reparación ó la expiación; en una palabra, según los casos, la defensa social se realizará de modo diferente. Lo que caracteriza muy especialmente las teorías de la Unión, es la importancia que consagran á las medidas de prevención de la criminalidad. No hace muchos años, en una de sus asambleas, Liszt, uno de sus miembros más eminentes, ponía de relieve este carácter de la pena como acto de defensa social. La pena, decía, es algo muy diverso de una entidad jurídica, tendencia, respecto de la penalidad, añadía, no se detiene en el sistema de las penas propiamente dichas. La pena es uno de los medios empleados en la defensa social, pero es un medio incierto y peligroso, arma de doble filo, que no hiere solamente al criminal, sino también á su familia inocente y á la sociedad misma.» Hay otros medios más seguros y menos costosos: los medios preventivos (2). La misma opinión ha emitido en la misma asamblea otro de sus miembros más caracterizados, el Profesor Garraud. Las penas, decía, no son completa-

(1) Garofalo, *La Criminología*, tercera parte.

(2) *Bulletin de l'U. I. D. P.*, vol. XI, p. 95.

*Elementos de Derecho penal.*



mente inútiles; pero en el combate contra la criminalidad no son los únicos medios ni los más eficaces. La pena no está destinada a hacer expiar al culpable el mal del delito, es un simple instrumento de defensa social (1). Este carácter de la pena como acto de defensa social lo encontramos enérgicamente defendido por otros penalistas, necesarios también á la U. I. D. P., como van Hamel (2), Vidal y Dormand (4) y en algún otro.

● Una de las más interesantes concepciones jurídicas sobre la pena es, sin duda alguna, la mantenida por Bernardino Alimena. También para este autor el fin de la pena es la defensa social. El libre, dice, no tiene el derecho de castigar, tiene solamente el derecho de defenderse dentro de los límites de lo justo, que es el símbolo jurídico de lo necesario. La pena como fin inmediato se propone la segregación del delincuente poniéndole en la imposibilidad de causar daño alguno, sujetándole al mismo tiempo á una disciplina correctiva. Como fin mediano aspira á obrar á modo de un contraimpulso criminal, á la conciencia de todos. Niega este autor, contra lo sostenido por los clásicos, que la medida de la pena pueda fundamentarse en una relación de analogía ó proporción existente entre el delito y la pena, pues es imposible, porque el delito y la pena son incommensurables, y entre uno y otra no hay término medio alguno. Esta medida se deduce de otros criterios, pero nunca de esta hipotética relación. La pena debe ser también *suficiente y necesaria*, pues si excedía de lo necesario no llegaba á ello, sería injusta. De estas consideraciones deduce el autor los caracteres que la pena debe reunir. Esta debe ser *correctiva*, debe consistir en un dolor, no porque la pena sea penitencia sino porque si no contuviese un dolor, no podría constituir un castigo contrapuesto al delito. Pero la ley debe aspirar á producir la mayor eficacia defensiva posible con la menor cantidad de dolor. La pena debe ser *correctiva*. Aun cuando la enmienda no sea su único fin, debe, dentro de los límites de lo posible, tender á conseguirlo. La pena debe ser *individual*, es decir, debe recaer solamente sobre el condenado sin perjudicar á ninguno de los miembros de su familia. Debe ser *elástica*, esto es, adaptarse á todos los casos concretos que pueden presentarse. También debe ser *reparable*, pues la justicia humana no es infalible. Debe ser *legal*, que no pueda imponerse como la ley dispone. La pena debe ser *igual*, lo cual no significa que todos sean sometidos á la misma pena, sino que aquéllos que se encuentran en idénticas condiciones sean sujetos á igual pena, y que existan penas para personas privilegiadas y penas para personas comunes. La pena debe ser *cierta* en el sentido que ninguno pueda escapar á ella. Cuando se reúnen todas las condiciones enunciadas la pena es *justa* (5).

● Inútilmente buscaríamos en el articulado de nuestro Código la noción ó descripción de la pena. Tan sólo ha establecido éste algunas

(1) *Bulletin U. I. D. P.*, vol. XI, p. 103 y en *Précis de Droit criminel*, p. 16.

(2) *Bulletin U. I. D. P.*, vol. XI, p. 104 y sigs.

(3) En el segundo Congreso nacional francés de Derecho penal, *Rev. Pen.* 1907, p. 1194.

(4) En el mismo Congreso, *Rev. Penitentiaire*, 1907, p. 1195.

(5) Alimena, *Principii di diritto penale*, vol. II, Napoli, 1912, p. 98 y sigs.



principios aplicables á las penas, más bien reglas que principios, que nada nos dicen del concepto que de la pena se ha formado nuestro legislador. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración (art. 22). Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena (art. 23). El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal (art. 24). No reputarán la detención la prisión preventiva las medidas tomadas durante el proceso ó para instruirlo, ni las correcciones disciplinarias impuestas por los superiores á sus subordinados, ni las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles (artículo 15). Para formarse una idea de lo que es la pena, según nuestro Código, de sus fines y de sus cualidades, es preciso, como Silvela indica, penetrar el pensamiento del legislador. Los comentaristas del Código de 1848 afirman, casi unánimemente, que esta obra legislativa es ecléctica. D. Cirilo Alvarez, uno de sus autores, dice que no predominando en aquella sociedad ningún sistema exclusivo, á ninguno podía obedecer el Código; pero, sin embargo, observa que, aunque secundariamente, predominan la teoría de la *intimidación* y la de la *justicia* inteligente y reflexiva como correctivo del temor de la pena merecida. De igual modo se expresaba en 1852 la Junta del Colegio de Abogados de Madrid. Después de afirmar que el Código había nacido en una época en la que no reinaba un sistema filosófico, y en la que era preciso amalgamarlos todos, termina diciendo que sus autores se inspiraron en todos los sistemas, en todas las ideas.

Pero si se examinan los preceptos del Código, dice el Sr. Silvela, se verá como esto no es enteramente exacto, al menos en cuanto al concepto de la pena, «lo cual reviste un marcadísimo carácter de expiatoria, algún tanto de defensa de la sociedad, y apenas nada de correccional». Y nada tiene esto de extraño, pues D. Joaquín Francisco Pacheco, que de sus autores era el más científico, era partidario de la teoría de la justicia absoluta, y como en ella predomina el principio de la expiación nada de particular tiene que predomine en el Código. Don Cirilo Alvarez y D. Tomás M. Vizmanos, conformes con el pensamiento de Pacheco, definían la pena: «el mal que se causa al infractor de la ley penal, por la voluntad de esta ley». Pero la pena como expiación, como retribución del mal por el mal, era entonces un principio tan arraigado entre los juristas, y aun entre el vulgo, que nadie pensaba en 1848 que al partir de tal supuesto se seguía una determinada escuela filosófica y se aplicaba un principio exclusivo. Poco variaron las cosas en 1870. Entonces, aun cuando las ideas del correccionalismo encontraron muchos adeptos en España, no se contaban entre ellos en número preponderante los jurisconsultos sino los filántropos, los políticos, los hombres de administración, y por esta razón estas teorías apenas encontraron eco en el nuevo Código. De igual manera que Pacheco representaba en la comisión que hizo el Código de 1848 el espíritu científico, así lo representaba D. Alejandro Grouzard, en el seno de la Comisión que lo reformó en 1870. Ahora bien; para este comentarista, la pena es un mal que el culpable quiso porque quiso el crimen, y por esto se le impone, «no como reparación, no por vía de corrección ó enmienda, sino, ante todo, como acto y fin de justicia». Nada tiene, pues, de extraño que el Código se adapte á estas ideas y responda completamente á ellas. Sobre si este es el criterio mantenido en el Código, no cabe la más pequeña duda. Véase.



dice Silvela, el deseo llevado hasta la puerilidad de determinar de una manera casi matemática, en cantidad y calidad, la pena correspondiente á cada delito, como si una vez especificado en qué consiste la deuda, se quisiera dejar con la misma precisión establecido en qué consiste la paga, para que el que quiso el delito sepa que, por este mismo hecho, quiso necesariamente la pena que es su consecuencia. Demuéstralo también el principio de acumulación, que era absoluto en los Códigos de 1848 y 1850, y que se mitigó algún tanto en el de 1870. Lo demuestran las penas perpetuas que son incompatibles, no con la defensa social y con la prevención, con la corrección del culpable. Seis eran, además de la de muerte, estas penas en el Código de 1848; seis mantiene también el Código de 1870, aunque expresando «que los condenados á ellas serán indultados á los treinta años, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves no fuesen dignos del indulto á juicio del Gobierno». Junto á estas penas perpetuas había en el Código de 1848 cuatro penas que podían durar veinte años, y estas cuatro penas se conservan en el Código actual. Hasta el carácter y la materia, hasta el nombre de las penas, no permiten la menor duda acerca de su naturaleza. Hay penas que se llaman aflictivas porque hacen sufrir al reo; y si bien hay otras que se llaman correccionales, esta denominación es un nombre vacío de sentido, sin realidad alguna. La pena capital impónese alguna vez como defensa, las más como expiación, y aunque la mayoría de los castigos recaen sobre la libertad se ve con qué indiferencia se mira el fin de la corrección. En los Códigos de 1848 y de 1850, y en el de 1870, las cadenas, reclusiones, presidios, etcétera, son penas de larga duración, como conviene al carácter expiatorio que el Código les asigna, y mientras sus preceptos se cuidan mucho de especificar el lugar donde han de cumplirse, de si el trabajo ha de ser duro y penoso, de si los condenados han de llevar ó no una cadena al pie, y otras condiciones que responden al pensamiento de la expiación, no se tienen presentes las condiciones mediante las cuales la pena alcanza un fin correccional. A excepción de alguna que otra disposición sobre la inversión de los productos del trabajo de los presidiarios, sólo haallmos en todo el Código estos dos preceptos: «Se observará lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, relaciones de los penados entre sí y con otras personas, socorros que puedan recibir y régimen alimenticio. Los reglamentos dispondrán la separación de sexos en establecimientos distintos, ó por lo menos en departamentos diferentes» (art. 100). Lo que en opinión de Silvela equivale á decir: la Administración cuidará de hacer, si puede, dados los preceptos del Código, que la pena sea correccional y aun moral; el Código sólo debe atender á que sea expiatoria, sensible, aflictiva, ó como dice el Sr. Groizard, un acto de justicia. Y no se crea, dice Silvela, que los legisladores no se propusieron dar á la pena un sentido correccional por no imponer al Estado la pesada carga de crear los establecimientos penales que fueren necesarios para conseguir la enmienda de los reos, pues para alcanzar la expiación, único fin que se proponen y la proporcionalidad entre el delito y la pena, no se detuvieron ante la imposibilidad más completa. Partiendo del principio de que, á medida que fuese mayor el delito, debía extinguirse la pena en sitio más lejano, hicieron precisa, como demostró la Junta del Colegio de Abogados de Madrid, la creación de 2.144 establecimientos penales diferentes, que contendrían nueve ó diez reclusos



caja uno, suponiendo que llegase á la cifra de 20.000 la población de los presidios. Algo menor, aunque poco, sería el número según el Código vigente, de manera, que esta parte del Código ha sido y será una cosa absoluta y totalmente irrealizable. Cumpliéndose las penas de privación de libertad en la forma que el Código determina, esto es, sin trabajo alguno, en unión con otros presos, sin un régimen determinado, es un sarcasmo, dice muy bien Silvela, llamarlas correccionales, cuando más bien depravan y desmoralizan. A esto se añade que las penas llamadas correccionales no son por su naturaleza diversas de las aflictivas, siendo tan indiferente al nombre la materia ó contenido de cada una que, con arreglo al Código vigente (art. 27), la multa, según su cuantía, unas veces es correccional, otras aflictiva y otras leve (1).

Como es natural los establecimientos destinados á la ejecución de las penas privativas de libertad, tampoco se han organizado para obtener el fin de la corrección y mejoramiento del reo. Todas las disposiciones legislativas encaminadas á realizar en nuestro país la reforma penitenciaria, censuran, á veces con acritud, la organización de este sistema de penas. En algún decreto (Real decreto de 23 de Junio de 1881 creando el Cuerpo de empleados de establecimientos penales) se lee que nuestras prisiones están «convertidas, á las veces, más que en casas de corrección, en focos de mayor perversidad y en sentina de peores vicios que aquellos que están llamados á extinguir los confinados.» Otro decreto (Real decreto de 23 de Diciembre de 1889, convirtiendo en colonia penitenciaria el penal de Ceuta) ponía de relieve que en lo relativo al cumplimiento de las penas de libertad «la situación actual es, sin duda alguna, insostenible... Hay que buscar, añadía, pronto remedio al espectáculo que ofrecen en general nuestros penales, donde, por falta de espacio, resulta difícil atender cumplidamente á la higiene física y moral del recluso». Pero las críticas más acertadas las contiene el Real decreto de 27 de Mayo de 1901, reorganizando el personal de prisiones. Aquí se habla de «la precaria situación y del lamentable atraso en que se encuentra este importantísimo ramo de la administración pública en nuestra patria», se reconoce «la penosa impresión que produce en toda conciencia sana el estado deplorable en que se encuentran nuestros establecimientos penales y carcelarios, y el censurable abandono del recluso, constreñido á forzosa holganza, y como consecuencia, indeclinable al vicio y á la corrupción». Nuestras cárceles son «por regla general, centros de corrupción y de vicio» y «nuestros establecimientos penales, bochornosas escuelas de criminalidad» (2).

De todo lo expuesto anteriormente se ve de modo bien claro que el fin principal asignado á la pena por nuestro Código es la expiación, la corrección; el mejoramiento del reo, apenas si se tiene en cuenta. La enmienda, dice Silvela, se considera, no como cosa propia de la justicia é inherente á la pena, sino como algo que es lícito desear y provechoso obtener, si se puede, sin contrariar otros propósitos más elevados; por eso, continúa, el arrepentimiento entra en el Código por puerta muy estrecha y como muy excepcional, según se desprende de sus artículos y ha entendido la jurisprudencia.

Una condición de la pena exigida hoy por todos los penalistas es que ésta no sea desmoralizadora ó infamante. ¿Ha satisfecho nuestro

(1) Silvela, ob. cit., § XLV.

(2) Vid. P. Dorado, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, XXIII.



Código penal esta exigencia de los criminalistas? Si recorremos la escala de penas no encontraremos sino una que reviste tal carácter de infamia, esta pena es la de degradación, que consiste en que el sentenciado sea despojado por un alguacil, en audiencia pública del Tribunal, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones. El despojo se hará á la voz del presidente, que lo ordenará con esta fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de sus insignias y condecoraciones, de cuyo uso la ley le declara indigno: la ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo» (1). La persona que ha sufrido públicamente este despojo degradante queda infamada para siempre ante sus conciudadanos. Es, pues, de creer que esta pena que por su espíritu corresponde á una sociedad animada de sentimientos menos delicados que los que dominan en los tiempos actuales, será abolida en la esperada y deseada reforma de nuestra legislación penal.

El lector encontrará en anteriores notas del Sr. Aramburu algunas noticias relativas á la clasificaciones que de las penas hace nuestro Código y una enumeración de las contenidas en la escala general, y á materia de la pena según nuestro derecho positivo.

● Al lado de la pena comienzan á difundirse en los códigos otros medios de defensa social encaminados á proteger á la sociedad contra determinados delinquentes y á éstos contra sí mismos, dichos medios se denominan *medidas de seguridad*. Estas, según Liszt, tienden á procurar la adaptación de los individuos á la sociedad (medidas de educación y corrección), ó á la eliminación de los incapaces de adaptación (medidas de protección ó de seguridad en sentido estricto) (2).

La opinión dominante en esta cuestión, cree que las penas propiamente dichas deben reservarse á los individuos imputables, mientras que las medidas de seguridad se aplicarían especialmente á los individuos no imputables. Entre las penas y las medidas de seguridad existe una línea de separación no bien definida; según unos tal separación es muy profunda, otros creen que en algunos casos penas y medidas de seguridad llegan á confundirse, para otros, en fin, no puede establecerse entre ellas alguna diferencia, ambas son procedimientos que tienden al mismo fin de defensa social.

Las diferencias entre penas y medidas de seguridad en opinión de Stoos, son numerosas:

1.º La pena se conmina y se impone al culpable á consecuencia de su delito. La medida de seguridad se funda en la nocuidad (*Schädlichkeit*) ó en la temibilidad del autor del hecho, en algo relacionado con una acción punible. 2.º La privación penal de un bien es un medio para ocasionar al culpable una aflicción penal (medio penal). La medida de seguridad es un medio de seguridad que está ligado á una privación de libertad, ó á una lesión de los derechos de alguna persona. La medida de seguridad no tiene como fin imponer al culpable un sufrimiento penal. 3.º La ley fija las penas según la importancia del bien lesionado, según la gravedad del ataque, y según la culpa del autor. La ley determina la pena correspondiente y el juez la determina con arreglo á estos principios. Las medidas de seguridad las fija la ley en consideración al fin de seguridad y fija su duración solamente de un modo general.

(1) Art. 120.

(2) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, § 58, p. 252.



Tampoco los jueces ni las Autoridades fijan su duración de un modo detallado. Cuando la medida de seguridad consiste en un ingreso correctivo sobre los individuos, su duración depende del éxito de este influjo. En cuanto el individuo ha sido mejorado, cesa la privación de libertad. 4.º La pena es la reacción pública contra la lesión ó el peligro corrido por un bien penalmente protegido. La medida de seguridad debe asegurar á la sociedad de los daños y peligros que puedan provenir de las personas que han ejecutado un hecho punible de las cosas que están en relación con un hecho punible (1).

Para Liszt, la diferencia entre penas y medidas de seguridad es menor. En los casos en los que la adopción de la medida de seguridad, no está unida á la comisión de un hecho punible, va más allá del concepto de la pena: v. g., en los casos de educación protectora de niños y de jóvenes abandonados que aun no han delinquido, en el caso de custodia de locos peligrosos antes de que hayan cometido algún delito. Pero cuando la medida de seguridad está unida á la comisión de un hecho punible, entonces puede asumir la naturaleza de la pena, aun desde el punto de la teoría de la retribución. Y cuando esta admita para la pena los fines de corrección y de seguridad, entonces entra la pena en el terreno de las medidas de seguridad. Ambas instituciones jurídicas son como dos círculos secantes. La pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad están en oposición; pero en terreno que les es común puede la medida de seguridad entrar en lugar de la pena y viceversa (2).

La escuela positiva sostiene que estas diferencias son ilusorias; que entre unas y otras existe una identidad fundamental. Tanto las penas como las medidas de seguridad presuponen un hecho criminoso, dice Grispigni (3), ambas toman el hecho como índice revelador de la personalidad criminosa, ambas se proponen la defensa social, reafirman la autoridad del estado, se aplican por los mismos órganos con idénticos procedimientos y garantías fundamentales, tienen una duración relativamente indeterminada y puede aplicarse una en sustitución de la otra.

Medidas de seguridad son el internamiento de los delincuentes locos, de los alienados peligrosos y de los alienados parcialmente en establecimientos especiales, la reclusión de los delincuentes ebrios y alcoholizados en asilos para bebedores, la colocación de los vagos y mendigos en casas de trabajo. En los modernos trabajos legislativos comienzan á tener estas medidas gran amplitud sobre todo en los proyectos de Código penal federal suizo (1908), en el anteproyecto austriaco y en el alemán. El proyecto suizo considera como medidas de seguridad (*Sichernde Massnahmen*) la custodia de los delincuentes profesionales (art. 31), el tratamiento de los vagos y disolutos (artículo 32), el tratamiento de los bebedores habituales (art. 33). El proyecto austriaco, bajo la denominación de medios de seguridad (*Sicherungsmittel*), comprende el internamiento de los delincuentes locos y alcoholizados en asilos (§ 36), la retención de los delincuentes

(1) Stoops, *Lehrbuch des österreichischen Strafrecht*, p. 246; *Zur natur der sichernden Massnahme* en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1912, p. 368 y sigs.

(2) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 58, p. 252.

(3) *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*, Milano 1911, p. 29.



cuyas facultades mentales estén disminuidas, después de la ejecución de la pena en establecimientos especiales (§ 37), la detención suplementaria de ciertos reincidentes después de su condena (§ 38), la vigilancia de la policía (§ 39), la expulsión de extranjeros condenados (§ 40), la confiscación (§§ 41, 42). Y el anteproyecto alemán admite la casa de trabajo para vagabundos (§ 42) y la colocación de los delincuentes ebrios en asilos (§ 43) (3). Son también medidas de seguridad aun cuando no se las designe bajo este nombre, las disposiciones del Código penal de Noruega relativas al internamiento en establecimientos especiales, de los individuos absueltos ó condenados á penas atenuadas, cuando aparezcan peligrosos para la seguridad pública (§ 39), y las concernientes á la detención suplementaria, después del cumplimiento de la pena impuesta, de determinados reincidentes que aparecen como especialmente peligrosos (§ 65). El mismo carácter tiene lo dispuesto por la ley Inglesa, *Prevention of crime Act* de 1908, relativo á la detención suplementaria de aquellos criminales que por sus hábitos y género de vida constituyan una causa de temor y de intranquilidad.

● Los principales puntos de vista anteriormente expuestos, pueden resumirse así:

La teoría correccional considera que la pena es el medio necesario y racional para la corrección de la voluntad injusta y perversa del delincuente. La pena tiende á conseguir que la futura conducta de éste se ajuste á los preceptos del derecho, pero no sólo de un modo meramente exterior, sino también interiormente, esto es, en cuanto á su intención. La pena, en el sentido de esta teoría, se ejerce con un sentido tutelar y protector del delincuente, que aparece como incapaz de hacer buen uso de su libertad exterior, casi como un menor de edad en este respecto, y necesitado, por tanto, de una segunda educación. Así, todo procedimiento verdaderamente justo, por lo que á estos delincuentes se refiere, ha de tener el carácter de una tutela confiada á individuos ó á asociaciones de una moralidad superior. A esta teoría repugnan la pena capital y las perpetuas; también están en contradicción con su espíritu las penas fijadas de antemano en la sentencia de un modo invariable. Estas no serían definitivas, sino reformables, en armonía con los progresos hechos por el condenado en el camino de su corrección.

Para la escuela positiva, la función represiva del Estado se fundamenta en la defensa social que se efectúa mediante la eliminación de los individuos que no puedan adaptarse á la vida social. Esta eliminación produce un efecto de selección artificial análogo á la selección que se produce en el seno de la naturaleza con la muerte de los organismos inadaptables al medio físico. La eliminación penal se verificaría mediante la muerte, el internamiento perpetuo ó la expulsión del territorio del Estado. Los delincuentes que no parezcan refractarios á la adaptación á la vida social no deben ser eliminados, sino solamente obligados á la *reparación del daño* causado por el delito.

(3) Vid. Liszt, *Die sichernden Massnahmen in den drei Vorentwürfen* en *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, 1910, p. 1 y sigs.; Stoops, *Die sichernden Massnahmen gegen Gemeingefährliche im österreichischen Strafgesetzentwurf* en *Österreichische Zeitsch. f. Strafrecht*, 1910, p. 25 y sigs.; Karl Birkmeyer, *Strafe und sichernden Massnahmen im Vorentwurf*, Leipzig, 1910; Oetker, *Strafe und sichernde Massnahmen nach dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, Stuttgart 1910.



La Unión Internacional de Derecho penal considera también la pena como un acto de defensa social. Esta defensa se realizará mediante la intimidación, ó mediante la corrección del delincuente, ó mediante la expiación; en una palabra, según los diversos casos, la defensa social se realizará de modo diferente. Caracterízase la Unión por la gran importancia que concede á los medios preventivos de la criminalidad.

En el derecho penal moderno es cosa corriente, como vemos, asignar á la pena un fin de defensa social. Este mismo fin le asigna Aliénor. El hombre tiene el derecho de defenderse, pero sólo cuando sea necesario. El fin inmediato de la pena es la segregación del delincuente para ponerle en estado de no causar daño alguno, mejorándole el mismo tiempo. Su fin mediano es obrar como contrainpulsio en la ausencia de todos. La medida de la pena no puede fundamentarse en una pretendida relación de analogía ó proporción entre el delito y la pena, pues ambos son inconmensurables, y entre ellos no hay término medio alguno. Los caracteres atribuídos á la pena por este autor, son: suficiente y necesaria, aflictiva, correctiva, individual, elástica, variable, legal, igual para todos, cierta. Cuando todas estas condiciones se reúnen en la pena, ésta es justa.

Además de las penas, existen otros medios de defensa social, denominados *medidas de seguridad*, destinados á proteger á la sociedad contra determinados delincuentes. Unas, tienden á la adaptación de los individuos á la sociedad; otras, á la eliminación de los que no pueden adaptarse á ella. Las penas, según la opinión más común, se aplican á los individuos responsables; las medidas de seguridad se destinan especialmente á los irresponsables. No existe acuerdo respecto á las diferencias y á sus puntos de contacto. Unos piensan que entre ellas no hay relación alguna, otros creen que sin identificarse sus razones, son muy íntimas, y para otros son esencialmente iguales. Contiene la primera opinión Stoos; la segunda, List; la tercera, la escuela positiva. Medidas de seguridad son el internamiento de los dementes, locos y semilocos en establecimientos especiales; el internamiento de los delincuentes, ebrios y alcoholizados, en asilos; el de vagabundos, en casas de trabajo. En los modernos Códigos y proyectos de Código penal, comienzan á aparecer junto á las penas. El Código penal noruego, la ley inglesa *Prevention of crime Act* de 1908, y los proyectos alemán, austriaco y suizo, contienen numerosas medidas de seguridad.



## CAPÍTULO II

### La acción penal (1).

«In societate aequi boni omnes poena poena manet».

G. B. Vico: «De uno. univ. jur. prin. fine uno», § LXIX.

§ 155. La ley penal, además de la eficacia jurídica que tiene de común con las demás leyes del Estado, con relación á todos los ciudadanos, tiene su peculiar modo de obrar, fundado en la forma especial y en el contenido que le es propio. La ley penal advierte y amenaza antes de castigar, viendo el delito como una mera posibilidad, y con esta clase de eficacia impide que vaya aumentando el número de los delitos (*oderunt peccare mali formidine poena*). Pero tiene también otra eficacia que deriva de su propia naturaleza al considerar el delito como mera posibilidad, y ser, por consiguiente, un mandato subordinado á condición. Esta eficacia es propia de toda relación de condicionalidad, y consiste en que el condicionado debe realizarse cuando se realice la condición. Cuando la advertencia y la amenaza, contenidas en la ley penal, no consiguieron apartar al delincuente de la ejecución de un propósito criminoso, y el delito, á pesar de la existencia de la ley penal, viene á la realidad, *la ley penal debe cumplirse sobre aquel que se hizo su transgresor, cometiendo el delito*. En suma, el deber del Estado de penar al culpable, sale de su abstracción hipotética y potencia para llegar á tener existencia concreta en la realidad. La aparición del delito por obra de la individualidad humana hace necesario

(1) Graaf: «De actionibus quae ex delictis oriuntur». Leod. 1824. — Van Mup: «De actionibus quae ex delicto nascuntur». Leod. 1828. — Mangin: «Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle». Paris 1837. — Le Sage: «Traité du droit Criminel appliqué aux actions publiques et privées qui naissent des contraventions, des délits, et des crimes». Paris 1842 44. — Helie: «Livres II de la Théorie du code d'Instr. Crim.». (De la action publique et de la action civile). Paris 1846. — Borsari: «Dell'azione penale». Torino 1866.



por parte de la sociedad (*persecutio criminis*), y el fin de la acción está precisamente en someter al delincuente á la pena por la ley ha sido establecida. Esta necesidad de persecución tiene por fin remoto el castigo del culpable, tiene como dos momentos: uno, el *juicio*, en el que se determina si el individuo ha sido el autor del delito; otro, la *ejecución* de la pena con el que termina el procedimiento judicial. Ahora el deber de perseguir judicialmente al delito y á su autor, es esencial para que se pase á la ejecución, pues que nada hay en un juicio legal que convenza á la sociedad humana de su culpabilidad, puede ser declarado culpable de un delito, ni castigado con una pena dada. Este deber, esta necesidad jurídica *persequendi iudicio*, recibe en el lenguaje forense el nombre de *acción penal*.

La palabra acción fué tomada del Derecho privado, y expresa al mismo tiempo dos conceptos importantes. Primeramente significa que el Derecho no permanece como fuerza inactiva cuando la voluntad del individuo se levanta contra él, sino que se pone en movimiento, obra y procede contra el delito y el delincuente. Por otra parte la palabra *acción*, en cuanto ha sido prestada por el Estado, se contiene el significado de *persequi in iudicio quod* es, esto es, de una persecución que á la vez que arranca del individuo se limita á pedir alguna cosa, como parte, al juez, ya que la acción penal no es el Estado que se sobrepone al individuo y le impone á sus intereses, sino que es algo superior al individuo mismo. La inviolabilidad del Derecho en la acción penal aparece, no como juez y parte al mismo tiempo, sino como parte solamente; pero el principio que da toda su fuerza ímportante á la acción, es también impersonal, como el Derecho, y es «todo delito da lugar á la acción penal». Así, la acción puede definirse: «la necesidad jurídica que incumbe al Estado cuando el delito se realiza, de proceder para descubrir el autor y someter á este último á la pena determinada por la ley». Afirmada así la noción de la acción penal, podemos determinar el fin y las notas esenciales de la misma.

El fin último de la acción penal es el castigo del culpable. En esta frase *el castigo del culpable* está comprendido el fin propio de la acción penal, pues que no se trata del castigo de un delito cualquiera, sino de aquel que sea reconocido como culpable. El delito, lo cual significa la afirmación de delincuencia rela-



tiva á un individuo, hecha por la conciencia social. De aquí se derivan varios teoremas:

1.º La acción penal está limitada á la sola persona del culpable sin poder ejercitarse contra sus herederos.

2.º La acción penal comprende, no la necesidad de dar un ejemplo al espectáculo de la punición á toda costa, sino la necesidad de la *punición del verdadero culpable*. La máxima, *con tal que el malo se salve perezca el justo y el inocente*, es negación de la idea de justicia.

3.º El fin de la punición del culpable origina la necesidad de buscar la verdad respecto al delito y al delincuente, y los medios que hagan cierta aquella verdad ante la conciencia pública. Esto es, las pruebas, en cuanto lo consienten los límites que resultan de la imperfección inherente á la naturaleza humana, de los sentidos de conocer.

4.º Es parte integrante de la acción penal, el librar de la persecución social á los que son declarados inocentes por un delito que se les atribuido ó contra los cuales faltan elementos de prueba suficientes para declararles reos, porque toda molestia de persecución ó de pena, ya contra un inocente, ya contra aquel para quien la presunción de inocencia no está destruida por prueba en contrario, es obstáculo al castigo del verdadero culpable.

5.º El verdadero complemento de la acción penal está en la consecución de su fin, esto es, en el veredicto, que declarando la delincuencia de un hombre, determina la pena á que debe ser sometido. Así es que la acción penal es acción pendiente mientras no exista una sentencia irrevocable de condena. Puede haber algún otro hecho que extinga la acción penal todavía inconstituida, pero la verdadera consumtio de la acción, el agotamiento de toda actividad potencial, se halla en el juicio ó sentencia de condena de todos aquellos que cometieron el delito ó tuvieron en él participación criminosa. Sin embargo, con respecto á aquel que ha sido declarado de delito, y por consiguiente sometido á procedimiento judicial, la acción penal se completa, no solo con su condena irrevocable, sino también con una sentencia que le absuelva, porque por virtud del principio *res judicata pro veritate habetur*, el Estado, cuando una vez ha sentenciado en favor de un procesado por un delito, la Autoridad judicial, no podría volver á traerlo á juicio sin exponerse al peligro de caer en contradicción consigo mismo.

§ 157. Siendo la acción penal *necesidad jurídica que incumbe*



persecuir el delito por medio del procedimiento judicial para la punición del culpable, tiene dos notas características que rigen su esencia propia: 1.<sup>a</sup>, la acción penal pertenece al Estado; da origen á la llamada *publicidad de la acción penal* (1); la acción penal es consecuencia necesaria é irrevocable del delito; eficacia propia, innata en la ley penal, de traducirse en realidad de hecho una vez que se haya verificado su transcurso á esto se llama *necesidad de la acción penal*. Estas dos notas derivación de un solo y mismo principio, cual es el de Estado, en virtud del deber que le incumbe de cumplir la justicia en cuanto el delito aparece, tiene el deber de perseguirlo para el de su autor. De una de aquellas notas surge la institución del órgano llamado á ejercer la acción penal; de la otra surgen la institución del procedimiento *ex officio*, por el que el ejercicio de la acción penal es independiente de la voluntad de las particularidades ó de los individuos particulares en general.

2.<sup>a</sup> El progreso de los principios jurídicos en el desarrollo de la sociedad humana ha hecho surgir poco á poco modificaciones, y su completo desenvolvimiento es debido á la historia del Derecho canónico en las modernas legislaciones. En sociedades antiguas y principalmente en Grecia y Roma, el principio de la publicidad en la persecución del delito se afirmó de un modo riguroso, aunque limitado á los delitos públicos, al mismo tiempo que se reconocieron delitos puramente privados, los cuales eran perseguidos en virtud de acción privada á instancia de los perjudicados por el hecho criminoso. La acción penal surge, pues, como *ius publicum* y se consideró que pertenecía á la sociedad, convirtiéndose que en nombre de ésta era lícito á cualquier ciudadano hacerse órgano del interés legítimo de la sociedad para la punición de los culpables, *crimini detegere oportet*, y en virtud de este principio *cuiuslibet de populo licet accusare*: cualquiera ciudadano libre ejercicio del derecho de acusación representaba á toda

---

Borsari en su vasta y laboriosa monografía sobre la acción penal, critica ciertos puntos; pero su crítica, á nuestro juicio, se refiere más á la palabra *pertenece* en su íntimo significado, el cual es que la acción penal incumbe exclusivamente al Estado. Si por pertenecer al Estado se entendiera lo que se dice de la acción privada, es, que compete á los particulares y que por eso está sometida á su voluntad, la crítica de Borsari estaría en su lugar; pero la *publicidad* de la acción penal para nosotros inseparable de su *necesidad*; la acción penal es del Estado, no es un derecho alienable, sino más bien un oficio del Estado, como la punición que no es para el Estado un derecho, sino más bien un deber.



la sociedad. A la caída de la República romana, el despotismo destruyó el espíritu público, y por eso muchos delitos quedaron impunes por el principio de no admitirse el juicio de acusación, si el poder social en interés de la propia conservación no hubiese reputado indispensable el fijar en algunos casos la acusación, el instituir algunas magistraturas llamadas para investigar los delitos y á provocar su castigo por parte de la sociedad, como eran precisamente los *irenarchae*, los *curiosi*, los *statulatores*, los *nuntiatores*, y el excitar también á los particulares á la denuncia de los delitos (1). Pero el concepto fundamental era el de que no se podía dar lugar al juicio penal sin que se presentara un acusador á poner en movimiento la justicia penal. En el Derecho germánico la eficacia del antiguo sistema de las posiciones hizo que en muchos delitos la acción penal fuera donada á la acusación privada y libre del ofendido, y sólo en aquellos delitos que contienen una perturbación de la pública tranquilidad, cuando ningún ofendido ó pariente se presentara á acusar, cada uno de los que formaban parte de la comunidad, mediante su acusación, perseguir el delito (3). Una transformación empezó á verificarse en aquella institución, en virtud de la cual los *comites* con el fin de conseguir la paz pública debían velar por la perpetración de los delitos, y los *missi dominici* debían hacer investigaciones por razón de los delitos cometidos. Y cuando este concepto del mantenimiento de la paz comenzó á prevalecer, á poco se hizo sentir la necesidad de confiar la acusación, en interés de la sociedad, á algunos funcionarios públicos, comprendiendo la necesidad de no dejar impunes los delitos. Esta tendencia se manifestó antes que en ninguna otra parte en las antiguas leyes penales italianas, como lo demuestran las Constituciones de Eleonora Arborea (4), y las de Federico II para la Italia meridional (5).

(1) L. un. C. Th. de *irenarch.*—L. 6, § 3, D. ad Sc. Turpill.—I. II C. de *sestertor.*—I. 31. C. de *epi. c.*—I. un. C. de *raptu virgin.*—I. 10 C. ad L. de *vi.*—Nov. XVII, c. 5, XXIV, c. 2, XXX, II.—L. 1, C. Th. de *cust. reor.*—L. 1, C. de *acussat.*

(2) L. 3, § 4 D. de *acussat.*—I. 6 § 3 D. de *muner.*—I. 15, § 1 D. de *Sc. Turpill.*

(3) Wilda: «El Derecho penal de los germanos», p. 212.

(4) *Carta de Logu.* ed Mameli. (Roma 1805), cap. 10, 16, 20, 36 y 37. Véase también Sclopis: «Dell'autorità giudiziaria». Torino 1842

(5) Federico II marcó á los *giustizieri*, si bien excepcionalmente, un deber de miento *ex officio*. *Civitates et loca jurisdictionum suorum continua discussione persequantur. Flagrantia crimina non ulterius protrahant—nullis delationibus seu solemnitationibus*



terminando por esta vía poco á poco, al surgir la civilización moderna de las imperfectas condiciones de la Edad Media se llegó en el siglo xiv al convencimiento común en Europa, de que cuando ningún acusador privado se presentara, debía tener lugar una acusación *ex officio* por obra de la autoridad social, sobre todo *propter pacem publicam*, en aquellos hechos que ponen en peligro el orden social. Pero el impulso más eficaz provino del Derecho eclesiástico y de su influencia en la enseñanza y en la práctica del Derecho. Ciertamente que en el Derecho eclesiástico se introduce desde el primer momento el principio mismo del Derecho romano, de que el juez no podía proceder sin que el acusador pusiera en movimiento su potestad; pero la necesidad de la rigidez de costumbres, sobre todo en los ministros del culto, movió á buscar el modo de corregir á los malvados en caso de mala fama sin esperar la aparición de un acusador; y esto dió lugar á un procedimiento *ex officio*, para la aplicación del juramento de penitencia con que se purgaba el delito (1). El principio que paulatinamente se abrió camino fué éste: *Evidentia patrati scelirisi non indiget clamore accusatoris* (2), el cual acabó de triunfar por obra de Inocencio III. Y esta nueva forma se transmitió de los juicios eclesiásticos á los laicos. Así, en los Estatutos italianos y en las leyes de Francia, de España y de Portugal aparece vigorosa la idea de una persecución del delito, *ex officio* á falta de un acusador, idea reforzada por la doctrina y la doctrina de los criminalistas italianos (3). Y como las persecuciones por obra de los particulares iban disminuyendo considerablemente al debilitarse en los ciudadanos el espíritu público, comenzó en muchos Estados por reconocer en particulares y en comunidades locales el deber de denunciar á los delitos y á sus autores concurriendo á su descubrimiento y captura. Y después surge una magistratura llamada á la persecución de los delitos públicos, *ex officio*, en nombre del Estado: tal fué el *advocatus fisci*, establecido precisamente para representar los intereses del Estado en

*... expectatis, si diferentes vel accusantes defuerint de provincia poena legitima severi-*  
*... eripent.* (Const. Regni Sic. Lib. I, tit. 49).

(1) Hildenbrand: *La purgatio canonica vulgaris*. Monaco 1841, pág. 36.

(2) C. 9, X, 5, 1.

(3) Mittermaier: «Tratado del procedimiento penal», § 31.



los juicios (1). Pero á pesar de que el espíritu de *inquisitio* *ex officio* venía consagrado, se conservó para cierta clase de delitos, es, para los *privados*, el principio de que sin la acusación de particular no se podía proceder á la punición. En los tiempos bárbaros eran considerados como delitos privados todos aquellos que ofendían la individualidad humana, ya en la personalidad, ya en la esfera de los demás derechos á ella pertenecientes; lo cual hallaba relacionado con la concepción individualista de la *faida* del *guidrigildo*, y para ellos fué reconocida la acción penal como una acción privada del ofendido: por eso la remisión ó perdón de éste acababa con el procedimiento. Con el progreso de la civilización y de los principios del orden social, los delitos graves contra la individualidad humana, como el homicidio, la mutilación, el hurto, la rapiña, el salteamiento, y en general los delitos contra el individuo, gravemente castigados, fueron considerados como delitos públicos, y por eso sometidos á la acción pública, é independientes tanto de la instancia ó petición de su castigo, como de la remisión del ofendido, quedando como delitos privados aquellos contra el individuo, cuya pena era menor de la relegación. Por otra parte, á pesar del principio de la inquisición *ex officio* en los delitos donde se conservaba, frente á la necesidad de la acción pública se admitía la llamada *transacción del fisco*, la cual se verificaba cuando faltaba la prueba plena y sólo existían algunos indicios para proceder á la tortura: por eso se resolvía la duda en una condena pecuniaria. Además, este criterio se admitió en condiciones restrictivas. La necesidad de proceder penalmente, presentada por el Ministerio público, echó raíces más ondo cuando sobrevivió á la Reforma penal, trasladándose á la mayor parte de las legislaciones modernas, aunque también fueron conservadas pero con restricciones cada vez mayores algunas excepciones que históricamente se relacionan con la tradición de dejar al arbitrio de los particulares la acusación de aquellos delitos que ofendían principalmente sus intereses individuales sin poner en peligro el orden social en sí mismo considerado. De este modo, en la mayor parte de las legislaciones consagra el doble principio de la *publicidad* y de la *necesidad* de la acción penal que nace del delito.

(1) Meyer: «*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires*», vol. I, p. 261-281.



159. El Derecho vigente en Italia, como el de otros muchos Estados, ha recibido del progreso histórico y ha desenvuelto en la institución jurídica el confiar el ejercicio de la acción penal á un órgano que representa toda la sociedad jurídica. La sociedad jurídica es una y permanente dentro de la variedad de los individuos que coexisten en ella y de las generaciones que se suceden sobre su territorio; y como el progreso de la civilización origina multiplicarse, órganos que representan las varias funciones del Estado, habiendo una necesidad de dos funciones distintas, una perseguir el delito, y otra apreciarlo en los hechos humanos según la ley, es preciso un Magistrado distinto del Juez para representar la publicidad de la acción penal. Este órgano, por el principio mismo que le da vida, esto es, la ejecución de la ley penal de la cual no se puede prescindir una vez realizado el delito, debe formar como una ramificación de la potestad ejecutiva del Estado coordinada á la autoridad judicial para ponerla en movimiento. Tal es el *Ministerio público*, que tiene entre sus facultades esenciales la de presentarse como la personificación viviente de la acción penal, por la que es parte en el juicio penal, ejercitando la acción para la punición y siendo la causa eficiente de su actividad persecutiva (*impersonal*, y por lo tanto, imparcial como el Derecho) la necesidad de la realización de la ley penal.

1. La ley orgánica de las jurisdicciones ha establecido en el Estado la magistratura permanente del Ministerio público, que forma parte de la facultad ejecutiva del Estado, pero revestida de atribuciones judiciales y que está destinada precisamente á ejercer la acción penal como órgano de la potestad ejecutiva en los actos del procedimiento penal (1). Y por eso: *a*) los varios magistrados que representan el Ministerio público forman un todo indivisible, abstracción hecha de su variedad individual; *b*) cada uno de ellos debe proceder dentro de los límites trazados por la ley y en interés de la misma, con arreglo á su conciencia y á los principios del Derecho positivo; *c*) la intervención del Ministerio público en todas las deliberaciones de la autoridad judicial es una necesidad del orden social; *d*) el Ministerio público está revestido de potestad decisoria, sino que interviene, ya

(1) La acción penal es esencialmente pública. Se ejerce por los funcionarios del Ministerio público, ante la Corte de Apelación y de Asises, ante los tribunales y los pretoras». Art. 2 «C. de proc. pen., 1865».



como autoridad consultiva, ya como parte contendiente, con los derechos que pueden competir á las partes contendientes en los juicios; e) sólo al Ministerio público corresponde el deber de reclamar al Juez la punición del culpable, que es lo que constituye el fin de la acción penal; f) el Ministerio público es el tutor de todas las deliberaciones de la Autoridad judicial.

II. Si el derecho de ser actor en el juicio penal es función exclusiva del Ministerio público en las modernas leyes, á diferencia de las antiguas las cuales solamente en los juicios públicos consideraban necesaria la intervención del magistrado como actor, admitiendo al particular solo en los delitos privados para presentar la acción penal, se tendrá que el particular y todo empleado público nunca pueden ser considerados como el órgano de la acción penal. Sin embargo, hay algo que queda al particular y á los demás empleados públicos, lo cual, aunque es distinto del ejercicio propiamente dicho de la acción penal, está inmediatamente relacionado con ella. Así tenemos: a) á los empleados públicos corresponde el deber de acusar cualquier delito que llegue á su conocimiento en el ejercicio de sus funciones, bajo amenaza de una pena en caso de omisión; b) los particulares tienen el derecho y alguna vez el deber de denunciar á la autoridad civil la existencia del delito é indicar el culpable si fuera conocido. Uno de los casos de *oficiosa denuncia* reconocido por la ley refiere á los médicos, cirujanos, boticarios y demás empleados sanitarios que en el ejercicio de su arte ó profesión descubran vestigios de una prueba posible de delito; c) á su vez los individuos que se crean ofendidos por el delito tienen el derecho de exponer sus quejas y pedir á la autoridad el castigo de los culpables, con reparación á la injusticia por ellos sufrida; lo cual puede hacerse ó directamente por el ofendido, ó por quien legalmente representa sus derechos, y todos aquellos que sufrieron algún daño por el delito tienen una acción meramente civil por los perjuicios derivados del mismo (*actio civilis ex delicto*), la cual, cuando las instancias judiciales la pongan como dependiente de la acción penal, puede pedirse, ó á la vez que esta, ó después del resultado del juicio penal, pero con el solo objeto de obtener la reparación civil de los daños sufridos, lo cual se llama intervención ó constitución de *parte civil*.

§ 160. La acción penal, como necesaria consecuencia de la acción penal y de la aparición del delito, es independiente de cualquier



arbitrio, tanto por lo que se refiere á los particulares como por lo que se refiere al mismo órgano social que la representa, esto es, al Ministerio público. La acción penal es un deber público (*munus publicum*) á que no puede sustraerse el Ministerio público, y por eso debe ejercitarse de oficio, á diferencia de las acciones privadas que pueden renunciarse por aquellos á quienes pertenecen. Este ejercicio es por lo tanto independiente de toda excitación y de toda remisión del ofendido, y de igual modo hay que considerar como inadmisibles cualquier *transacción* sobre la misma, ya del particular, ya del Estado.

Sin embargo, las tradiciones históricas que consagraban la importancia de la querrela del ofendido en algunos delitos de especial gravedad, debían también ejercitar su eficacia y mantener en la moderna legislación algunas excepciones á la regla general de la independencia del ejercicio de la acción penal, con relación á la voluntad de los ofendidos. Por eso, las instituciones absurdas caen y se desprestigian con la acción del tiempo; pero aquellas otras que se fundan sobre principios racionales y justos deben ser conservadas y enlazadas con las innovaciones posteriores. La tradición histórica puso de relieve dos principales *razones jurídicas* para hacer el ejercicio de la acción penal excepcionalmente dependiente de la voluntad del ofendido. La primera de estas razones es que en los delitos leves contra el individuo, frente al principio de la inflexibilidad de la justicia penal surge el principio, jurídico también, de no perpetuar los odios entre particulares, que suelen ser causa de males mayores, mientras que, ó el silencio del ofendido ó su remisión pueden contribuir á restablecer la concordia en los ánimos, mucho mejor que pudiera hacerlo la severidad de la punición. La segunda razón consiste en que hay delitos por los que los ofendidos, tratándose del honor de su persona ó de su familia, pueden creerse más perjudicados que favorecidos con la persecución penal, la cual haría justicia pública y pondría de manifiesto ante la sociedad el ultraje por aquellos sufrido, y por eso pueden tener un interés mayor en cubrir todo con el silencio, que no en obtener la punición y castigo del culpable. Así es que el principio jurídico del establecimiento de la paz, que evitando las enemistades particulares previene delitos mayores, y el otro principio igualmente jurídico, de no aumentar con el juicio penal el sufrimiento de los que han sido ultrajados en su propio honor ó en el de su familia, son fundamentos de justas excepciones al principio general de la



ineficacia de la voluntad del ofendido en la punición del delito. Así, la ley italiana vigente afirma los siguientes principios:

1) La regla general es la inevitabilidad del procedimiento, y el legislador enuncia de un modo claro este principio estableciendo que la acción penal se ejerce de oficio en todos los casos en que la instancia de la parte perjudicada u ofendida no es necesaria para promoverla (1).

2) El ejercicio de la acción penal, aun en los casos de expresa excepción, queda siempre confiado al Ministerio público, pero no puede traducirse de potencia en acto sino en cuanto está excitado por la querella del particular; por eso, salvo algunos límites dentro de los cuales debe restringirse semejante dependencia de la acción penal, existen dos consecuencias jurídicas: una, que no puede proceder en aquellos casos, cuando falta la querella de la parte ofendida (2); otra, que si después de esta querella la acción pública se ha puesto en movimiento para estos delitos, la remisión debe ser eficaz hasta quitar todo fundamento de subsistencia al ejercicio de la acción penal (3).

3) Es preciso, para la eficacia de la querella, impedir que esta dependencia de la justicia penal social, por las determinaciones de la voluntad individual llegue á ser perturbadora del sentimiento jurídico en la conciencia de los hombres; é indudablemente llegaría á serlo, si en el caso de un delito cometido por uno ó más individuos se ofreciese el espectáculo de la persecución limitada solamente á alguno de los culpables, y de la impunidad para los demás responsables del mismo hecho criminoso. En estos casos fundan dos afirmaciones generalmente acogidas, relativas ambas á los delitos en que el ejercicio de la acción penal depende de la querella del ofendido, cuando son cometidos por varios individuos: 1.<sup>a</sup>, la querella presentada contra uno de los copartícipes hace entender de derecho á todos los demás la eficacia de la acción penal; 2.<sup>a</sup>, el desistimiento hecho en favor de uno de ellos aprovecha de derecho á los demás.

§ 161. Ya hemos indicado anteriormente que el particular que tuvo que sufrir un daño por el delito no está llamado á representar

(1) Art. 2, Cód. proc. pen. 1865.

(2) Art. 2, Cód. proc. pen.

(3) Art. 88, Cód. pen. ital. vig. «En los delitos para los cuales no se puede proceder más que á instancia de parte, la remisión de la parte ofendida extingue la acción penal...»



la acción penal, sino que únicamente tiene el derecho de querella, y que no ejerce la acción penal sino en aquellos casos en que su querella es indispensable para ponerla en movimiento. Pero á la parte ofendida ó perjudicada compete también una acción privada y meramente civil contra el culpable, para que sea indemnizada de los daños provenientes del delito (1). Ahora bien: para completar nuestra teoría de la acción penal es oportuno desenvolver la teoría relativa á la acción civil que nace de delito, considerándola en sí misma y en sus relaciones con la acción penal. Además de la necesidad jurídica del castigo del culpable, el delito tiene también otra consecuencia en cuanto entra en la categoría más general de las acciones que producen daño á otro, y este daño debe ser reparado por la vía civil. Semejante reparación es una relación jurídica de naturaleza meramente civil que surge de un hecho ilícito del hombre; y el derecho que está en el perjudicado origina una acción, cuyo fin es obtener el resarcimiento de los daños. Esta acción se rige por las mismas reglas civiles á que se hallan sometidas las varias acciones privadas en cuanto á su fundamento, pero su ejercicio se relaciona con la materia del Derecho penal en cuanto es una acción proveniente de delito (*actio civilis ex delicto*).

I. El fin de la acción civil es la reparación de los daños producidos por el delito.

II. La acción civil tiene una esfera más extensa que la acción penal. Sin duda alguna corresponde al dañado y á quien le representa, y como la reparación civil se traduce siempre en obligación pecuniaria, sigue al patrimonio del procesado ó del condenado sin limitarse á su persona. Además de esto, mientras que la acción penal se limita á la persona del culpable, la civil puede ejercitarse, no sólo contra los autores, los agentes principales y los cómplices del delito, sino también contra sus herederos, contra las personas que la ley hace responsables civilmente del hecho de otro y contra los herederos de las mismas (2).

§ 162. La acción civil *ex delicto* supone el delito, y por eso no puede menos de estar ligada á la acción penal. Si hay algunas legislaciones que la declaran completamente independiente del ejercicio de la acción pública, como hace la ley de la isla de Mal-

(1) Todo *reato* puede dar lugar á una acción civil para el resarcimiento del daño ocasionado, (Art. 1, Cód. proc. pen., 1885).

(2) Art. 3, C. de proc. pen.



ta, otras muchas, como la italiana, afirman la dependencia de la acción civil á la penal, de tal modo que la hacen consecutiva y *famulativa* de esta, como dice Nicolini, según la legislación napolitana de 1819 sobre el procedimiento penal. En virtud de esta dependencia así afirmada, tenemos los siguientes principios:

1.º El juicio sobre la acción penal es prejudicial para la acción civil que nace de delito, lo cual se consigna en el art. 6.º del Código de procedimientos penales, al decir que la parte dañada u ofendida no podrá ya ejercitar la acción civil para los daños sufridos, cuando con sentencia irrevocable se haya declarado no haber lugar á procedimiento porque conste no haberse realizado el hecho que formó el objeto de la imputación, ó el procesado fué absuelto porque resultó no haber cometido el delito, ni haber tenido participación en el mismo.

2.º A consecuencia de tal prejudiciabilidad, por el principio *melius est occurrere ni tempore quam post causam vulneratam remedium querere*, la acción civil puede ser pedida ante el juez penal y al mismo tiempo de ejercitar la acción penal, para que aquel á quien compete pueda defender sus propios derechos antes de que exista detrimento por el éxito del juicio penal, lo cual se llama intervención de la parte civil en el juicio penal, limitado por el fin que la acción civil tiene de obtener la reparación de los daños que nace del delito.

3.º Está en la facultad de la parte dañada u ofendida ejercitar separadamente la acción civil ante el juez civil; pero en este caso el ejercicio de ella está en suspenso hasta que definitivamente se haya proveído sobre la acción penal, intentada antes que la acción civil ó durante el ejercicio de la misma.

4.º Si la acción civil es consecutiva de la acción penal, sigue cuando se entabla ante el juez mismo de la acción penal, las fases judiciales de esta.

5.º La renuncia de la acción penal no puede impedir ni suspender el ejercicio de la acción pública, porque esta constituye el elemento principal, y la acción privada de los daños el elemento accesorio del juicio penal.

\*\*\* No puede negarse que en la manera de entender el significado y extensión de la acción penal se advierte todavía algún resto de lo que la penalidad fué en otros tiempos, con la consiguiente confusión entre lo criminal y lo civil, y no menos se advierte el influjo que trae á la doctrina que aquí se expone, la doctrina ó teoría general que los autores aceptan y en que los códigos se inspiran.



La palabra *acción*, que en su sentido natural y corriente significa ejercicio de una potencia», puede recibir en el tecnicismo jurídico acepciones singulares, más ó menos amplias, pero ninguna ha de desvirtuar totalmente aquel sentido. La enunciada por Pessina no es tan concreta como la que de ordinario acepta el aludido tecnicismo, y en la que tiene de más comprensiva, no creemos que abrace todo lo que los buenos principios penales exigen. Peca por exceso en un caso, y por defecto en otro. La acción penal, dice brevemente Haus, «es el medio legal de perseguir en justicia en justicia la represión de los delitos», y este es el concepto que comparten la mayor parte de los tratadistas, ceñidos á las tradiciones y fórmulas de escuela; pero si se quiere mirar más alto y más lejos, fijándose en la necesidad jurídica de acción que incumbe al Estado cuando se perturbó criminalmente el derecho, no cabe colocar la *consumtio* en el momento en que nuestro autor la coloca, porque esa necesidad no expira hasta tanto que la reparación se logre ó mientras pueda lograrse. Y todavía habrá que añadir, para hablar con exactitud completa, que esa necesidad jurídica (siguiendo su frase literal) no es la misma acción, si no el *por qué* ó la razón de ella. Ortolán, percatándose, hasta cierto punto, del alcance que aquella necesidad supone, distinguió los derechos de acción y los derechos de ejecución, con lo cual, sin romper con el concepto usual de acción, la sigue en sus ulteriores manifestaciones. La acción penal, que pudiera comprender toda la obra artística que la perturbación criminal implica, considerada con menos amplitud, no es otra cosa para nosotros que «el modo con que la actividad del órgano correspondiente del Estado, determinada necesariamente por la comisión de un delito, reclama y dirige la obtención de la racional reparación del derecho.» Considerada desde un punto de vista más limitado, es «el medio legal de promover el ejercicio eficaz de la función punitiva.»

Por lo que el orden del derecho en sí mismo y por el modo en que aparece definido y organizado en la actualidad, de todo delito emana una acción pública que incumbe á la sociedad como Estado y que concretamente atañe al llamado Ministerio público dentro del Estado oficial, sin excluir la cooperación que individualmente corresponde á cada ciudadano, y que las legislaciones positivas reconocen, y en casos dados imponen. La regla general de que toda perturbación criminal origina el ejercicio de las facultades asignadas con carácter obligatorio al Ministerio público y el procedimiento *ex officio*, tiene, según en el texto se indica, algunas excepciones, y fijándonos en la más notoria y reconocida, ó sea en la que acusan los delitos que se dicen privados ó sólo perseguibles á instancia de parte, añadiremos aquí que ha sido objeto de impugnación y censura para la nueva escuela penal positiva. Conste, sin embargo, que esta escuela respeta, después de todo, la existencia de la excepción, aunque intenta hacerla efectiva por otro camino según se advertirá, aunque intenta hacerla efectiva en otro lugar escribimos acerca del particular:—«La escuela positiva, se nos dice, posee un criterio más científico en este punto: la distinción que hace entre delitos que reclaman medios eliminativos y delitos que reclaman una simple reparación de perjuicios, presta una base segura.» ¿Dónde está esa base? preguntamos nosotros. Lo que decide la adopción de unos ú otros medios, ¿es el examen de los delitos, ó el de los delinquentes? Si es el de los delinquentes, según se nos ha enseñado, no habrá caso alguno en que pueda eludirse la intervención pública; y tanto más, cuanto que tampoco cabe desestimar la reincidencia, la posibilidad de nuevas agresiones, etc. Rompiendo con la rigi-



dez de su doctrina, parece deducirse de lo que Garofalo escribe, que hay posibilidad de determinar *à priori* algunos delitos que no exigen el examen de sus autores, y á los que, *à priori* también, se les asigna como represión adecuada la reparación del daño; y entonces resultan estas dos reglas: siempre que no sea preciso definir el *tipo*, es admisible la sola acción privada; siempre que la pena consista en la reparación al ofendido, es admisible la facultad de éste para remitir la pena. ¿Qué es lo que ganamos con la sustitución propuesta? Una falta de lógica en el sistema y una indeterminación sensible para la aplicación práctica. La lógica queda con su herida; la indeterminación se salta (ó se intenta salvarla) enumerando los delitos que sólo ha de perseguir el particular; entre estos delitos figuran los mismos que hoy exceptúan del perseguimiento de oficio; la acción privada subsiste asimismo la potestad individual para librar del castigo al ofensor. Y no se nos arguya con que la enumeración no está terminante en la *Criminología* y mal se puede, por tanto, afirmar que los delitos exceptuados de la acción pública son ó no los mismos de hoy. Es cierto: sólo se especifican las injurias verbales, la difamación, la revelación de secretos; pero en cambio se fijan taxativamente aquellos actos criminosos que necesariamente exigen la intervención del Ministerio público, y entre ellos no figuran el adulterio, la violación, etcétera. ¿Ni por qué habrían de figurar si el sentimiento del pudor lesionado por ellos no encierra importancia bastante, á juicio de Garofalo, para hallar cabida en el concepto del *delito natural*? Y no se nos arguya tampoco con que jamás se faculta al ofendido para intervenir en la oportunidad de privar ó no privar al reo de su libertad exterior y con que su derecho se circunscribe á darle por quito de la reparación pecuniaria: supuesto que esta *reparación* se establece, como ha decretado el Congreso Antropológico de Roma, «no solamente en interés de la parte perjudicada, sino como un medio de defensa social, las atribuciones que se otorgan al particular por los Códigos vigentes y por la escuela positiva, son en puridad idénticas. Por último, el hecho que de anacrónica remembranza de lo que ocurría en tiempos oscuros, en que la mayor parte de los delitos y de su represión estaba á merced del individuo, con que se censura á las excepciones legales existentes, no ya permanece en la aludida propuesta de reforma, sino que se extiende: porque el arbitrio privado se extiende á más delitos, y porque algo recuerda la reparación pecuniaria y su potestativa renuncia, la bárbara *compositio*. » De todas suertes, y yendo en cierto resquebrajamiento más allá que la escuela clásica y la positiva, no estaría fuera de lugar preguntarse si la excepción que los delitos privados implican para poner un límite al ejercicio de la acción pública y privar á la víctima de su indefectibilidad ordinaria, no depende principalmente de influencias históricas con rectificación posible: de la manera con que vienen entendiéndose la idea del honor, las prerrogativas familiares, el mérito de la opinión, etc.

— De lo que incidentalmente acabamos de decir respecto á la pretensión que formula la escuela antropológica, de convertir en medida represiva de interés social el constreñimiento del reo á la indemnización de los perjuicios que hubo de irrogar al sujeto pasivo, podemos venir á otro de los puntos expuestos en el texto, y requiere alguna aclaración: el de la *acción civil*, que siempre se reconoce al damnificado, sobre lo cual tampoco marchan los tratadistas de perfecto acuerdo, ó no se explican con entera claridad. Junto á aquella aludida pretensión, que convertiría en penal la acción civil, hay el parecer de los



que creen que ésta es por completo distinta é independiente de la penal, y así lo repiten, por ejemplo, Crivellari y nuestro Silvela, y hay quien, como Pessina, entiende que tal independencia no es ni puede ser absoluta. Esto último tenemoslo por cosa indudable, desde que se admite que una y otra acción arrancan del mismo origen, el delito; juntamente las ejercita el Ministerio público, y pueden entrar en el mismo juicio, y ambas tienden á la reparación que el derecho reclama; no cabe duda, además, que el cuánto del daño lo estima la ley penal para regular el castigo, con valor para nosotros inadmisibles, y que la clase de daños ó perjuicios que se pretende á las veces indemnizar, no tiene representación ó equivalencia ajustada en la materia puramente civil. Finalmente, el hecho de que los penalistas y los Códigos penales se ven obligados á puntuar de alguna suerte en sus libros ó en su discurso lo que toca á la dicha acción civil, comprueba con un nuevo argumento el nexo á que nos referimos. Cuando Crivellari quiere confirmar la distinción é independencia que sin reparo declara, hace ver que la acción civil puede entablarse en juicio aparte y ante el juez civil, que la absolución pronunciada por éste no empece el ejercicio de la acción pública y viceversa; que ni la extinción de la acción penal por la pena, cierran el camino á la reclamación de daños, como tampoco la extinción de la acción y de las obligaciones civiles impide que se entable la acción penal; que, por último, el Juez no puede oponerse á que el condenado á indemnizar renuncie al beneficio de la prescripción para satisfacer los perjuicios causados, mientras que la prescripción penal, aunque no la presente el reo en su defensa, debe declararse de oficio. Pero estas razones (en las que se mezcla algún error y se omite acaso lo más significativo, esto es, la transcendencia que envuelve la acción civil para hacer sentir sus efectos á personas ajenas al delito y á la responsabilidad penal por tanto), más que razones de fondo, son argumentos tomados de las disposiciones legislativas existentes: hay algo del *post hoc, ergo propter hoc*. Cuando nuestro Silvela insiste en que el asunto de la responsabilidad civil es ajeno de todo en todo al derecho penal, y atribuye su inclusión en el Código penal vigente á la imperfección de nuestra antigua legislación civil, á la dificultad de decidir por ésta las cuestiones sobre la materia y á la conveniencia, por tanto, de establecer preceptos claros y precisos, brindándose únicamente la ocasión cuando se promulgaba un código penal, olvida, al parecer, las observaciones que dejamos apuntadas, y no contó con que viniese á desautorizar su presunción el art. 1092 del Código civil de 1889, en el cual se dice, por modo terminante, que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos ó faltas, se regirán por las disposiciones del Código penal». Al ilustre penalista español pudo inducirle á afirmar aquel juicio, la extensión con que este Código trata la responsabilidad civil, incluyendo entre los casos que enumera, algunos que en ningún modo proceden de la *actio civilis ex delicto*, según tendre por ocasión de ver al presentar ahora la doctrina legal; pero, en cambio, al que tal responsabilidad afecte á personas desligadas del hecho culpable no debía ser para él motivo de diferencia, toda vez que el mismo Código dispone cosa análoga en la aplicación de la pena de multa.

La vigente ley de Enjuiciamiento criminal declara en los artículos 100 y 101, que de todo delito ó falta nace acción penal para el castigo del culpable, la cual acción es pública, y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo á las prescripciones de la ley.



Los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán obligación de ejercer así todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código reserva exclusivamente á la querella privada (art. 105). El que presencie la perpetración de cualquier delito público, ó tuviese noticia de ello por razón de su cargo, profesión ú oficio (médico, farmacéutico, etcétera), ó por cualquier otro medio fuere sabedor del hecho, será obligado á ponerlo en conocimiento de la autoridad á medio de denuncia, bajo pena de multa en los casos que proceda (artículos 259 y siguientes). Todos los ciudadanos españoles, hayan sido ó no ofendidos por el delito, y los extranjeros á quien el delito afecte en su persona sus bienes, ó en las personas ó los bienes de sus representados, están facultados para ejercitar la acción popular del art. 100 en forma de querella, ateniéndose á los requisitos, garantías y responsabilidades que la ley asigna á esta forma de reclamación (artículos 270 y siguientes).

—En la legislación española se reconoce la existencia de los delitos que se califican de privados, y en los que es precisa la instancia de la parte interesada. Los arts. 449, 463 y 482 del Código penal, definen claramente, concediendo aquel carácter al adulterio, estupro, raptación, rapto, calumnia é injuria. El primero de dichos artículos establece, que no se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querella del agraviado, el cual no podrá deducirla sino contra ambos culpables, viviendo uno y otro, y nunca si hubiese consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos; el segundo, que no podrá procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, abuelos ó tutor, bastando para proceder en las de raptación ó rapto con miras deshonestas, la denuncia de la persona interesada, de sus padres abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia y pudiendo sólo intervenir inmediatamente el Procurador síndico Fiscal, por fama pública, cuando la persona agraviada careciese de su edad ó estado moral, de personalidad para comparecer en juicio, fuere además de todo punto desvalida, sin padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien; el tercero, que nadie será penado por calumnia ó injuria, sino á querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones ó instituciones determinadas del Estado, ó contra personajes extranjeros que se consideren como autoridad, si bien en este último caso ha de preceder la citación especial del Gobierno.—No hay para qué insistir en los fundamentos que se alegan para justificar estas disposiciones legales, tan harto notorios, y no tan decisivos; y así, únicamente añadiremos que la ley de Enjuiciamiento criminal ratifica, como era de rigor, lo establecido en el Código, y uno y otra preceptúan que es potestativo para el agraviado condonar ó remitir el castigo que se imponga al delincente, como una especie de confirmación, en sentir de los autores, del aforismo *ejus est tollere cujus est condere*.

—Vengamos ahora á la acción civil, complemento de la penal, y de la responsabilidad de igual clase consecuencia de aquélla; y desde luego que el Código, en su art. 18, declara que «toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente» (siempre que la índole del delito ó falta lo consienta), y el art. 100 citado de la ley de Enjuiciamiento criminal, después de señalar que de todo delito ó falta nace acción penal para el castigo del culpable, añade: «y puede nacer también acción civil para la reparación de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicio».



casos causados por el hecho punible, cuyas tres cosas constituyen calificación de delito, según el art. 121 del Código, la responsabilidad que estudia el presente capítulo es la que se refiere a la reparación del daño causado por el delito contra la propiedad; por la primera devuélvese á su dueño la cosa sustraída de que se vió despojado, con abono de deterioros ó menoscabos que el Tribunal, sin que obste á ello el que se encuentre en posesión de un tercero que la haya adquirido por un medio legal, á no ser que haya hecho ya irrevindicable (art. 122); la reparación procede cuando la restitución no es posible ó siéndolo, no resarce todo el daño causado; y entonces habrá de valorarse éste por el Tribunal, atendido el valor de la cosa, siempre que fuese hacedero, y el de afección del delito (art. 123). La indemnización cabe también en los delitos contra la propiedad (pues que con el daño emergente puede concurrir el lucro cesante); pero además, y por lo común, se aplica á los delitos contra las personas que causan perjuicios estimables en una cantidad pecuniaria (gastos en la curación de heridas, pérdida de utilidades por suspensión del trabajo, por inutilidad para el mismo, por ofensas al honor, etc.); y comprenderá, no sólo los perjuicios que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado á su familia ó á un tercero, regulando su importe los Tribunales como en el art. anterior (art. 124). La obligación por los tres conceptos indicados, se transmite á los herederos del responsable, y la reclamación se hace efectiva á los del perjudicado (art. 125). A pesar de los principios absolutos en que está concebido el artículo 18 del Código, no obstante los hay hábiles para la responsabilidad civil, pues algunos delitos originan consecuencias cuya valuación resulta repugnante ó impracticable, y así ocurre, por ejemplo, con los de adulterio y deshonra, y los de rebelión ó sedición. También debe notarse que el Código, en su parte especial, menciona verdaderas indemnizaciones que se otorgan en los preceptos que van aludidos; y de ello dan testimonio los arts. 464 y 494.

Considerando ahora el alcance de la responsabilidad civil en cuanto á las personas, adviértese que el Código habla de responsabilidad principal y subsidiaria; pero esta última puede darse entre los mismos que causan la principal, ó á falta de los que tienen ésta: la principal corresponde al que ha delinquido, y en el caso de ser dos ó más, á razón de la cuota que señale el tribunal á cada uno (art. 126); mas si en el hecho punible hay autores, cómplices y encubridores, la responsabilidad es solidaria entre los de cada clase por las cuotas respectivas, y subsidiaria, entre todos los codefincuentes, con arreglo al orden importancia de la participación, ó sea, primero, en los bienes de los autores, después en los de los cómplices, y, por último, en los de los encubridores, quedando á salvo las reclamaciones ulteriores contra los que apareciesen insolventes (art. 127). Tal es la responsabilidad subsidiaria entre los mismos que la tienen principal. La subsidiaria á favor de los que tienen ésta, la señala el Código en la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 19 y en los arts. 20 y 21. Contráese la regla al caso en que una persona haya producido un hecho dañoso bajo la coacción de un miedo imperable (núm. 10 del art. 8.<sup>o</sup>), y claro es que el verdadero delincente aquí es el que causó el miedo y á él le toca la responsabilidad principal; pero subsidiariamente, y en su defecto, responde el coaccionador material del hecho, salvo el beneficio de competencia. Los artículos 20 y 21 disponen, que los posaderos, taberneros y cualesquiera personas ó empresas en cuyos establecimientos se cometiere un delito, habiendo habido por su parte ó la de sus dependientes infrac-



ción de los reglamentos generales ó especiales de policía; los propietarios de una casa ó finca, en cuyoa casa ocurriera un robo ó un hurto de objetos pertenecientes á un huésped que hubiera dado cuenta de su depósito en la finca, y se hubiera atendido á las prevenciones que se le hicieran; tratarse de un robo con violencia ó intimidación en las personas cometido por los servidores de la casa; los amos, maestros, patrones y empresas dedicadas á cualquier género de industria, cuyos obreros, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes realizaran faltas en el desempeño de sus obligaciones ó servicios, — respondiendo también subsidiariamente, de no hacerse efectiva la responsabilidad civil en aquéllos sobre quienes en primer lugar debe caer. — No se desconoce que en todos estos casos la responsabilidad civil es accesoria en un delito ó falta de los enumerados en el Código penal, pero poco puede dudarse de que los responsables subsidiariamente ajenos por entero á ello, merced á su debilidad, incurra ó negligencia, pues aun en el caso de la regla 3.<sup>a</sup> del art. 19, si la vieja sentencia *luntas quamvis coacta semper voluntas est*, no recibe aplicación, tratándose de responsabilidad penal, puede y debe recibirla en la ley.

Réstanos dar cuenta de otros tres particulares especificados en el Código, para dejar completamente expuesta la doctrina de uno de ellos el contenido de la regla 1.<sup>a</sup> del art. 19, la cual es la siguiente: «en los casos 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> (del art. 8.<sup>o</sup>) son responsables por los hechos que ejecutare el loco ó imbecil y el menor de nueve años, ó el mayor de esta edad y menor de quince que no sea obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad legal, á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ó negligencia; — no habiendo persona que los tenga bajo su potestad legal, ó siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los amos locos, imbeciles ó menores, salvo el beneficio de competencia en la forma que establezca la ley civil.» Hay aquí también una responsabilidad principal proveniente de una omisión punible en personas racionales y aun legales (art. 598), y una responsabilidad subsidiaria que no sin alguna razón ha sido combatida. Aparte de otros argumentos deducidos; v. gr., de la consideración que debe merecer el incapacitado ó demente, ¿cómo puede afirmarse que el derecho del guardado es absoluto, cuando la ley no le concede los beneficios de exención de daños y perjuicios en el caso de que el guardado incurriese en negligencia ó culpa? De todas suertes, el hecho de que haya un incapacitado ó un menor totalmente abandonado y omisión de fortuna, ó un guardador, insolvente, de un guardado en necesidad de suplir su insolvencia, será raro y hasta poco verosímil. En otro caso nos da noticia el art. 128: «el que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito ó falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiese participado.» Si se refiriese á una de las formas del encubrimiento, no era necesario decirlo después de lo dispuesto en los artículos 18 y 127; pero contrariándose á los que representen análoga intervención en las faltas y delitos que hasta el momento de la reclamación no tuviesen conocimiento del origen de aquellos efectos, la justicia de lo ordenado es patente y sin violencias en la *actio civilis ex delicto*. — No sucede así en el caso de los casos con que dejamos presentada en su integridad la doctrina del Código, ó sea el que es objeto de la regla 2.<sup>a</sup> del art. 19. Refiérase al núm. 7.<sup>o</sup> del art. 8.<sup>o</sup>, y este número bien puede decirse que responde por entero en la ley penal, pues no ofrece aspecto alguno criminal. La cuestión, por tanto, es independiente de todo delito, y aun



esta cuestión civil, difiere de las demás puestas á su lado, porque no se trata de resarcir daños é intereses mermando los bienes de los llamados á ello, sino de pagar beneficios que se deben á la merma sufrida en las cosas por el reclamante.

La expuesta doctrina del Código penal parece hallar su complemento en el capítulo 2.º, tít. 16 del Código civil, el cual consigna en los artículos 1092 y 1093, que si las obligaciones civiles que nazcan de delitos ó faltas se regirán por las disposiciones del Código penal cuando se deriven de actos ú omisiones en que intervenga culpa ó negligencia no penadas por la ley, quedan sometidas á lo dispuesto en el capítulo citado (artículos 1902 y siguientes), que no creemos necesario transcribir.

En la ley de Enjuiciamiento criminal encontramos los siguientes preceptos referentes á la acción civil que se dirige á obtener la responsabilidad de igual nombre:—la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio fiscal, haya ó no en el proceso querrela particular, pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación ó indemnización, el Ministerio fiscal no limitará á pedir el castigo de los culpables—; la renuncia de la acción civil ó de la penal renunciante, no perjudicará más que al renunciante, pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que halle la causa, ó ejercitarla nuevamente las demás á quienes correspondiere;—los perjudicados por un delito ó falta que no hubieren renunciado su derecho, podrán mostrarse parte en la causa, desde antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan, ó solamente unas ú otras, segun les convinieren, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones; aunque los perjudicados no se muestren parte en la causa, por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación ó indemnización que su favor pueda acordarse en sentencia, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en forma de una manera expresa y terminante;—las acciones que nacen de un delito ó falta podrán ejercitarse junta ó separadamente, pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil de reparación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme (salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4.º, 5.º y 6.º de este capítulo sobre cuestiones prejudiciales);—ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, á no ser que el dañado renunciado la renunciase ó la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si á ello hubiera lugar;—ejercitada sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará ejercitada desde luego la acción penal;—podrán ejercitarse expresamente las dos acciones por una misma persona ó por varias, pero siempre que sean dos ó más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito ó falta, lo verificarán en un solo procedimiento, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación á cargo del tribunal;—promovido juicio criminal en averiguación de un delito ó falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendida la acción civil, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa; no será necesario, para la ejecución de la acción penal, que haya precedido el de la civil originada del mismo delito, con la salvedad ya conocida de las cuestiones prejudiciales;—ejercitada la acción penal por la muerte del culpable, subsiste la acción civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse



ante la jurisdicción y por la vía de lo civil;—la extinción de la penal no lleva consigo la de lo civil, á no ser que la extinción se de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho que la civil hubiese podido nacer; en los demás casos, la pena quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda contra quien estuviere obligada la restitución de la cosa, reparación del daño ó indemnización del juicio sufrido (artículos 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115 y 116).

● En el derecho diferéncianse cuidadosamente las consecuencias penales y las consecuencias civiles del delito. Nada de esto sucede en el derecho penal primitivo, sobre todo en el derecho germánico, donde que las composiciones judiciales revestían un carácter civil, como el *Wergeld* era la reparación pecuniaria del daño causado al individuo por el delito; un carácter penal, manifestado en la *Busse*, designado como pena á la persona lesionada ó á su familia, que reanuda al derecho de venganza; y un carácter fiscal, pues una parte de la composición, el *Friedegeld* ó *Fredus*, se pagaba á la autoridad pública que garantizaba la paz al individuo que había satisfecho la composición.

En el derecho actual se ha diferenciado muy profundamente la reparación penal de la reparación civil proveniente de delito, y muchas legislaciones modernas se preocupan seriamente de conseguir la primera, á la segunda han consagrado realmente muy poca atención. El sistema hoy en vigor en la mayor parte de los Códigos descuida demasiado el derecho de la víctima del delito á ser indemnizada; se preocupa de restablecer el orden perturbado por el delito; la reparación de la pena ha absorbido todas las demás. La reparación, dice Prins, que originariamente, es la esencia de la pena, no tiene en nuestros días mas que un carácter secundario y no puede ser reducida más que por el individuo lesionado. El poder público no se preocupa de los derechos de la parte ofendida, los descuida y hasta pone obstáculos al ejercicio de la acción para la reparación civil, impone al perjudicado numerosas formalidades, y exponiéndole á grandes sacrificios y á una responsabilidad pecuniaria. Hoy no se da importancia al carácter social de la reparación del daño. El perjuicio material causado por los delitos es considerable. Los que han sufrido estos daños no aprovechan para nada los esfuerzos del poder para la represión del crimen; sus sufrimientos subsisten, los tribunales funcionan como si no existiese la víctima del delito: puede decirse que su sufrimiento es doble, pues debe, como contribuyente, pagar las cargas de justicia. Esto, como Prins observa (1), es tanto más de lamentar, cuanto que las víctimas del delito pertenecen generalmente á clases poco acomodadas. Los atentados contra las personas (riñas, lesiones, homicidios), ordinariamente tienen lugar en las clases inferiores. Los atentados contra la propiedad se verifican, por lo general, no en los barrios ricos, donde la circulación es activa, la vigilancia general y la vigilancia cuidadosa, sino en los barrios pobres y en las casas en las que los ahorros no están guardados en cajas caudales secretas; y los fraudes se ejercen preferentemente en perjuicio de espíritus sencillos, poco cultivados, privados de consejo y experiencia, como generalmente sucede entre la gente de con-

(1) *Science pénale et droit positif*, p. 372 y sigts.



accidenta. Ahora, mientras que el delito, insiste Prins, es un atentado contra la personalidad humana, el derecho positivo nada hace para la reparación de esta personalidad. Reserva los favores de la sociedad, como el peculio penal, el patronato, para el delincuente; en cambio la víctima del delito no encuentra más que la indiferencia, cuando no encuentra la hostilidad.

Ya Bentham, Bonneville de Marsangy y Spencer llamaron la atención sobre este problema y hasta propusieron varias soluciones para su resolución. Cuando más seriamente se ha planteado ha sido en los tiempos modernos, especialmente por la escuela positiva, que lo ha tratado con gran interés. Ferri sostiene que la reparación del daño debe considerarse no como función privada, sino pública, como una consecuencia jurídica y social del delito. Los ciudadanos, dice, pagan impuestos para obtener del Estado los servicios públicos, entre los cuales, uno de los más importantes, es el de la seguridad pública. Pero el Estado ni sabe prevenir, ni casi reprimir los delitos, no cumple por consiguiente con sus deberes para con los ciudadanos; por tanto debería indemnizar á los particulares los daños sufridos por los delitos que él no supo ni pudo prevenir, reservándose el derecho de obtener del delincuente el pago de dichas reparaciones (1). Garofalo también ha consagrado un estudio especial á esta cuestión, proponiendo para conseguir la reparación del daño varios medios, como una hipoteca á favor del perjudicado sobre los bienes inmuebles y un privilegio privilegiado sobre los demás bienes del culpable, á partir del momento en que se dictó el auto abriendo el juicio, con el fin de que si no no tenga tiempo de hacer desaparecer sus bienes. En caso de renuncia de la parte ofendida, se debería obligar al delincuente á entregar la cantidad que correspondiese á aquélla en una Caja de multas destinada á hacer anticipos á las personas indigentes que hayan sufrido á consecuencia de un delito. Respecto de los insolventes, se debería obligar á entregar en beneficio del Estado y de las personas ofendidas, ó en caso de renuncia de éstas, en la Caja de multas, una parte de su salario, que exceda de lo absolutamente indispensable para atender á su subsistencia, y cuando se tratase de vagos, ociosos, se les obligaría á trabajos por cuenta del Estado y percibirían un salario equivalente al de los obreros libres, el Estado no les entregaría más que lo que juzgase necesario para subvenir á sus necesidades, y cuando se ingresaría en la Caja de multas para indemnizar al perjudicado del daño, han sido propuestas también á asegurar la reparación de trabajar en beneficio de la víctima, ya en la cárcel, ya en la vida de libertad, hasta la completa satisfacción de la indemnización; exigir dicho pago como condición previa para poder acogerse á los beneficios del indulto, de la libertad condicional, de la condena condicional; dispensa en favor de la víctima de constituirse en parte para la obtención de la reparación que sería exigida de oficio por el Ministerio público (3). El Congreso Penitenciario Internacional de

(1) Ferri, *Sociologia criminale*, p. 847 y sigs.

(2) *Criminologia*, p. 352; *La indemnización á las víctimas del delito*. (trad. española.)

(3) Vid. Prins, *Science pénale et droit positif*, p. 397 y sigs; Demogne, *De la réparation civil des délits*, Paris, 1898.



Bruselas (1900) que estudió esta cuestión emitió el voto, ya adoptado en el Congreso Penitenciario Internacional de París (1895), favorable á facilitar, mediante reformas en el procedimiento, la constitución de la parte civil.

---



## CAPÍTULO III

### De los obstáculos á la acción penal y á la pena.

*Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio.*  
L. 1, D. de except. præscr. et præjud.

#### Advertencia preliminar.

§ 163. Las negociaciones ó limitaciones que impiden el curso de la acción penal ó la eficacia de la condena, se dividen en dos categorías: 1.<sup>a</sup>, la de aquellas que impiden el curso de la acción penal no obstante la agravación del delito, y de éstas algunas lo impiden perpetuamente, otras ejercen una eficacia temporal que lo suspende; 2.<sup>a</sup>, la de aquellas que rompen el curso de la acción penal ó hacen cesar la eficacia de la condena, y por eso son las causas de extinción, ya de la acción penal, ya de la pena. Además de esto, es preciso también tener en cuenta otra distinción de los obstáculos cuando únicamente se refieren á la acción penal. Como el fin de ésta es el castigo del culpable de un delito dado, el impedimento ó la extinción de la acción penal puede tener lugar unas veces para el delito en sí mismo, y otras solo con relación á aquél á quien se le imputa, lo cual veremos más claramente al hablar de las varias causas que produce, ya el impedimento, ya la extinción del procedimiento penal, y que por tal condición pueden distinguirse en subjetivas y objetivas.

#### I

De las causas que impiden el ejercicio de la acción penal, ya absoluta ya temporalmente.

§ 164. La regla general es que todo delito da lugar á la acción penal, ya que ésta puede decirse que es la conclusión necesaria de

*Elementos de Derecho penal.*



un silogismo, cuyas dos premisas son: la ley penal (*mayor*) y la aparición del delito (*menor*). Sin embargo, en algunos casos la ley declara que no ha lugar á la acción penal. Cuando se hace tal declaración en sentido absoluto, esto es, á nombre del delito, no vale á declarar que el hecho no es punible y que por consiguiente no constituye delito, pues de otro modo la ley incurriría en contradicción consigo misma considerando por una parte como punible un hecho y por otra prohibiendo su castigo. Así, cuando la ley dice que no se admite la acción penal cuando se trate de injurias ó injurias contenidas en las arengas ó escritos producidos en juicio y relativos á la discusión, ya en materia civil ya en materia criminal, viene con esta fórmula á declarar que en aquellos casos los hechos no constituyen delito (1). La excepción al principio que todo delito da lugar á la acción penal, existe únicamente cuando se establece que no se admite ésta con relación á alguno de los culpables y no por el delito en sí mismo: esto ocurre solamente en los robos y daños de escasa importancia entre próximos parientes para los cuales no se da la acción penal reservada únicamente para los extraños que han tenido participación en dichos delitos, en los correos, cómplices ó encubridores dolosos. Pero de esta excepción nos ocuparemos más detenidamente al hablar de los delitos particulares y sobre todo al tratar de los delitos contra la propiedad privada.

§ 165. Existen varias causas de suspensión que se refieren al ejercicio de la acción penal. Las causas subjetivas son impedimentos temporales para la persecución del culpable. La demencia del procesado cuando sobreviene después de la perpetración del delito es impedimento temporal para la persecución contra él. La garantía ó inmunidad de que gozan algunos funcionarios públicos y los miembros del Parlamento, no constituye verdadera suspensión de la acción penal, sino de la persecución contra la persona del acusado, el cual mientras está cubierto por el amparo de dicha garantía, no puede ser capturado ni llevado ante el juez penal; pero todos los demás actos de instrucción diversos de éste pueden realizarse, y el promover la extinción de la garantía puede considerarse como algo que forma parte del procedimiento, y por consiguiente del ejercicio de la acción penal. Las causas objetivas de suspensión de la acción penal pueden reducirse á dos, que

(1) Art. 398 del código italiano vigente y 482 del código español. — (N. 1)



1.ª, la falta de querrela en los casos en que es necesaria para promover la acción penal; y 2.ª, la cuestión prejudicial.

166. La falta de querrela (1) es impedimento, no para la existencia de la acción penal, sino para su ejercicio, en cuanto que la querrela, cuando es necesaria para promover la acción penal, es condición suspensiva de la punibilidad. Algunos hechos son delictivos en sí mismos, pero su punibilidad en concreto está condicionada por la querrela del ofendido. Los casos de semejante condición suspensiva están determinados expresamente por la ley, y cuando falta la letra de la ley que enuncie tales condiciones de punibilidad, queda como regla general que el Ministerio público debe promover de oficio.

167. La cuestión prejudicial (2) en sentido lato, significa que no puede procederse al juicio penal si antes no se ha resuelto una cuestión de cuya solución depende el juicio penal mismo. La regla general de todo juicio es que el juez llamado á resolver la cuestión principal debe también resolver todas las cuestiones de cuyo resultado depende la solución de la cuestión principal. Y por la misma razón, el juez penal está llamado á decidir todas las cuestiones preliminares cuando pertenezcan, ya al Derecho civil, ya á otra rama del Derecho, como cuestiones incidentales. Pero algunas veces hay cuestiones que la ley reserva á algunos jueces, y en tal caso, estando reservada la cuestión de que depende el procedimiento á otro juez distinto del penal, no puede tener lugar el procedimiento penal, sino después de haberse resuelto la cuestión prejudicial. Así, la cuestión prejudicial en sentido estricto significa un juicio que debe preceder al juicio penal y debe ser tratado antes por otro juez. Ahora bien, la ley declara expresamente que en los delitos de represión de estado, la acción penal no puede promoverse más que después de la sentencia definitiva del juez civil sobre la cuestión de estado, de modo que esta es la cuestión prejudicial. Pero en todos los casos en que se trate de determinar el estado del

(1) Ziegler: «De delictis non nisi ad læsi querelam coercendis». Gotting. 1806.  
 (2) Ruyter: «De delictis que ministerium publicum non ex officio persequitur». Amsterdam. 1829.—Godefroy: «De iis delictis que non nisi an læsorum querelam vindicantur». Amstel. 1837.—Dissert de Von Gonner, de Mittermaier, de Zachariæ en el Manual del Dir. Crim. (N. A. t. VII. Nueva serie, 1838, 1845, 1847).  
 (3) Boehmer: «De except. præjudic. ejusque in crim. usu». Halæ 1739.—Leistner: «De præjudiciis in concursu causar. crim. et civ. evenientibus». Gotting. 1840.—Mejer: «De civilis et criminalis causæ præjud». Hannov. 1841.



individuo, la *quaestio status* es prejudicial, sino únicamente cuando se trata de los varios delitos de supresión de estado, los cuales verifican en la ocultación de un niño ó supresión de la prueba de su estado civil, ó en la sustitución ó suposición de parto. Los verdaderos motivos de esta determinación excepcional consisten únicamente en la dificultad é incertidumbre de la prueba del hecho de la filiación, y además en el interés de la sociedad que repugna que se perturbe la tranquilidad de las familias por el pretexto de una supresión de estado por indiscretas ó temerarias persecuciones (1).

§ 168. A la *quaestio praejudicialis* relativa al estado hay que añadir una *quaestio quasi-praejudicialis*, la que surge por excepciones en la propiedad ú otro derecho real, los cuales, si subsisten, excluyen el delito. En tal caso dicese que es prejudicial la excepción cuando la cuestión que suscita puede constituir un *praejudicium* en sentido estricto, debiendo decidirse por el juez civil. Segun algunas legislaciones modernas, sólo la cuestión de estado en los delitos de supresión de estado suspende la acción, y las demás excepciones preliminares son ejercicio de la acción penal, en caso que á instancia del Ministerio público son decididas por el juez penal. Sería imposible considerar como suspensiva de la acción penal toda excepción que invoque las reglas del Derecho civil de otra cualquiera rama del Derecho para justificar un hecho punible (*Feci sed jure feci*). La ley italiana vigente sigue un sistema mixto, cual es el de la *quasi-praejudicialidad* de la cuestión de propiedad ú otro derecho real, acudiéndose al juez civil (2). Por tres razones la cuestión no es plenamente *prejudicial*, sino *quasi-praejudicial*: 1.<sup>a</sup>, el acudir al juez civil presupone un examen preliminar y sumario de la excepción por parte del juez penal con el fin de ver si hay alguna *apariencia de fundamento*; 2.<sup>a</sup>, el acudir al juez civil es *potestativo*, no obligatorio; 3.<sup>a</sup>, el acudir al juez civil está limitado por un término que el mismo juez penal debe fijar, y dentro del cual el procesado debe procurar la solución.

(1) Haus: «Principes généraux du D. pénal belge», n. 877. — Art. 32 C. Proc. pén. belg.

(2) Art. 33, C. Proc. pen. ital. 1965. «Cuando contra la acción penal se presentaran excepciones de Derecho civil concernientes á la propiedad ó á otro derecho real, las cuales de subsistir excluirían el delito, el juez, si halla en ellas alguna apariencia de fundamento, podrá suspender el juicio y remitir el conocimiento de dichas excepciones al juez competente, fijando al procesado un término para procurar su resolución.»



la cuestión. De aquí que la cuestión prejudicial no puede decirse que sea un obstáculo á la acción penal, porque la suspensión del procedimiento penal depende del tiempo que dure la resolución de la excepción por el juez civil, y esto es en cierto modo una continuación de la misma acción penal.

§ 169. Sin embargo, en la esfera del Derecho penal se ha suscitado una cuestión relativa á la bancarrota, ya simple, ya fraudulenta, cual es la de si debe preceder el fallo de la Autoridad civil y los Tribunales de Comercio para el procedimiento penal. Los escritores franceses están concordes en restablecer la independencia de la acción penal, con relación á la declaración judicial civil. Nicolin en Italia (Proc. pen., parte 1.<sup>a</sup> § 1003) sostiene el principio contrario: «Ea prejudicial, dice, en la acusación de bancarrota simple ó dolosa, la existencia y apertura de la quiebra, y nadie puede juzgarla más que el Tribunal de Comercio. Por eso no puede haber bancarrota simple ni dolosa sino cuando el comerciante ha sido condenado, y esto corresponde al Tribunal de Comercio. El Ministerio público puede, por la notoriedad del hecho, excitar al Tribunal mercantil á hacer la declaración; pero no podemos creer que sin ésta pueda comprenderse la acusación de bancarrota; los jueces penales no son competentes para atribuir tal carácter á un hecho comercial, y no puede existir esa cualidad sin sujeto á quien corresponda. La ley quiere que en toda quiebra los agentes públicos den cuenta de su estado; desde este punto la acción del Ministerio público es libre é independiente». Carrara defiende la opinión de los escritores franceses, sosteniendo también que la declaración de quiebra no liga al juez penal. Sin embargo, nosotros nos atenemos á la de Nicolini, porque la condición de quebrado en el comerciante no es un hecho aislado, sino un estado, una condición personal que ante la sociedad jurídica no puede subsistir en nombre del poder penal y dejar de subsistir en nombre del poder civil. La condición de quebrado no es algo relativo á un hecho aislado, sino que abarca toda la actividad del comerciante; éste pierde, desde la declaración de quiebra hasta la rehabilitación, la libre administración de sus bienes; los débitos no caducados se consideran como caducados; se anulan los contratos por él formados; la condición de los acreedores singulares cambia radicalmente á consecuencia de la declaración de quiebra. Es por lo tanto imposible separar en él la personalidad comercial, de manera que mientras sin declaración civil de quiebra puede contratar libre-



mente, esté sujeto al procedimiento penal por bancarrota (1).

§ 170. Hay otras excepciones prejudiciales al ejercicio de la acción penal; pero por su índole debe decidir las el juez que decide de aquélla, y por eso, no saliendo del círculo del juicio penal, están comprendidas en el ejercicio de esta acción. A este grupo de excepciones pertenecen las siguientes:

1) En los delitos de difamación ó libela infamante, cuando la continuación de la imputación se procediese criminalmente contra la persona difamada, se suspenderá el juicio por delito de difamación hasta conocer el resultado del juicio contra la persona difamada, porque del éxito de éste depende el decidir de la difamación. De modo, que si los hechos resultan probados, el autor de la imputación no queda sometido á pena alguna; pero cuando los hechos no estén probados, la sentencia, al declarar al difamador culpable de *calumniosa imputación* le condena á la pena señalada para la difamación, ya para el libelo infamante, que podrá ser á la de *calumnia* si del proceso resultara que no había motivos dados para creer lo que se imputaba.

2) En el delito de adulterio, la persecución penal contra el cómplice de la adúltera supone necesariamente la sorpresa en el flagrante delito ó la prueba escrita procedente del mismo.

3) En los delitos que se fundan en algunos contratos de los que son violación, la persecución penal está comprendida dentro de los límites de la prueba civil, no pudiendo admitirse como prueba del contrato la prueba testimonial, sino cuando fuera admitida según las disposiciones de las leyes civiles (2).

Pero de cada una de estas excepciones hablaremos más extensamente cuando tratemos de los delitos á que las mismas se refieren.

## II

De las causas que extinguen la acción penal ó la condena

§ 171. Algunos enumeran entre las causas de extinción, como la principal, el cumplimiento de la acción penal y la ejecución de la condena, en virtud del principio por todos repetido y consue-

(1) Art. 547, 551 y 552 Cód. de Com. ital.

(2) Art. 848 C. proc. pen.



mente aceptado, de que la pena extingue el delito. De aquí se deducen los siguientes principios:

a) La condena irrevocable y el veredicto absolutorio extinguen la acción penal.

b) La ejecución efectiva de la pena extingue la condena.

Estas proposiciones pueden admitirse en el sentido de que una necesidad jurídica se extingue cuando ha sido satisfecho. La necesidad del juicio penal no es ya tal necesidad cuando el juicio se ha completado con aquel acto que le pone termino, esto es, con una condena irrevocable, ya de condena, ya de absolución; lo cual tiene su fundamento en la necesidad social de dar fin á la lucha judicial con una declaración definitiva é *irrevocable*. Y del mismo modo se extingue la necesidad jurídica de aplicar una condena cuando ya se ha cumplido en su totalidad; pero esta pretendida extinción es *agotamiento de actividad*, pues que no quita propiamente su fuerza á la acción penal ó á la condena; el procedimiento penal se completa y perfecciona como procedimiento judicial, en la sentencia, y como procedimiento ejecutivo, en la ejecución de una condena. La verdadera extinción de la acción penal está en la eficacia de una fuerza extrínseca á dicha acción, que la haga cesar; la verdadera extinción de la condena está también en la eficacia de una fuerza extraña á la misma condena que destruya en todo ó en parte sus efectos.

Las causas de esta verdadera extinción, ya con relación á la acción penal, ya con relación á la condena, son cuatro: *mors, remissio, indulgentia Principis, præscriptio*.

§ 172. *Muerte del delincuente* (1). Si la justicia penal debe obrar sobre el delincuente, faltando esta individualidad falta el sujeto sobre el que la pena debe caer, y al hacerse imposible la aplicación de la ley penal se extingue la acción penal. *Mors omnia solvit*. El Derecho romano proclamó la regla general: *crimen extinguitur mortalitate*, deduciendo de ella el principio de la extinción de la acción y la condena penal (2). Pero á la vez estableció excepciones para el delito de lesa majestad (*Hoc crimen nisi á successoribus purgetur, hereditas fisco vindicatur*), y para los juicios de *peculato*, del *crimen de residuis* y del *crimen repetundarum*, *quum in nisi quæstio principa-*

(1) Redding: «De vi et effectu mortis et dementiæ, cum in reorum damnationem, tam in damnatorum poena». Groning. 1823.

(2) *Is qui in reatu decedit integri status decedit.* (L. II, D. ad L. Jul. maj.)



*lis ablatae pecuniae moveatur* (1). Finalmente, la confiscación ha sido considerada como pena que debe cumplirse á pesar de la muerte cuando ésta ocurra después de la condena, y según el Derecho posterior al emperador Adriano, la confiscación tenía lugar aun cuando la muerte ocurriese antes de la condena, si constaba que el delincuente se había suicidado con ánimo de evitarla (2). Durante la Edad Media era común la ejecución de la pena aun después de la muerte del condenado. Además de la *damnatio memoriae*, se admitía la condena en efígie, el quemar los cadáveres, y los juristas decretaron la siguiente cruel máxima: *male tractando mortuos terrore viventes* (3). Estas bárbaras costumbres fueron combatidas por la Reforma penal, y hoy día es principio unánimemente admitido que la muerte del delincuente extingue la acción penal y la aplicación de toda pena. La acción penal se extingue por la muerte del imputado, pero sólo con relación á él y subsistiendo íntegra la acción civil que debe ser intentada ante el juez civil. La muerte del reo extingue también las penas pronunciadas en condena irrevocable. Solamente para las condenas pecuniarias pronunciadas en vida del culpable, la ley conserva su eficacia cuando se han dictado en juicio contradictorio y llegaron á ser irrevocables antes de la muerte; lo cual se funda en el principio del derecho adquirido por el difunto sobre el patrimonio del difunto en virtud de la condena dictada en juicio. También el Derecho da una eficacia ejecutiva á las condenas contumaciales de pena pecuniaria, cuando habían sido pronunciadas antes de la muerte del reo y se le habían notificado en vida.

§ 173. B) *La remisión del ofendido en los delitos que se persiguen en su instancia.*—Como hay casos en los que la acción penal no se admite sin la querella privada, entonces el procedimiento puede extinguirse por la renuncia ó remisión del ofendido. Pero el legislador debe restringir dentro de algunos límites la eficacia de la renuncia para que la justicia penal no pierda toda su autoridad y prestigio por excesiva dependencia de la veleidad de los particulares.

(1) L. 14 D. ad L. Jul. pecul.

(2) L. 3, D. de bon. eor. qui ante sent. Cf. Paul. Rec. Sent. V, 12, 1.—L. 48 de jure fisci.—C. 5, si reus vel. acc.

(3) Ang. Aretin: v. qui dom. judex videns, n. 43, 48.—Bossii: De accus. n. 33, de execut. sentent.—Clarus: qu. 15, n. 16.—Farinac: qu. 10, n. 77, 78.—Carpene: qu. 181, n. 27, 122.



La remisión, sin embargo, puede realizarse, ó antes que haya sido querella, ó cuando ya tuvo lugar ésta. En el primer caso, la remisión es *renuncia* al derecho de querellarse; en el segundo, la remisión se manifiesta como *desistimiento* de la querella intentada.

I. La renuncia al derecho de querellarse no origina ninguna querella cuando se hizo expresamente. Pero hay casos en que la ley considera que existen presunciones jurídicas de renuncia:

1) El ejercicio de la acción civil ante el juez civil sin esperar el resultado del juicio penal y antes que el procedimiento penal haya intentado por la querella, significa la renuncia de esta en aquellos delitos en que la acción penal no se puede ejercer más que á instancia de la parte ofendida. *Electa una via non datur recursus ad alteram* (1).

2) Si en el curso del procedimiento para un delito se reconoce al juez que el delito por el cual se procede es de aquellos en que se exige la querella del ofendido, y ésta no ha tenido lugar, los jueces deben declarar que no ha lugar á procedimiento penal. El silencio del ofendido sin petición de castigo, conservado hasta el momento en que los jueces reconozcan que se trata de delitos perseguibles á instancia de parte, hace presumir una renuncia y por eso produce la extinción de la acción penal (2).

II. La remisión hecha después de intentarse la querella, por regla general, debe presentarse como *desistimiento de la querella*. Los principios que la regulan son los siguientes:

1) El desistimiento debe hacerse por las mismas personas que produjeron la querella y ante los mismos funcionarios encargados de admitirla (3).

2) El desistimiento, por regla general, debe hacerse expresamente, del mismo modo que se hizo la querella. Pero esto no impide que en un caso especial pueda haber un desistimiento implícito: este caso, admitido por unánime opinión de los juristas, se refiere á la violación de la fe conyugal; el hecho de la reconciliación celebrada entre los cónyuges reanudando la vida doméstica, supone una remisión de hecho, una renuncia tácita á la querella penal (4).

(1) Art. 7 Cód. proc. pen., 1855.

(2) Art. 120 Cód. pro. pen.

(3) Art. 116, 117 Cód. proc. pen., 1865.

(4) Giulio Claro: Sent. Lib. V, § adulter, suppl. n. 123: *Caveat maritus ne sciens uxorem esse adulteram, se cum ea carnaliter commisceat, nam ex eo videtur illi adulterium*



3) El desistimiento de la querella es irrevocable, y por ende pierde el derecho de ejercer la acción civil, cuando en el acto del desistimiento no se haya hecho reserva expresa.

4) Además de la irrevocabilidad del desistimiento por parte de aquel que desistió, hay otro límite que los legisladores suelen poner con relación al tiempo en que la remisión debe hacerse para tener la eficacia de impedir la acción penal: este límite de tiempo radica en la *importancia social del veredicto del juez*. Mientras que la acción penal está pendiente, mientras que no se ha entablado el juicio fundado en la querella, la sociedad jurídica no ha decidido todavía de un modo irrevocable la delincuencia; en tal caso, la remisión viene y es eficaz, no ocurre que por un lado reconozca la sociedad que un hombre es culpable de delito y por otro se niegue a tenerlo de castigarlo porque el ofendido así lo quiere. Cuando interviene una solemne declaración, sería absurdo subordinar de este modo la servidumbre del Estado hacia el particular ofendido a que se llegara á reconocer que un individuo ya declarado culpable de delito quedar exento de pena. Y por eso la ley ha fijado que el desistimiento se refiere únicamente á la acción penal, y que no puede de ninguna manera impedir la ejecución de un juicio de condena. Cuando en el curso del juicio reconozca el juez que se trata de un delito de los que se persiguen á instancia de parte y el ofendido ha desistido de la querella, declarará no haber lugar á procedimiento penal (1). Y como la remisión produce efecto no sobre la pena pronunciada, sino sobre la acción penal, la ley ha fijado expresamente que el desistimiento puede hacerse en cualquier estado de la causa, al abrirse el público debate, en el primer juicio y aun en el de apelación (2). Pero hay una disposición especial para el delito de adulterio y concubinato, según el art. 358 del Código penal vigente: la ley hace una excepción al principio de que la remisión del ofendido no puede tener eficacia sobre el juicio de condena, establece «que la remisión puede hacerse aun después de la condena, haciendo cesar su ejecución y sus efectos penales».

§ 174. Queda, sin embargo, una cuestión sobre los requisitos para la eficacia de la remisión en caso de desistimiento, y si de

*remisioe.*—Art. 152 del Cód. civ. La reconciliación extingue el derecho de pedir la reparación.

(1) Art. 120 Cód. proc. pen. ital., 1865.

(2) Art. 117 Cód. proc. pen., 1865, reformado por el Real decreto de 1.º de diciembre de 1889.



comprenderse entre ellos la aceptación del desistimiento por parte del querellado. A primera vista puede decirse *invito beneficium datur*; pero debe considerarse que cuando la ley, por excepción de la regla general de la independencia de la acción penal con relación a la querella particular, consagra para algunos delitos la necesidad de la instancia privada y reconoce que entonces la remisión impide el procedimiento penal, no lo hace en interés del ofensor, sino casi siempre, ó en interés legítimo de la sociedad, ó en interés del mismo ofendido. El legislador unas veces trata de procurar que en lugar de una encarnizada lucha judicial haya una reconciliación entre ofensor y ofendido, viniendo la paz á prevenir males mayores; otras, de respetar el dolor del ofendido sin agravar su situación con la publicidad del hecho criminoso, la cual le ocasionaría un daño mayor que el bien que pudiera producirle el castigo del delincuente. Con relación al querellado sólo es preciso hacer notar que también él tiene un derecho á conservar ilesa su reputación, y que originándose por la querella una imputación que ejerce su influencia en la conciencia social, puede un hombre inoportuno sostener como necesario para la declaración de su inculpadad ponerse frente al querellado mediante un juicio, renunciando á los efectos jurídicos del desistimiento. Y por eso, salvo los casos de delitos que lesionan el honor del individuo ó de la familia (injuria, calumnia, estupro, adulterio, atentado al pudor, etc.), nosotros creemos que se debe dejar al querellado la plena libertad de elección entre entablar el juicio ó desistir de la acción penal. Y no debemos dudar que el procedimiento judicial es por su naturaleza acusatorio, y por consiguiente, cuando desaparece la acusación por desistimiento de la querella, queda íntegra la presunción de inocencia del querellado, porque esta presunción quedará íntegra legalmente puesto que ya no se admite ulterior procedimiento, pero no simplemente á la reintegración legal del querellado corresponde la reintegración moral, pues una vez hecha la acusación queda la duda en perjuicio del que fué acusado como delincuente. El Código napoleónico de 1819, sometiendo la validez jurídica de la exculpación del ofendido á la condición de la aceptación por el querellado, exigía como requisito que éste pagase las costas del juicio. De un modo terminante, la ley de procedimientos penales de 1865 establece el principio de la innecesidad de la aceptación del desistimiento para que tenga valor jurídico, al no exigirlo como condición y al establecer en el art. 120 que en cualquier estado de la causa los



jueces consideren que no hubo querella, ó si existió y hubo dolo, no hay lugar á instancia de parte, debiendo declarar que no hay lugar á procedimiento penal.

§ 175.—C) *La indulgencia soberana* (1). Entre los obstáculos á la ley penal que impiden el curso de la acción penal ó paralizan la eficacia de la condena, existe la intervención de aquel poder del Estado á que Benjamín Constant dió el nombre de *poder moderador*, porque está llamado á poner en armonía á todos los demás poderes. Esta intervención aparece en la institución conocida con el nombre de *derecho de gracia*, entendido en sentido general, que abraza tanto la condonación ó mitigación de la pena infligida por la condena, como la abolición del juicio penal. El derecho de gracia ha sido objeto de controversia entre los publicistas, y como encierra en sí un impedimento al curso ordinario de la justicia por parte de un poder del Estado distinto del que hace las leyes ó sea por aquel que las aplica á los casos particulares, siendo llamado á cumplirlas, es una de aquellas materias que á la vez que pertenecen á la esfera del Derecho penal, forma también parte de otras ramas del Derecho, y principalmente del político. Beccaria, Kant, Servín, Pastoret, Dompierre, Bentham, Feuerbach, Langieri y otros, combaten esta institución como opuesta á los principios de la justicia penal (2). Por el contrario, algunos autores sostienen que el derecho de gracia es una saludable institución. Montesquieu, Cremani y Carmignani, lo defienden en nombre de la prudencia política. Otros, como Lueder, lo deducen del principio mismo de la soberanía. Rosshirt y Sthal lo defienden en nombre de la necesidad de mantener vivo en las muchedumbres el sentimiento de la benignidad. Romagnosi reconocía en este derecho

(1) *Salchow*: «El derecho de gracia» (alem.). Jena 1802. — *Flemlach*: «El derecho de la Corona á la gracia» (alem.). Nürnberg 1813. — *Buma*: «Diss. de jure gratiæ». Grön 1823. — *Dompierre*: «Examen du droit de grace». Lausanne 1823. — *De Casselle*: «Dissert. sur le droit de grace». Genève 1829. — *Plochmann*: «El derecho de gracia» (alem.). Erlang 1845. — *Mittermaier*: «Dis. sobre la gracia en su libro sobre los progresos de la leg. pen.» (alem.). 1843-45. — *Lueder*: «El derecho de gracia y la Soberanía» (alem.). Leips. 1860. — *Arnold*: «Exclusión y aplicación del derecho de gracia» (alem.). Erlang. 1860. — *Welcker*: «Dis. sobre la gracia» (y *Bequand* en el *Staats lexicon*). — *Mohl*: «Dis. acerca del derecho de gracia» (alem.). en su obra «Staatsrecht, Wölkerrecht, und Politik, tomo II, p. 634 á 691».

(2) «Si las leyes, dice Bentham, son excesivamente duras, el poder de hacer gracia es un remedio necesario, pero este remedio es también un mal. Haced buenas leyes y no creéis una varita mágica que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria, no se debe rechazar; si no es necesaria, no se debe publicar.» *Traité de leg. civ. et pen.* Paris 1820, t. II, p. 190-192.



complemento necesario de la ley penal para que se realice la justicia cuando en casos especiales sea de temer en interés de la justicia misma la rigurosa observancia de la ley (1). Y de esta opinión participan Oersted, Henke, Mittermaier, Köstlin, Zirkler, Ellschner, Plochmann, Temme, Buma, De Candolle, Trummer, Van Preuschen, Geib, Mohl y Welker. Esta última concepción es acogida independientemente del principio de las formas políticas. Y frente á Blackstone, que llama al derecho de gracia la más bella prerrogativa de la Corona (2), Story en su Comentario á la Constitución de la América del Norte, declara que el poder de perdonar es una consecuencia indispensable del mismo poder de castigar, para que el acusado no resulte víctima de los acusadores ó de la inexactitud de los testigos ó de los errores de los jueces ó de los jurados; y que la facultad de perdonar, lejos de ser incompatible con los principios del régimen popular, es oportuna y conveniente, sobre todo en un Estado libre donde el poder se ejerce bajo una responsabilidad que regula su ejercicio (3). Esta opinión nos parece adecuada, en cuanto establece un fundamento que es á la vez límite y regla del derecho de gracia. La ley es siempre el cumplimiento de lo justo en sí, y hay casos en los que el poder de gracia viene precisamente como la integración y el remedio á la imposibilidad de aplicarla rigurosamente sin violar ningún otro principio jurídico. Ahora bien: estos casos pueden manifestarse bajo dos formas fundamentales. Por un lado, un legítimo interés pacificación en el seno de la sociedad humana después de violentas conmociones de guerras civiles, puede exigir que se eche el velo del olvido sobre algunas clases de delitos y delincuentes (*amnistía*), lo cual debe admitirse principalmente cuando se trate de delitos políticos, porque hay en ellos un elemento determinante de tiempo y de lugar para la incriminación y la medida de la gravedad, que no radica en las exigencias

(1) Las leyes no pueden ni deben establecer más que en términos generales para la mayoría de los casos que ocurran. Dado el mejor sistema posible de legislación humana, pueden siempre ocurrir casos que sería una crueldad someter á la acción ordinaria. De donde se deduce que lejos de que el verdadero derecho de gracia debilite el carácter tutelar de las penas, lo que hace es garantizar su correcta aplicación. Cuando se habla de derecho, no se habla de arbitrio; cuando se habla de derecho, no se habla de derogación; sino de suplemento á las leyes ordinarias.—«*Genesi del Diritto penale*», p. 360, 361.

(2) Blackstone: «*Comm. etc.*», IV, c. 31.

(3) Story: «*Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*». Lib. III, c. 12.



de la justicia misma sino que trae su vigor en las condiciones peciales de la vida de un Estado. Y por otra parte, puede ser que se considere como una necesidad de justicia, el mitigar o primir en interés de un individuo una pena infligida por sentencia judicial, ya porque en aquel caso especial la pena no era ó era demasiado severa, ya porque si bien era justa, sin embargo durante el curso de la misma el delincuente ha dado pruebas de tal enmienda que bien merece una disminución de rigor. En la primera forma, la remisión puede decirse que está fundada en el interés legítimo de la sociedad humana; en la segunda, la remisión puede decirse que se funda en el interés legítimo del individuo.

§ 176. El derecho de gracia fué considerado desde los tiempos antiguos como inherente á la soberanía del Estado. Según los libros sagrados de la India el rey podía modificar las sentencias de condena, siendo el juez del proceso colocado sobre los demás jueces del Estado (1). Entre los israelitas el rey podía anular las condenas y sustituir otras penas (2). Diodoro de Sicilia nos dice que Atisano rey de Egipto conmutó la pena de muerte á que se condenó á los salteadores de caminos en relegación á una comarca desierta (3). En el Derecho helénico, el mismo pueblo, por efecto de la soberanía que le correspondía, ejerció el derecho de gracia, y la palabra *amnistía* es de origen griego, expresándose con ella la indulgencia penal bajo la forma de *olvido* (4). También en el Derecho romano antiquísimo el pueblo soberano ejercía el supremo derecho de gracia (5); pero con el Imperio pasó á ser prerrogativa del emperador, siendo sus manifestaciones la *abolitio* y la *indulgentia*; la primera tenía lugar cuando se abolía la acusación en interés del mismo acusador; la segunda, llamada también *venia*, cuando se aplicaba á los que todavía no habían sido condenados se llamaba *amnistía* si era general, y *venia specialis* si se aplicaba á un individuo dado; y cuando tenía lugar después de haber sido juzgado por

(1) Manava-Dharma Sastra IX, 293, 394.

(2) Reg. II. 26. — X, 25. — XIV. 5. — V. Michaelis: «Mosaisches Recht», § 26. Thonissen: «Etudes sur le droit crim. des peuples anciens», T. II, p. 88 y sig.

(3) Diod. Sicul. Lib. I, c. 60.

(4) Thucydíd: «De bello pelop». VIII, 73. — Se hallan vestigios de amnistía en el tiempo de Salón, pero la más notable fué la de Trasíbulo después de la expulsión de los treinta tiranos de Atenas. V. Luehker: «Reallexic. des class. Alterth.»

(5) Cic. pro Cluent. 36 Philipp. VI, 23. — Caesar: «De bello civil. III. Lib. V, 46.



a acusación, se le daba el nombre de *in integrum restitio*, y disminuía la pena sin quitar la *infamia* del delito (1). El derecho de gracia tuvo muy poca extensión en la legislación germana, pues según ella, la autoridad del Estado era extraña á la punición en aquellos casos en que se perseguía al culpable ó por los ofendidos en nombre de los mismos. Pero esta institución volvió á tomar su antiguo vigor al restablecerse el estudio y la autoridad del Derecho romano. Los intérpretes acogieron como doctrina general que al Príncipe pertenecen el derecho de gracia y el de abolición, sostuvieron que sólo en odio de algunos delitos graves, el Príncipe debe abstenerse del ejercicio de este derecho cuando ocurran tales delitos, que eran los de homicidio, adulterio, blasfemia é idolatría (-).

En el Derecho moderno las Constituciones de los varios Estados consignan el derecho de gracia, dejando á la legislación penal la determinación de los preceptos que regulan su ejercicio. La reducción ó reducción de la pena pronunciada en virtud de condena, se admite lo mismo en las Constituciones republicanas que en las monárquicas. En los Estados Unidos tiene el Presidente la facultad de derogar ó mitigar las condenas penales. En las Constituciones monárquicas de Europa se considera como una de las prerrogativas de la Corona el derecho de gracia. Las penas pueden ser condenadas ó reducidas en favor de los condenados, y este es un principio comunmente aceptado. En cuanto á la abolición general ó *amnistía*, algunas Constituciones, como la prusiana y la holandesa, someten su intervención á la voluntad del Parlamento, considerando la *amnistía* como una especie de *lex oblivionis*, al paso que la mayor parte de las Constituciones monárquicas fundadas en el tradicional Derecho inglés, reconocen también el Derecho de *amnistía* como parte de la regia prerrogativa. En algunas Constituciones se ha formulado como una de las limitaciones al derecho de gracia del Príncipe, á imitación de la Constitución inglesa, la prohibición de ejercer dicho derecho sobre los ministros, sin el consentimiento del Parlamento; lo cual está íntimamente relacionado con el principio de la responsabilidad de los funcionarios

(1) L. 3 C. de gener. abol.—l. 45 D. de re judic.—l. 49, 27, 31 D. pœn.

(2) Bœr: «De rem. ex elem. Principis». — Decian: III, 85. — Clar: Qu. 59. — Farinac: Qu. 6, n. 1. — Carpzov: Qu. 150. — Lays r: «Medd. spec.», 587. — Thomas: «De principis aggratiandi in causis homie.», 1707. — Boehmer: «Ad. Carp.», qu. 150, par. 1.



públicos en general y principalmente del poder gubernativo o ministerial, porque es uno de los principios cardinales de la libertad política en los Estados modernos.

§ 17. En el Derecho italiano tenemos el *jus gratiae*, afirmado en general por el art. 8.º del Estatuto fundamental del Reino: en él se declara que *el Rey puede hacer gracia y conmutar las penas*. Ahora bien: como el *conmutar las penas* sería parte integrante de un *jus gratiae* en sentido estricto, esto es, del derecho de quitar o mitigar las penas infligidas en virtud de condena, la fórmula consignada en el Estatuto, de *hacer gracia*, debe entenderse en su amplio sentido, es decir, que el Rey puede impedir por justa causa, bajo forma de gracia, el curso ordinario de la punición. Por ese artículo 8.º del Estatuto va interpretado en el sentido, no del derecho de gracia en sentido estricto, sino de aquel amplio derecho de gracia en virtud del cual el Príncipe puede impedir también la acción penal con la pena, sea con una abolición general ó amnistía, sea con un especial decreto de gracia que condona ó mitiga la pena, ya en la calidad, ya en la cantidad de la misma.

El Código italiano de Procedimientos penales de 1865 ha consagrado expresamente un título del libro 3.º al *derecho de gracia*. En él se establecen tres instituciones diversas, á saber: la *gracia*, la *amnistía* y el *indulto*, y no sólo indica sus requisitos, sino también las normas del procedimiento para su realización. Sin ocuparnos de este último punto, diremos únicamente algo respecto á las tres formas, por su relación con la eficacia de la ley penal. Las tres se hallan reservadas á la regia prerrogativa, pues que todas ellas se dictan por *real decreto*. La diferencia entre estas formas de gracia está en sus efectos. La *gracia* se refiere á una condena ya dictada en juicio, y puede tener por objeto ó la donación de la pena entera ó de parte de ella, ó una conmutación ó disminución de pena (artículos 826 á 829).—El *indulto* es una *gracia general* que se concede, ó por razón de ciertos delitos, ó en causa de algunas penas, y como la gracia especial, no extingue la acción penal, sino que únicamente extingue ó atenúa las penas infligidas en sentencia irrevocable (art. 831).—La *amnistía* ó abolición general extingue la acción penal y extingue las penas infligidas para algunas clases de delitos (art. 830 reformado por el Real decreto de 1.º de Diciembre de 1889).

Sin embargo, la eficacia del derecho de gracia se refiere ó á la pena ó á la acción penal, pero no puede ser prejudicial de la



civil. Y cuando se trate de *indulto* ó de *gracia especial*, el de-  
 desaparece por completo. Así dispone el art. 87 del vi-  
 Código italiano: «El indulto ó la gracia que condona ó con-  
 la pena, hace cesar la interdicción legal del condenado y las  
 acidades establecidas en el art. 33 con tal que no vayan  
 por la ley á la pena sustituida; pero no hace cesar la inter-  
 de los empleados públicos, ni la suspensión del ejercicio  
 una profesión ó arte, ni la vigilancia especial de la autoridad  
 na, salvo el caso de expresa disposición en el decreto de in-  
 o de gracia.

178. Aquí, como al tratar de la renuncia del particular ofen-  
 en la querella, surge con relación al derecho de gracia, la cues-  
 ta si es necesaria la aceptación del *beneficium indulgentiae* para  
 tenga eficacia (1). Podría decirse que si la indulgencia es un  
 ficio en cuanto exime del rigor de la ley penal, el beneficio  
 puede darse en forma coercitiva, y por lo tanto, es preciso que  
 aceptado. Sin embargo, nos parece que tal razonamiento no es  
 mado. Si se tratara de una simple extinción del procedimien-  
 to un caso nos parece que exigiría la aceptación, el de una  
 ción particular, por aquella misma consideración que hicimos  
 respecto á la exculpación, por el derecho del individuo acusado de  
 delito del que es inocente á hacer manifiesta la propia inocen-  
 Pero en la práctica no se verifica este caso, porque en la legis-  
 italiana como en casi todas las legislaciones modernas, la  
 ción especial del procedimiento para un individuo determi-  
 no está admitida, por considerarla como contraria á los prin-  
 cios éticos y jurídicos en que se funda el derecho de gracia ejer-  
 por el jefe del Estado. Quedan el caso de la extinción gene-  
 de la gracia á los condenados, ya como indulto general, ya  
 gracia especial. La extinción general ó amnistía y el indul-  
 tiene como fin, no la mera conveniencia de los acusados ó con-  
 nados, sino un fin más eminente dictado por consideraciones de  
 n general, pues que son de los que al mismo tiempo que se  
 en un interés político, pueden tener vigor en la esfera de  
 ticia penal, porque con ellos la razón de Estado no agrava  
 que atenúa el rigor de las leyes, no oprime sino que favorece  
 ndición de las personas á quienes se aplica. Sin embargo, si al  
 indulto acompañaran condiciones impuestas á quienes han de go-

178. *Surrog.* «Quatenus delinquenti liceat gratiam recusare». Traject. 1845.  
 Elementos de Derecho penal.



zarle, es justo que se les deje la elección del juicio ó la libertad de aceptar ó no las condiciones que se les imponen. Finalmente, en relación á la gracia especial para los condenados, habria una justificativa de la necesidad de la aceptación para el caso en que la gracia conmute la pena pronunciada. Y casi parece que la ley positiva italiana, en el art. 825 del Código de procedimientos penales, hablando de la forma de la petición para la gracia, afirma la necesidad que la gracia especial sea solicitada por el condenado. Pero á nosotros nos parece que salvo el caso de transformación en otro género de gracia, no es necesaria la aceptación. La gracia concedida según el criterio científico moderno, no es un arbitrio caprichoso, sino temperamento de justicia, y como *nemo auitur perire*, nadie puede ser admitido á sufrir por su voluntad la parte de la pena de que se libra por gracia.

§ 179. D) *La prescripción* (1). Hay un último obstáculo

(1) *Lauterbach*: «D. de criminum præscript». Tub. 1655 1661. — *Schultze*: «D. de crim. delictor». Argent. — *Radwicz*: «D. de præscript. delictor». Rost. 1787. — «Comm. ad L. 12, C. de L. Corn. de fals.». Hal. 1695. — *Strick*: «Pr. de crim.». Hal. 1696. — *Hermann*: «De los plazos en la prescripción» (alem.) *Engelen*: «D. de præscript. crim.». Ultroject. 1787. — *Weidler*: «Præscriptio naturalis considerata». Leips. 1789. — *Gunner*: «D. philos. in qua demonstratur, præscript. non esse jur. natural.». Jen. 1740. — *Engau*: «Breve examen de la prescripción penal, 6.<sup>a</sup> ed.». Jena 1772, 8.<sup>o</sup> — *Rossmann*: «Della prescrizione delle pene». Just. «Sulla prescrizione dei delitti» (ted.) nei suoi *Scritti giurid.* Franig 1787. — «Principia univers. doctrinæ de præscriptione». Jen. 1708; rec. 1772. — «Præscriptio not *Eichmann*». Hal. 1790. — *Banniza*: «Disqu. ex jura crim. de præscriptio judicem ex off. inquirentem locum non habente». Oenip. 1769. — *Dietrich*: «Præscriptio continens illustr. jur. civ., crimin. et publ. ex materia præscriptio continens». Argent. — *Nani*: «Diatriba de criminum indulgentia et præscriptione». N. 1789. — *Hallacher*: «Diss. de præscript. jur. roman. de præscript. crim.». Erlang. — *Fristmandl*: «Diss. sulla quist. della prescrizione penale» (ted.). Vien. 1789. — «D. utrum del pœnæ præscriptio recte tollantur nec ne». Vileb. 1783. — «Desarrollo sistem. de la doctrina de la prescripción» (alem.). — *Kaulfuss*: «Præscriptio criminali». Hal. 1802. — *Krespachman*: «Obss. histor. de origine præscriptio crim.». Leips. 1803. — *Klein*: «Sulla prescrizione del proc. penale e pœnæ». Arch. Crim., t. IV. — *Steiger*: «Sulla prescrizione del processo penale e della pœnæ». Arch. Crim., t. IV. — *Dabelaw*: «De la prescripción» (alem.). Hal. 1807. — *Payson*: «Sulla prescrizione del processo penale e della pœnæ» (ted.). Altona 1811. — *Leyser*: «Medd. Specim.», 516, 596. — «Svolgimento della dottrina della prescrizione» (ted.). Leips. 1828. — «D. de pœnar præscriptione, potissimum eius interruptionis atque effectus». Leips. 1832. — *Hoorebeke*: «Traité des prescriptions en matière pénale», Bruxelles 1832. — Diss. nel *Archiv. di Dir. Crim.* di *Grünbler*: (1836), di *Zachariae*: (1842), e di *Schaff*: (1843). — *Dambach*: «Studi sulla dottrina della prescrizione criminale». Berlino 1860. — *Hirzel*: «Esame critico della dottrina e legislazione moderna sulla prescrizione delle pene» (ted.) Zurigo 1860. — *Schoch*: «Esame critico della dottrina e legislazione moderna sulla prescrizione delle pene» (ted.). Schaff. 1860.



del delito, y es el que nace del transcurso del tiempo sin que eficacia de la ley penal venga á obrar contra aquél. Este obstáculo, que viene á negar el derecho del Estado á proceder contra el delito dado para el castigo de su autor, toma el nombre de *prescripción* que el Derecho civil señala también á la extinción de derecho privado alienable, cuando se abandona durante largo tiempo su ejercicio. La mayor parte de las legislaciones penales admiten la institución de la prescripción bajo dos formas: como *prescripción de la acción penal* y como *prescripción de la pena*: la primera puede tener lugar cuando la acción penal está todavía pendiente; la segunda cuando se extinguió la acción penal con un veredicto de condena.

§ 180. Algunos escritores, como Servín (1), Oersted (2), Henning (3), Zacarias (4), Bentham (5) y Gründler (6), niegan la legitimidad de la prescripción penal, institución que según ellos repugna á la naturaleza de la pena como consecuencia necesaria é incontestable del delito, y peligrosa para el orden social, puesto que dejando abierta una puerta á la impunidad excita á la perpetración de los delitos. Pero no es esta la opinión del mayor número de penalistas, y en la esfera práctica del Derecho positivo la prescripción puede decirse que está generalmente admitida. Demasiado conocida es la afirmación de Vico de que el tiempo ni crea ni destruye el Derecho, cuya sustancialidad es eterna. «El tiempo, dice Ahrens, no es otra cosa que una simple forma ó modo de transformación en el mundo, no es la razón ni del nacimiento ni de la desaparición de un derecho» (7). Sin embargo, la realización, la vida del Derecho se desenvuelve en el tiempo enlazándose con la variedad y multiplicidad de las cosas y con los cambios y transformaciones que éstas sufren; y la esencia de la prescripción no consiste en el transcurso del tiempo, sino en *no haberse ejercitado* un derecho durante un tiempo más ú menos largo. Esto ocurre lo mismo en el Derecho civil que en el penal; sin embargo, si en el Derecho

«Sulla prescrizione delle condanne penali». Bresl. 1862. — V. Narici: «Studia sulla prescrizione». (Gazz. dei Trib. di Napoli 8 de Agosto de 1870).

(1) «De la Législ. crim.», Basle 1782.

(2) «Reglas fundam. de la leg. penal», p. 471-482.

(3) «Manual del D. penal y de la Dolit. Crim.», t. II, p. 47-178.

Zachariae t. IV, p. 384-466.

(5) «Théorie des peines», t. II, p. 390.

(6) «Diss. en el Arch. del Dir. Crim.», 1835.

(7) «Philos du Droit.», Ed. VI, 1868, t. I, p. 218.



civil la prescripción está unida á la alienabilidad de algunos derechos, en el Derecho penal no puede presentarse la cuestión de alienabilidad del derecho de castigar, porque la punición del delincuente no es algo que esté sometido al capricho humano como suele suceder con los derechos civiles, sino que es el cumplimiento de un deber por parte del Estado. Así es que el fundamento de la prescripción en materia penal debe ser cualquiera relación que tenga valor jurídico. Según algunos publicistas, este fundamento halla en haber proporcionado el reo, con el transcurso del tiempo, una prueba de su enmienda; pero hay otra razón admitida por el mayor número de los juristas para la prescripción de la acción penal, como hay otra también señalada por el mayor número para la prescripción de la pena. La primera que se refiere al juicio penal precedente, es que con el transcurso de largo tiempo las pruebas de la delincuencia ó de la inocencia se han hecho deficientes ó acaso imposibles, y el andar en investigaciones se hace inútil para el acusado y perjudicial para el Estado, por razón de tiempo y de gastos. La segunda razón, relativa á la prescripción de la pena, está en que el culpable ha sufrido ya por las angustias y peligros de una larga ausencia, un equivalente de la pena pronunciada contra él (1). Hay, por otra parte, un fundamento más general, común á ambas clases de prescripción. Kostlin declaró que hay una virtualidad en el tiempo que en su curso transforma lo que pertenece al mundo de lo finito; de aquí se deduce una razón para explicar, tanto la prescripción de la acción penal como la de la pena, á saber: que con el lapso del tiempo se recuerda menos el delito, y la misma sociedad cambia, al cambiar los individuos que la constituyen. Es indudable que la sociedad humana debe negar las negaciones del Derecho contenidas en el delito; debe hacerlo por el castigo del delincuente; pero en tanto debe olvidar esto en cuanto tiene conciencia del mal realizado. El tiempo no destruye, en general, el Derecho, como no lo crea; pero si es considerado en sí mismo no produce este efecto, sin embargo, por la propia naturaleza humana ejerce una eficacia, la de sustituir nuevas impresiones á las impresiones precedentes en el espíritu humano, de modo que la inercia de la autoridad penal callada durante

(1) *Cremani*: I, p. 274-277. — *Carmignani*: «Teoria delle leggi della Società», III, p. 241-248. — *Giuliani*: «Instituz», I, p. 265-268. — *Hoornebeck*: «Droit pénal», etc. — *Cousturier*: «Traité de la prescr. en mat. crim.».



Este tiempo, se debilita hasta llegar á extinguirse la conciencia del delito. Ahora bien; en esta eficacia intrínseca de la conciencia del delito en la humana convivencia, se halla, no sólo el fundamento de la prescripción de la acción penal, sino también el fundamento de la prescripción de la pena y de la diversidad de intervalos, pues exige un lapso de tiempo mayor para ésta que para la prescripción de la acción penal. Cuando exista un veredicto condenatorio, su repercusión y la del delito que es su supuesto, dura mucho más tiempo que cuando se trata de un juicio pendiente. Pero el tiempo ejerce su influencia aun sobre la condena irrevocable, y se aliga contra nuestra afirmación que la sentencia encierra la presunción de la verdad, porque esta presunción no debe confundirse con la verdad misma: la presunción es vigorosa en cuanto está acompañada por la autoridad moral, esto es, por la conciencia pública que puede ser más ó menos extensa; pero esta conciencia es débil y se convierte en duda é incertidumbre cuando el lapso del tiempo se debilitó ó desapareció la memoria de los hechos y no se pueden recordar ya aquellos sobre los que estaba fundada la sentencia.

181 La prescripción en materia penal tiene el fundamento en una larga tradición en la historia del Derecho; pero como prescripción de la acción penal, no como prescripción de la pena. Demosthenes y Lisias no dicen que los griegos admitieron la prescripción de la acción penal, menos para algunos delitos imprescriptibles, señalándose como razón que las pruebas y principalmente de la inocencia, se han hecho difíciles por el transcurso del tiempo (1). En el Derecho romano, hasta la caída de la República no encuentra ninguna disposición respecto á la prescripción: en tiempos de Augusto empezó á admitirse la de la acción penal para los delitos comprendido en la *Lex Julia de adulteriis* y establecida en el lapso de cinco años (2). En tiempos posteriores cuando brillaban los grandes jurisconsultos, surge la prescripción de la acción penal en los *crimina publica* y con el lapso de veinte años como regla general (3), admitiéndose dos excepciones; una la de la pres-

(1) Demosth. «pro Phorm». — Lysias: «Orat. περί τ. στήχους». — Dambach: l. cit. p. 12. — Kretschmann: l. cit. — Heffler: «Trat. del Der. pen.» (alem.), § 186 — Platón: «El proceso e le accuse presso gli Attici», l. 147.

(2) L. 20, § 6. D. ad L. Jul. de adult. — Hay motivo para suponer que este período quinquenal para tal clase de delitos, tenía relación con la institución religiosa del *lustrum*. — Dambach: l. cit., p. 70, 71.

(3) L. 12 C. ad L. Corn. de fals. *Querela falsi temporalibus prescriptionibus non*



cripción quinquenal para los delitos contra la honestidad y algunos otros de escasa significación (1); otra relativa á la imprescriptibilidad de algunos delitos graves como el parricidio por su atrocidad, la suposición de parto por la imprescriptibilidad del estado de las personas y la apostasia por la influencia del cristianismo que había llegado á ser la religión del Estado (2). Mientras tanto los jurisconsultos romanos desarrollaron la teoría jurídica de la imprescriptibilidad de la acción penal, dejando á las edades posteriores algunas reglas importantes de las que hablaremos más adelante.

En los primitivos orígenes germánicos se hace poca mención de la prescripción. La acción penal se considera prescriptible en treinta años, asignándose como su fundamento la necesidad de asegurar la tranquilidad del individuo librándole del peligro de acciones inciertas (*quia omnia ad quietem omnium pertinentia et hoc convenit providere*) (3). En las fuentes del Derecho eclesiástico se encuentra respecto á la prescripción en materia penal, en el pasaje de las Decretales que señala la prescripción de los delitos en años del Derecho romano (4). Con el renacimiento de este Derecho se reproducen entre los intérpretes sus disposiciones respecto á la prescripción (5), salvo que se consideraron también como imprescriptibles algunos delitos, principalmente el duelo y el delito de lesa majestad (6). Y en general, el Derecho positivo de la Europa Media acogió los principios romanos sobre la prescripción de la acción penal, á excepción del Derecho inglés que rechazó el Derecho romano y con él la prescripción penal.

Las legislaciones del siglo XIV admitieron en general la prescripción de acción penal, salvo el declararse por algunas

*excluditur, nisi virginti annorum præscriptione, sicut cetera quoque crimina.*—Cf. *de requir. reis*, —1, 13 D. de div. tem. præscr.

(1) L. 12. D. de Sc. Silan.—1, 7, D. ad L. Iul. pecul.—1, 2. C. de vent. commiss.

(2) L. 10, D. de L. Pomp. de Parric.—L. 19, § 1, D. de Lege Corn. de fals.—1, 1 e 4 C. de apostat.

(3) L. Burgund LXXIX, § 5.—Decret. Childeb. año 589.—Wisigoth. X.—*Stiernhoeck*: «De jure Gotorum», lib. III, c. 4.—En el antiguo derecho de Islandia (*Grágás*, II, p. 17), estaba en vigor el principio de que el derecho de venganza se extinguía no usándole hasta el próximo comicio.

(4) Decret. Greg., lib. II, tit. 25, de excep. c. 6.

(5) *Candón*: «Qui acc. poss.», n. 28.—*Boss*: «tit. de accus.», n. 99, 32.—*qu. 51*, n. 6 a 7.—*Decian*: III, 37.—*Farinac*: qu. 1, n. 18; qu. X, n. 10 a 35.—«*Medd. Specc.*», 515.

(6) *Hyppolit. de Marsil*: Comm. ad I, 19, § 1, de L. Cornu de fals., n. 3 a 6.—*Forinac*: qu. 10, n. 29, 30.—*Carpzov*: qu. 141. n. 152.—*Bochmeri*: «Obs. Bald.



imprescriptibles ciertos delitos, y el exigir otras como condición en el intervalo del tiempo transcurrido no se haya cometido ningún otro hecho criminoso. La prescripción de la pena fué introducida por la ley francesa de 1791 (1), pasando de allí á muchos códigos contemporáneos. Pero hay algunas legislaciones que no admiten la prescripción de aquellas penas que representan el grado mayor en la escala penal, con la pena de muerte y la de cadena perpetua. En este movimiento legislativo los Códigos italianos no estuvieron concordes entre sí. El Código napolitano de 1819, el parmesano y el albertino acogieron la prescripción de la acción penal y de la pena. Sólo el primero de ellos declaró por excepción imprescriptibles las condenas á la pena de muerte ó á la pena perpetua del *ergastolo*, y el último declaró imprescriptibles algunos delitos, como los ultrajes á la religión, el crimen de lesa majestad, el parricidio, los delitos contra la seguridad del Estado penados con la muerte, el envenenamiento, el homicidio cometido á traición, el homicidio del empleado público en el desempeño del cargo, el salteamiento y el incendio doloso cuando fuesen acompañados de homicidio, y declaró también imprescriptibles la pena de muerte y la de trabajos forzados durante toda la vida (2). El Reglamento gregoriano y el Código toscano, rechazando la prescripción de las penas declararon solamente prescriptible la acción penal, y el Reglamento exceptuó de la prescripción los *reatos* contra la religión y los *reatos* contra el Estado (3). El Código estense de 1855 admitió como regla la prescripción de la acción penal y de la pena, pero declaró imprescriptibles el crimen de lesa majestad, el parricidio, el infanticidio, el parricidio, el uxoricidio, el envenenamiento, el estupro violento, acompañado de homicidio, y además el sacrilegio y la blasfemia (4). El Código penal de San Marino admitió también la prescripción de la acción penal y de la pena, sin fijar para ningún delito la imprescriptibilidad de la acción penal, sino declarando únicamente imprescriptible la pena de trabajos forzados durante

(1) La prescripción de la pena á los treinta años, había sido ya establecida en Francia con el decreto del Parlamento de París de 29 de Abril de 1612.

(2) «Cod. di proc. pen. napolet.», art. 613 á 622. «Cod. di proc. pen. parm.», art. 600 á 612. «Cod. pen. Albert.», art. 141 á 156.

(3) «Regol. Gregor.», art. 99 á 48. «Codice toscano», art. 89 á 95.

(4) «C. pen. estense», art. 88 á 100.



toda la vida (1). La legislación italiana anterior al vigente Código de 1889, acogía sin limitación alguna el principio de la prescripción, tanto para la acción penal como para la pena, fundándolo exclusivamente en el lapso de un tiempo determinado, durante el cual el Estado no ponga en ejercicio la acción penal ó no cumpla la sentencia, á diferencia de otras legislaciones que exigen algunas condiciones por parte de los imputados; declaraba, pues, prescriptibles sin excepción de ningún género todos los delitos y todas las penas, mientras que otros Códigos, ó consagran la imprescriptibilidad de la acción penal para algunos delitos, ó la imprescriptibilidad de algunas penas ó condenas.

Vengamos ahora á exponer las reglas fijadas por la vigente legislación respecto á la prescripción, ya de la acción penal, ya de la pena, contenidas en el título ix del Código de 1889.

§ 182. Ante todo, la prescripción de la acción penal ó de la pena tiene el propio carácter de una institución del Derecho penal, y como tal no se halla sujeta á los principios que regulan la prescripción de la acción civil. Esta supone de un lado el abandono del ejercicio del propio derecho, y es en el fondo una renuncia prematura del mismo; de aquí que sea principio aplicable que la imposibilidad, ya de hecho ya de derecho, de aquel ejercicio, es un obstáculo á la prescripción (*contra non valentem agere non currit prescriptio*); y de otro lado para aquel en favor de quien subsiste, reduce á una excepción meramente voluntaria, y por consiguiente, que sea lícito renunciar sus beneficios. Por el contrario, en materia penal la prescripción tiene por fundamento, no el abandono tácito del propio derecho, sino un obstáculo que surge por la falta del tiempo, para la realización de la justicia penal en la forma de aplicación rigurosa de la ley penal. Este obstáculo, que radica en la naturaleza misma de las cosas, produce dos efectos. El primero es que aun cuando el Ministerio público esté impedido por el hecho para perseguir al delito y al delincuente, sea porque se ignore la existencia del hecho punible, sea porque el acusado se haya sustraído á la posible coerción por parte del Estado gracias á la fuga, sea por cualquier otro obstáculo jurídico al ejercicio de la acción penal ó á la ejecución de la condena, la prescripción corre siempre en virtud del principio sobre el cual se funda. El segundo

(1) «Cod. pen. della Rep. S. Marino», art. 106 á 116—art. 125 á 130.



que la prescripción no depende de la voluntad de aquél en favor del cual subsiste, sino que es de orden público, y por eso no puede ser alegada siempre y en cualquier estado de causa cuando se refiere á la acción penal, sino que debe ser admitida *ex officio* por el juez, aun á pesar de la renuncia ó el silencio de la parte cuando se haya verificado. Unterholzner opina que debe ser alegada por el imputado ó condenado; pero todos los demás escritores están conformes en considerarla como una institución de orden público. «La prescripción en materia penal, dice el ilustre Nitzsch, se puede oponer en cualquier estado de causa mientras tan- que la sentencia no resulte irrevocable. Se puede hacer, por con- siguiente, en grado de apelación ó de recurso, con tal de que sub- stante el hecho como fundamento; y en caso de silencio por parte del reo debe manifestarse por el juez, porque no depende de un particular el someterse á una pena que no se dicta más que en in- terés público; y cuando la ley declara inútil después de tanto tiempo una pena, no hay individuo alguno que pueda provocar su caducidad; la ley viene en ayuda del reo aun contra su voluntad, y aquel que no puede renunciar expresamente á una ley de orden público, mucho menos podrá hacerlo tácitamente.»

183. El tiempo determinado por la ley para la prescripción es siempre el mismo. Dos son los criterios que determina esta duración de intervalo; uno es que la prescripción de la pena exige un tiempo mayor que el necesario para la prescripción de la pena; otro, que el transcurso del tiempo está en razón directa de la gra- vedad de los delitos en la acción penal, de la gravedad de las pe- nas en la prescripción de las penas ó condenas. El elemento his- tórico ha ejercido su influencia como siempre que se trata de *tiempo legal*, en las determinaciones de los varios intervalos. Así, para la prescripción de la pena hay la siguiente gradación, de conformi- dad con el art. 95 del vigente Código de 1889: treinta años para la pena de reclusión por treinta años; veinte para la reclusión ó prisión por más de cinco años; diez para la pena de reclusión ó prisión que no exceda de cinco años, ó para la de confinamiento ó inhabilitación temporal para cargos públicos ó multa; cuatro para el arresto ó suspensión en el ejercicio de una profesión ó arte por un mes ó multa mayor de 300 *liras*; dieciocho meses para el arresto ó suspensión en el ejercicio de una profesión ó arte ó inhabilitación en grado inferior al indicado en el caso anterior. Como véase, el Código excluye de la prescriptibilidad la pena del *ergas-*



*tolo*, como pena suprema, porque siendo la propia de los más atroces delitos, y habiendo sustituido á la de muerte, ha sido acompañada del extremo rigor de no ceder en ningún caso ante la fuerza destructora del tiempo. Además dispone dicho art. 95 que la condena de varias clases de penas prescribe en el término señalado para la pena más grave, y que la sumisión á la vigilancia especial de la autoridad pública no produce efecto una vez prescrita la condena. En cuanto á la prescripción de la acción penal, dice el art. 91 que salvo los casos en que la ley disponga otra cosa, se extingue la acción penal por prescripción de veinte años, si al imputado debería condenársele al *ergastolo*; de quince si mereciera la reclusión por veinte ó más años; de diez si mereciera la reclusión por un tiempo mayor de cinco años y menor de veinte, ó la detención por más de cinco años, ó la interdicción perpetua de los empleos públicos; de cinco, si mereciera la reclusión ó detención que no pasaran de cinco años, ó la pena de confinamiento, ó interdicción temporal de los empleados públicos ó multa; de dos, si mereciera la pena de arresto por más de un mes ó una indemnización superior á 300 *liras*; y de seis meses si mereciera el arresto ó indemnización en grado inferior al del caso anterior, ó la suspensión del ejercicio de una profesión ó arte. Además de estas prescripciones del Derecho penal común, hay otras contenidas en leyes penales especiales, á las que se refiere el Código cuando dice:... «salvo los casos en que la ley dispusiere otra cosa»; así la acción penal que nace de los delitos de imprenta, prescribe á los tres meses. (Artículos 12 y 59 de la ley de Imprenta.)

§ 184. La eficacia de la prescripción, cuando se halla fundada y ha sido reconocida como tal, es la de impedir la punición del delito. Una condena prescrita se anula y ya no puede ser cumplida. La prescripción de la acción penal la extingue de tal modo, que ya no se puede proceder en los actos del juicio penal. Sino que como la condena es siempre relativa á un individuo dado que en un caso concreto se halla convicto de culpabilidad, la extinción de la pena es siempre subjetiva. Por el contrario, como la acción penal tiene por fin el castigo del culpable en general, esto es, de todos aquellos que contribuyeron á la realización del delito, la prescripción de la acción penal es causa de extinción objetiva de la misma. Cuando por un delito dado no se ha procedido durante todo el tiempo fijado por la ley para ganar la prescripción, nadie puede ser ya perseguido por la justicia penal, y la acción penal ha



desaparecido por completo como si se hubiera declarado que no había delito ante la ley.

§ 185. Si la esencia jurídica de la prescripción consiste en que desaparezca toda acción por parte del Estado por el transcurso de un tiempo determinado, es preciso designar el momento desde el cual este tiempo comienza.

Y ante todo, ¿cuál es el momento inicial de la prescripción de la acción penal? El tiempo necesario para la prescripción de la acción penal tiene por comienzo el momento mismo en que surge la acción penal. Como todo delito da lugar *ipso jure* á la acción penal, esto es, á la necesidad jurídica de un procedimiento encaminado á la punición del culpable, el momento en que la prescripción de la acción comienza es el de la aparición del delito. En el Derecho romano hallamos formulada la siguiente sentencia; *ex eo quod, quod admissum est, tempus accipiendum* (1). El primer párrafo del art. 90 del Código vigente distingue, según que se trate de delitos consumados, de *conato*, ó de delitos continuados: para los primeros establece que la prescripción empieza á correr desde el día de su consumación; para la tentativa ó delito frustrado (*reati tentati* ó *mancati*), desde el día en que se cometió el último acto de ejecución; para los delitos *continuados* ó *permanentes*, desde el día en que cesó su continuación ó permanencia.

Pero en virtud del principio mismo de que el tiempo de la prescripción acompaña á la misma acción penal, cuando ésta puede decirse que no ha empezado ó ha sido suspendida por mandato expreso de la ley, se considera que la prescripción no ha consumado ó se la tiene también como suspendida. Ahora bien: sólo hay un caso en que la ley pone un obstáculo, *ipso jure*, al movimiento de la ley penal; este es, la *cuestión prejudicial* en sentido estricto. La segunda parte del citado art. 92 dice: «Si la acción penal no puede ser promovida ó seguida sino después de una autorización especial ó después de resuelta una cuestión diferida á otro juicio, la prescripción queda en suspenso y no vuelve á seguir su curso más que desde el día en que se haya dado la autorización ó haya sido terminada la querella.» Sólo en este caso de impedimento jurídico al desenvolvimiento de la acción penal, la prescripción es suspendida, todo otro impedimento no tiene eficacia alguna. Así, si se tratara de delitos perseguibles á instancia de parte, la

(1) L. 29, § 7, D. ad L. Iul. de adult.



acción penal surge con ellos, pero su ejercicio se halla subordinado al impulso de la querrela particular. La acción penal subsiste salvo que el Ministerio público no puede proceder hasta tanto que el particular no excite á la autoridad social para la persecución del delito. Así también, el tener que esperar para los delitos cometidos en territorio extranjero á que el nacional entre en el territorio del Estado, no puede tampoco considerarse como causa de suspensión. Y lo mismo debe sostenerse de cualquier otro impedimento de hecho al ejercicio de la acción penal, como por ejemplo, la fuga del imputado ó el haber quedado el delito oculto á la autoridad social por un tiempo más ó menos largo.

§ 186. La prescripción de la pena tiene un comienzo diverso del de la prescripción de la acción penal, ya que con la pronunciación de la pena la acción penal puede decirse que está agotada. La prescripción de la pena, á diferencia de la prescripción de la acción penal, tiene un supuesto necesario, esto es, que la pena no haya sido cumplida á pesar de la existencia de una condena ejecutiva. Por eso, el límite racional que distingue la prescripción de la acción penal de la prescripción de la pena es aquel momento en que la acción penal puede considerarse agotada con relación á un individuo en virtud de su condena irrevocable á una pena dada. Desde este momento ya no hay acción penal pendiente, y por consiguiente, no existe la posibilidad de impedir que se realice lo que se ha realizado; es decir, no hay posibilidad de prescribir la acción penal. Una sola posibilidad queda cuando la pena ha sido pronunciada irrevocablemente, esto es, que falte la ejecución de la sentencia de condena por un tiempo determinado. La prescripción de la pena tiene su primer momento cuando la sentencia de condena se hace irrevocable, adquiriendo el pleno valor de cosa juzgada, y no puede comenzar sino desde el día en que la sentencia se hace ejecutiva. Sólo si la ejecución de la pena ha comenzado, la prescripción de la misma comienza desde el día en que se interrumpe su curso. Y aquí es preciso hacer notar que cuando á varios individuos se les imputa un delito, para aquel de ellos que se halle condenado irrevocablemente cesa la posibilidad de la prescripción de la acción penal y comienza sólo la posibilidad de la prescripción de la pena; pero para aquel otro que no tuvo sobre sí una condena irrevocable, sea porque no surgió contra él la imputación hasta el momento de la condena irrevocable ó aquel contra el cual ya se procedió, sea porque consiguió escapar



la acción de la justicia, existe la posibilidad de la prescripción de la acción penal.

Con este punto se relaciona el problema que se presenta con las legislaciones del siglo XIX en la prescripción de las penas, cual es el de si debe invocarse la prescripción de la pena ó de la acción penal (la cual ciertamente es más favorable porque se funda en un tiempo mucho menos largo), aquel que fué condenado por sentencia meramente contumacial. La condena contumacial, cuando puede hacerse ejecutiva de igual modo que las dictadas en juicio contradictorio, como sucede con los juicios de leve materia punible, puede dar lugar á cuestión de ninguna clase; su irrevocabilidad desde el comienzo de la prescripción de la pena. Pero hay condenas dictadas en rebeldía, esto es, las condenas á *pena criminal*, las cuales quedan como inexistentes hasta que el condenado se presenta ó cae en poder de la justicia. Ahora bien: con respecto á estas, y hablando racionalmente, no hay inconveniente alguno en considerar que debe admitirse el mismo principio relativo á la condena en juicio contradictorio, ya que en semejante caso la condena en rebeldía se tiene como no dictada, lo cual es algo más que ser irrevocable. Pero frente á esta solución racional existe el precepto de la legislación vigente, según el cual el curso de la prescripción de la acción penal se interrumpe por la pronunciación de la sentencia de condena en juicio contradictorio ó en rebeldía, y da lugar solamente á la prescripción de la pena (1). Con esto se ha querido negar al condenado en rebeldía el derecho de aprovecharse de la prescripción de la acción penal durante todo el tiempo transcurrido hasta que caiga en poder de la justicia. Solamente al caducar las condenas contumaciales por la presencia del culpable renace la acción penal en toda su integridad, y por consecuencia, desde este momento comienza un nuevo lapso de tiempo para la prescripción, no ya de pena, sino de la acción penal.

§ 187 Además de esto, la prescripción debe haberse cumplido por completo para que sea invocada, computándose no *de momento* *momentum*, no por horas, sino por días, *de die ad diem*. El comienzo de la prescripción de la acción penal será, pues, *el día* de la perpetración del delito, como *el día* en que la sentencia se hace irrevocable es el comienzo de la prescripción de la pena; y *de die*

(1) Art. 93 Cód. pen. ital. vig. y 51 C. proc. pen.



*ad diem* la prescripción debe hallarse cumplida cuando se alega como causa de extinción de la acción penal ó de la pena. El tiempo *ex eo die quo quid admissum est ad eum diem quo quis postulat* debe ser una continuidad de momentos (*tempus continuum*), la esta continuidad de inacción, sea cualquiera su causa, está el fundamento de hecho de la prescripción para los casos particulares, ya de la acción penal, ya de la pena. Ahora bien, los actos que constituyen ejercicio de la acción penal impiden su prescripción, y los actos que constituyen ejecución efectiva de la pena impiden la prescripción de ésta. Esto es lo que se llama *interrupción* de la prescripción.

§ 188. La prescripción de la acción penal se interrumpe por los actos del procedimiento, los cuales mantienen viva la conciencia y la memoria del delito. Esta interrupción hállase sujeta á las siguientes reglas:

A) La ley, enumerando las diversas prescripciones de la acción penal según la clase y naturaleza de los varios delitos, establece que el tiempo de veinte años, de quince, de diez, de cinco, de dos y de seis meses, corre respectivamente desde el delito cometido, si hubo proceso, desde el último acto del mismo.

B) Si la ley establece un término de prescripción menor de un año, el curso de la prescripción se interrumpe por cualquier acto de procedimiento; pero si en el término de un año desde el día en que comenzó la prescripción, según el art. 92, no se ha pronunciado sentencia de condena, la acción penal ha prescrito. (Art. 93 del Código penal vigente).

C) Como la prescripción es causa objetiva de extinción de la acción penal y no relativa á los particulares imputados, la interrupción produce su efecto objetivamente, y aunque los actos de procedimiento se refieran á uno solo de los imputados, la interrupción de la prescripción tiene lugar para todos (Art. 148. C. Pen. pen., 93 del C. pen. vig.).

D) Los actos que interrumpen la prescripción deben ser actos de procedimiento, esto es, de persecución ó de instrucción ó de juicio, y no podrán incluirse entre estos actos de procedimiento, según la concorde doctrina de los escritores, todos los actos que derivan mediata ó inmediatamente del imputado ó condenado en defensa de sus propios derechos. (Art. 93, C. pen. vig.).

E) Los actos de procedimiento deben ser válidos jurídicamente. *Quod nullum est nullum producit effectum*. Esta legalidad significa que



los actos emanen de quien es competente para proceder, y que sean observadas las formas sustanciales.

7) La interrupción quita toda su eficacia al tiempo á ella anterior, y el período exigido por la ley debe computarse desde el momento en que cesa el acto interruptivo. Pero la interrupción no puede prolongar indefinidamente el tiempo de la prescripción, lo cual sucedería si por último acto del proceso no se entendiera aquel que precede al cumplimiento del período necesario para prescribir, calculado desde el día del delito. Y realizándose esto podría llegarse á poner para la prescripción de la acción penal un período más largo á comenzar desde el delito, que aquel en que comienza la condena para la prescripción de la pena. «El último acto del procedimiento, dice con mucha razón Cousturier, quiere decir el último acto de aquellos que fueron practicados en el intervalo necesario para prescribir, que comienza desde el día del delito. La ley atribuye virtud interruptiva á los actos que tuvieron lugar desde este intervalo» (1).

§ 189. La prescripción de la condena se interrumpe por dos causas. La primera es cualquier acto de la autoridad competente para la ejecución de la sentencia, legalmente notificado al condenado, y en las penas restrictivas de la libertad personal la interrumpe también el arresto del condenado al que se haya procedido para la ejecución de la sentencia misma. De modo que ni los actos insuficientes de la autoridad del Estado para someter al condenado á los efectos materiales de la pena, ni la fuga del criminal del lugar adonde se extiende la actividad jurídica del Estado, pueden considerarse como causa de interrupción de la prescripción de la pena. Hay además una segunda causa. La legislación italiana, siguiendo el ejemplo de otras muchas legislaciones, determina una especial causa de interrupción sólo para la prescripción de la pena, distinta de los actos ejecutivos, y es el hecho de la reincidencia en la que incurre el condenado, lo cual responde en cierto modo y hasta cierto punto á aquel concepto según el cual, entre los fundamentos de legitimidad de la prescripción de la pena se halla la presunción de la enmienda del culpable durante el tiempo necesario para prescribir.

La reincidencia, según el último párrafo del art. 96 del Código

(1) Cousturier: «Lib. cit.», Cap. 71, n. 18. — V. también Haus: «Princip. du droit pénal belge», n. 948.



vigente, interrumpe el curso de la prescripción de la condena, y el tiempo para que prescriba no correrá nuevamente más que desde el día en que comience la prescripción del último delito. «La prescripción de la condena, dice el artículo citado, se interrumpe también si durante su curso el condenado comete otro delito de la misma indole.»

§ 190. La prescripción penal, ¿ejerce eficacia alguna sobre la prescripción civil? La acción civil que nace de delito y la condena civil derivada de condena penal, si bien tienen como supuesto el delito y la declaración de delincuencia, son instituciones de índole meramente civil, y por eso deberían estar exentas de cualquier influencia por parte de la prescripción penal, ya como prescripción de la acción penal, ya como prescripción de la pena. Por otra parte, en términos generales la extinción de la acción penal no trae consigo la extinción de la acción civil, antes al contrario, deja libre el curso á la acción civil ante el juez civil. Ahora bien; en cuanto á la prescripción de la condena civil, los escritores están de acuerdo en que se halla sometida por completo á las reglas de Derecho civil (1). Pero con relación á la acción civil que nace de delito *in sensu stricto*, caben tres diversos sistemas: 1.º, que la prescripción de la acción penal deje intacto el curso de la acción civil; este sistema parece el más racional; 2.º, que la acción civil se extingue siempre al extinguirse la acción penal; este era el sistema de los Códigos de 1859; y 3.º, hay por último un sistema intermedio acogido por el Código napolitano de 1819, y el decreto de 17 de Enero de 1861 para las provincias napolitanas. Este sistema considera la acción civil, en cuanto se ejerce al mismo tiempo que la acción penal, como subsidiaria y dependiente de ésta, y la sujeta en este solo caso á la misma prescripción de la acción penal.

El nuevo Código de procedimientos penales de 1865 y el artículo 102 del Código penal italiano establecen el primer sistema. La prescripción de la acción civil es independiente de la prescripción de la acción penal. El art. 102 del nuevo Código dice: «la extinción de la acción penal no prejuzga la acción civil para la restitución y el resarcimiento de los daños, excepto cuando la extinción ocurra por la remisión de la parte ofendida y ésta no haya hecho expresa reserva de dicho acción civil.»

(1) Art. 102 C. pen. ital. vig.



§191. Por último, la prescripción puede comenzar bajo el imperio de una ley y terminar en tiempo de otra posterior. Cuando las legislaciones que se suceden una á otra difieren en punto á las condiciones y á la eficacia de la prescripción, deben aplicarse los mismos criterios que se aplican respecto á la retroactividad de la ley penal, á saber: 1) la ley del tiempo del delito regula las prescripciones comenzadas bajo su imperio; 2) sin embargo, las determinaciones de una ley posterior al comienzo de la prescripción, cuando sean más benignas con respecto al imputado ó condenado, entrañan aplicándose á hechos anteriores á las mismas. El Código vigente, á diferencia del anterior, nada establece sobre este punto que se halla debidamente tratado en el art. 42 del Real decreto de 1.º de Diciembre de 1889 conteniendo las disposiciones transitorias para el cumplimiento del Código penal. Dice así el citado artículo: «Cuando las disposiciones del nuevo Código relativas á la prescripción de la acción penal y de las condenas sean distintas de las establecidas por las leyes anteriores, se aplicarán las más favorables. Los actos interruptivos de la prescripción cumplidos bajo la ley anterior, conservan su efecto bajo la ley nueva aunque ésta no los reconozca como interruptivos. Cuando con relación á un delito la ley anterior establezca un término mayor para prescribir, sin admitir actos interruptivos de la prescripción, y el nuevo Código establezca un término más breve, pero sujeto á actos interruptivos, se aplica el término establecido por la ley anterior, siempre que la pena que quede por correr sea más breve que la fijada en el nuevo Código, á comenzar desde su realización.»

Del criterio que se profese en puntos culminantes de nuestra ciencia, tales como el de lo que la pena sea y de su fin, y del concepto que haya formado respecto á la naturaleza y alcance de la acción penal, arrancan consecuencias de inflexible lógica que habrán de aplicarse oportunamente en la materia del presente capítulo; y como al par á este sitio hemos dejado ya con bastante claridad consignadas nuestras ideas sobre tan capitales problemas, no será menester que volvamos en largas y sendas disertaciones nuestros reparos á cada uno de los particulares de la doctrina del texto, ni que la crítica de la ciencia legal vigente en España tome las proporciones de prolijo comentario.—¿Cómo puede significar lo mismo para nosotros que para quienes militan en distinta escuela, el hecho de haberse cumplido una condena, para dar por realizado el restablecimiento del derecho y para dar la energía de la acción penal, tratándose de condenas tasadas en punto á su duración, y no perseguidas por el poder capacitado para ello en la forma de su cumplimiento y el aprecio de sus diversos efectos? ¿Cómo puede satisfacernos la existencia y empleo de lo que se llama *derecho de gracia* y el origen y resultados que se le



atribuyen, cuando empieza por ser vicioso su nombre y acaba por ser tantas veces la obra del capricho, del azar, del humor soberano y hasta de la injusticia para el mismo á quien aparentemente favorece y para la sociedad á quien no sin razón alarma ó desmoraliza? ¿Cómo puede hacérsenos aceptable la prescripción de la pena, si el fundamento que se le señala para nada tiene en cuenta la consideración personal de aquel para quien la pena se dictó, y consistiendo ese supuesto fundamento «en la falta de interés social en una ejecución tardía cuando la desaparición del recuerdo del hecho punible hizo también innecesario el ejemplo», podría otorgarse al espacio un poder semejante al del tiempo y sostenerse el absurdo de que á los habitantes de una provincia les tenía sin cuidado que se castigasen los criminales realizados en otra distante de ella? ¿Cómo hemos de dar por bueno que del arbitrio del ofendido penda por completo el que se preste ó no al criminal las condiciones que se le deben en vista de sus manifestadas necesidades y de su propio bien, y se garantice ó no á la colectividad su tranquilidad futura? ¿Cómo, viniendo á cosas de alguna menor importancia, hemos de aceptar sin reparo que la acción penal sufra suspensiones viciosas ante privilegios y formalismos que, por serlo, exceden visiblemente de consideraciones racionales y justos respetos á cuya sombra prosperan, ó que, por el contrario, y por causas análogas, se dilate su duración y alcance hasta el punto de afectar á los que ninguna participación tuvieron en el delito, quitándose á la pena su carácter personalísimo?

En la manera con que formulamos estas preguntas se revela que, sin negar la realidad y valor de los que el autor llama «obstáculos á la acción penal y á la pena», su respectiva inteligencia obedece á antecedentes distintos y á reglas diversas de los generalmente acogidos; y así, el caso representado por el cumplimiento de la condena (al que cabe asociar, en un respecto tan solo, el sobreseimiento y la absolución), se sustituye en la teoría, para nosotros preferible, por la declaración de probada eficacia de la pena sobre el penado;—el caso de gracia soberana (inadmisible en principio, porque no pende del arbitrio del poder público el cumplimiento del derecho, y sin cabida en el sistema, porque lo que hoy es acto periódico de gracia en lo que pueda servir á la justicia, sería acción permanente de ésta) no recibirla, en último término y ante la política penal, otro significado que el de *modus vivendi* para compadecer transitoriamente, y con las garantías necesarias, el falso *summum jus* de las viejas prácticas con el verdadero *summum jus* que nunca pueden resolverse en *summa injuria*;—el caso de la prescripción hallaría sustento más racional, consistente y regulado, en la verificable presunción de la enmienda del reo, sin que su nacimiento, interrupción y término se decidiesen con vista de motivos distantes de tal presunción, que en las mismas leyes aparecen á las veces como ilógicos ó contradictorios;—el caso del perdón del ofendido, sería rechazado como tal perdón y movimiento potestativo del particular, ya que, aun admitida en ciertos delitos la necesidad de la querella privada para proceder contra el ofensor, no se contaba en la razón de esa necesidad la pretendida consecuencia, sin que esto sea negar la eficacia que deba darse á los actos reparadores congruentes con que el criminal rectifique su anterior conducta;—el caso de inexistencia ó suspensión de la acción penal ante el delito cometido por personas investidas de representación pública, por alta que ésta sea, pugna asimismo con la pura doctrina penal; pero en las soluciones que hubiéramos de proponer á las exigencias históricas, mientras



...duren, dominaría siempre un sentido de restricción que ya insinúa atrás al ocuparnos en el examen de los límites de la ley penal, haciendo la desaparición inmediata de cuanto en su abono no constituya la mejor defensa que el arraigo de un privilegio incompatible con el curso del tiempo; y, por último, el caso de persistencia de la acción imponer á personas distintas del criminal los efectos de la punición. En éste señalada, tenemoslo por contrario á toda legitimidad y á un anacrónico residuo de bárbaras prácticas, siquiera se limite á penas pecuniarias decididas por sentencia firme antes de la muerte del reo.

Por no ser nuevas en la llamada ciencia penal clásica esta crítica y estas rectificaciones sobre errores doctrinales y legales, duélenos en la ciencia penal del día no las reconozca excepcionándolas de sus reglas inconsiderados; mas de otro lado, y por más que arranquemos las posiciones distantes, nos complace la proximidad que se establece al cabo en juicios y propuestas, porque se confirma más la realidad de los errores y más se asegura el logro de las reformas. No es en la primera vez en que acusamos una suerte de confluencia con opiniones mantenidas por la escuela positiva, y aunque persistamos en creer que para censurar y proponer un cambio profundo en lo penal, v. gr., á la prescripción penal, al indulto, etc., no necesitamos desartar de nuestra bandera, cruzámosla de grado con la del adversario, que en tal punto deja casi de serlo. Y decimos casi, porque en estos dos casos que ofrecemos como ejemplo, como en algún otro (el proveniente de los delitos privados), la oposición subsiste en su carácter á primera vista extraño: nuestras soluciones son, si queremos, más radicales que las adoptadas por los Lombroso, Ferri y Garofalo.

No todos los autores clasifican del mismo modo los diferentes artículos que aquí se estudian, ni aun dentro de los miembros de la escuela que acogen, comprenden el mismo número de casos. Debe esto principalmente de la inteligencia que dan al concepto de la acción penal y del intento de atraer hacia este sitio algunas disposiciones que la legislación positiva, tampoco igual en todos los países, normaliza al hablar de delitos determinados. El plan de Pessina muestra visible analogía con el de Ortolán, por ejemplo, pues uno y otro hablan de suspensión, agotamiento y extinción; pero éste, por su parte, mantiene aquella diferencia á que aludimos en el capítulo precedente entre derechos de acción y derechos de ejecución, y de esta manera, separa las suspensiones de nacimiento de la acción penal (donde incluye las condiciones suspensivas implicadas por cuestiones prejurisdiccionales, autorizaciones para procesar á Senadores ó agentes del Gobierno, querellas particulares, etc.), y las suspensiones de ejercicio de la acción (demencia del reo, preñez de la mujer condenada á muerte, etc.). Nosotros, que no vemos gran exactitud en la exposición del plan penalista francés, pues varias de las suspensiones que el llama de nacimiento, son, con mayor propiedad, de ejercicio, y que, además, tenemos el deber de ajustarnos en lo posible á la doctrina del texto, seguiremos á éste de cerca sin aspirar á reunir absolutamente todos los preceptos legales que guarden relación con el asunto.

Por de pronto, el que de todo delito se derive acción penal, es principio inconcuso que la razón proclama, que el derecho implica y que la ley positiva reconoce, siquiera ésta lo convierta en regla gene-



ral que, como todas las reglas, origina ciertas excepciones, media la declaración de que no considera delito lo que en realidad lo es, según el autor apunta, y obediendo á motivos que el legislador reputa estimables, sin percatarse acaso del motivo sustancial. Así, cuando nuestro Código, al definir la tentativa en su art. 3.º, excluye la en que intervino el propio y voluntario desistimiento del agente, no puede dudarse de que la tentativa existió (y Rossi lo dice con entera claridad); pero se estima el valor de ese desistimiento para negarlo, y se estima como debiera, porque se pena lo hecho si por sí sólo constituyese singular delito. En el art. 580 se declara, que «están exentos de responsabilidad criminal, por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren, los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines de la misma línea, el consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro, y los hermanos y cuñados si vivieren juntos». Aquí existe delito, claro se ve por las denominaciones que se aplican á los actos de que se trata, y esto mismo, y que nace acción penal, es notorio por las líneas con que termina dicho artículo: «la excepción es aplicable á los extraños que participen del delito»; pero el legislador, por consideraciones especiales, niega el nacimiento de la acción para imponer aquella responsabilidad á los parientes que se hallan en los grados y circunstancias transcritos. Sugiere este artículo el acuerdo de otros de la ley de Enjuiciamiento criminal, que, no obstante otorgar á todos los ciudadanos españoles la facultad de ejercitar acción pública (art. 101), añade: «no podrán, sin embargo, ejercitarla: 1.º, el que no goce de la plenitud de los derechos civiles; 2.º, el que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como reo de delito de denuncia ó querrela calumniosa; 3.º, el Juez ó Magistrado». Los comprendidos en los números anteriores, podrán, con todo, ejercitar la acción penal por delito ó falta cometidos contra sus personas ó bienes, ó contra las personas ó bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos ó uterinos y afines; y los comprendidos en los números 2.º y 3.º podrán también ejercitar acción penal por delito ó falta cometidos contra las personas ó bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal (art. 102). Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí: 1.º, los cónyuges, á no ser por delito ó falta cometidos por el uno contra la persona del otro ó de sus hijos, y por los delitos de adulterio, amancebamiento y bigamia; 2.º, los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos, uterinos y afines, á no ser por delito ó falta cometidos por los unos contra las personas de los otros» (art. 103).

En punto á suspensiones, para las que el autor califica de subjetivas, y entre ellas la *demencia*, tenemos el art. 383 de la citada ley, que manda suspender el procedimiento, y el 101 del Código que manda suspender la ejecución de la condena. Dice aquél: «si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud; y si hubiere algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el mismo caso, continuará la causa solamente en cuanto al mismo». El mencionado artículo 101, dice: «cuando el delincuente cayere en locura ó en imbecilidad después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto á la pena personal, observándose en sus otros respectivos lo establecido en los párrafos 2.º y 3.º, núm. 1.º del artículo 8.º. En cualquier tiempo en que el delincuente recobrase el



no cumplirá la sentencia, á no ser que la pena hubiera prescrito con arreglo á lo que se establece en este Código; y se observarán también las disposiciones respectivas de esta sección, cuando la locura ó imbecilidad sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia. Otro caso de suspensión temporal de ejecución de la pena se contiene en el art. 105 del mismo Código: «no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halla en cinta, ni se le notificará la sentencia que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días desde el alumbramiento». ¡Sombria y repugnante misericordia! La ley de Enjuiciamiento, al tratar de los procedimientos especiales en el libro 4.º, tit. 1.º, menciona el tocante á los Senadores y Diputados, en ellos se fija otra de las suspensiones subjetivas del autor. Para procesar á los miembros de las Cámaras, estando éstas abiertas y no cogido *in fraganti* el criminal, se necesita obtener del Cuerpo Legislador á que éste pertenezca, autorización solicitada en forma suplicatorio. No estando abiertas las Cámaras, se pondrá en conocimiento de la que corresponda, haberse incoado el proceso; pero en este caso, se suspenderán los procedimientos hasta que se la autorización se conceda, y si es negada, se sobreseerá respecto al Senador ó Diputado, y sólo continuará la causa contra los demás procesados, si los hubiere (artículos 750 al 756 inclusive). Nuestra ley habla á semejanza del antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal á los Jueces y Magistrados, y en el mismo antejuicio, que pueden mover todos los españoles no incapacitados, la reclamación, cuando trate de delitos de prevaricación relativos á sentencias injustas, está en suspenso hasta después de terminado por sentencia firme el proceso ó causa que diese motivo al procedimiento (artículos 757 y siguientes). Por último, y sin entrar en nuevos pormenores, el artículo 605 habla de la autorización precisa para perseguir injurias ó calumnias vertidas en juicio, y la Constitución de 1876, en su artículo 77, consagra la necesidad de previa autorización para procesar determinados casos ante los Tribunales ordinarios, á las autoridades y á sus agentes.

En la otra clase de suspensiones que figura en el texto, se incluye la debida á falta de querrela en los casos que la ley exige la iniciativa privada, y como de esto ya hemos apuntado lo principal en una nota al anterior capítulo, sólo añadiremos que los preceptos del Código son naturales complementos en la ley de Enjuiciamiento. Inclúyese también la cuestión prejudicial, que da margen á una condición suspensiva, y que, vista en toda su amplitud, abarca diferentes casos. A los más notorios se refieren las siguientes disposiciones de la mencionada ley: por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende á resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible, que sea racionalmente imposible su separación; sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad ó de la inocencia, el Tribunal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero puede fijar un plazo que no exceda de dos meses para que las partes acudan al Juez ó Tribunal civil contencioso-administrativo competente, y si el plazo transcurre sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal hará la suspensión y continuará el procedimiento. No obstante lo dicho, las cuestiones civiles prejudiciales referentes á la validez de un



matrimonio ó á la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez ó Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base al de lo criminal; y si la cuestión se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble ó á otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico ó en actos indubitados de posesión, habiendo, por supuesto, de atemperarse para las resoluciones que adopte á las reglas de aquella rama del derecho á que pertenezca la cuestión prejudicial (artículos 3.º al 7.º).

— Respecto á las causas de extinción de la acción penal ó de la condena, el art. 132 del Código establece que la responsabilidad de la condena se extingue: 1.º, por la muerte del reo en cuanto á las penas personales siempre, y en cuanto á las pecuniarias, cuando á su fallecimiento no hubiere recaído sentencia firme; 2.º, por el cumplimiento de la condena; 3.º, por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos; 4.º, por indulto, aunque el indultado no podrá habitar por el tiempo que, á no haberlo sido, debería durar la condena en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de éste, cuando en otro caso sin efecto el indulto acordado; 5.º, por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos que no pueden dar lugar á procedimiento de oficio; 6.º, por la prescripción del delito; y 7.º, por la prescripción de la pena.—De la muerte del reo nada diremos, á no repetir que la excepción señalada en la ley nos parece insostenible, y desenhuelta con lógico rigor conduciría al absurdo de que personas inocentes, no sólo sufrieran menoscabo en sus bienes á título de pena, sino que, careciendo de éstos y en virtud de la prescripción subsidiaria, se viesan encerradas en la cárcel. Que el cumplimiento de la condena agote la acción penal, es cosa que se da por indudable; pero considerada la forma de su imposición y ejecución, conocido el estado de nuestras prisiones, más indudable es que en muchos casos el derecho quede tan perturbado como al principio, si bien que, más corrompido el criminal á su salida que á su ingreso en el presidio, no acrecen realmente la perturbación y el peligro.—La amnistía, el indulto y la rehabilitación, son tres manifestaciones del llamado derecho de gracia, colocadas así en orden de importancia, porque por la primera se llega á la ficción de que lo ocurrido (comisión de delito, sentencia condenatoria y aun cumplimiento parcial de condena) no ocurrió, y del amnistiado no puede decirse nunca que tiene antecedentes penales; por el segundo, se remite ó toda la condena, ó toda la pena principal, ó parte de ella, ó alguna, si son varias, ó se conmuta la impuesta por otra de la misma escala, pero aun el verdadero indulto total no se identifica con la amnistía, porque no extingue todos los efectos de la punición, y el indultado no puede habitar donde habitaba el ofendido, y ha de estar sentenciado por sentencia firme ó á disposición del Tribunal, y no ha debido ser reincidente, y no se olvida que ha delinquido; por la tercera, ó sea la rehabilitación, se remiten concretamente las penas que su nombre indica, esto es, las inhabilitaciones, las cuales, figurando como accesorias, á no ser objeto de una declaración especial en la disposición de indulto de la pena principal, no se entienden remitidas como las demás penas de aquella clase (artículos 45, 46, 54, 55, 56 y 132 del Código, y 4.º, 2.º, 6.º y 12.º de la ley especial de 24 de Mayo de 1870). La concesión de amnistía corresponde al Poder legislativo, y destinado de ordinario este amplio perdón á devolver la paz al país después de hondas perturbaciones, se aplica á los delitos colectivos, de índole política principalmente, es



que se supone que falta aquel perverso egoísmo que caracteriza los delitos comunes. El indulto, según el art. 54 de la Constitución vigente, corresponde al Rey, como prerrogativa que ha de ejercitarse al arreglo a las leyes; y la citada de 24 de Mayo de 1870, destinada al efecto, establece: que es extensivo á toda clase de delitos y ha de fundarse en razones de justicia, de equidad y de conveniencia pública; que puede solicitarse ó proponerse por el penado, sus parientes ó cualquier otra persona en su nombre, por el Tribunal sentenciador, el Supremo ó el Fiscal de uno ú otro, ó por el Gobierno mismo, con acuerdo del Poder ejecutivo después de oír el dictamen circunstanciado del Tribunal que impuso la condena y del Consejo de Estado, aunque sin necesidad de someterse al parecer contrario de éstos; que el Tribunal sentenciador es el encargado de aplicar la gracia una vez concurridas, tomadas en cuenta las condiciones tácitas de todo indulto (que no puede perjudicar á tercera persona y que haya precedido el perdón á la parte ofendida en los delitos privados) ó las especiales que se determinen en el decreto soberano, motivado, acordado en Consejo de Ministros é inserto en el periódico oficial. La rehabilitación, en cuanto á ser un indulto especial, ha de someterse á las mismas reglas. Pero de lo que en tales disposiciones hay de anacrónico é incompatible con la organización de los Estados modernos, de la condición de la misma en que colocan al poder judicial y de otros vicios y deficiencias notorios, todavía la práctica ó la costumbre, extralimitándose al espíritu y de la letra del texto legal, viene á hacer menos defendible y más peligroso ese derecho de gracia, en nombre del cual se otorgan indultos generales, que no pueden dar la debida estimación á las condiciones singulares de cada delincuente, y suelen arrancar de momentos harto distantes de los que se mencionan como indispensables, á manera que los indultos individuales caen con frecuencia en el falso terreno del azar, de la influencia ó del capricho. — El perdón del ofensor está limitado en el modo que el transcrito art. 132 indica, constituyendo una excepción á la regla del 24; pero además hay que tener presente: que en el delito de injuria ó calumnia, el perdón ha de ser expreso, en opinión de los autores; que en el de adulterio, si el cónyuge perseguido perdona á uno de los reos expresa ó tácitamente, no puede desarrollarse contra el otro, y cuando remite á uno por modo expreso la pena impuesta por el Tribunal, alcanza al otro culpable la remisión (artículos 449, 450 y párrafo final del 452); y que en los delitos de escándalo, violación y rapto, el perdón puede ser expreso ó presunto, pero nunca se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor (artículo 463). Sobre este particular han de recordarse los artículos 106, 107 y 112 de la ley de Enjuiciamiento criminal. — La prescripción, según el Código, presenta dos formas, marcadas en los números 6.º y 7.º del art. 132, aunque, tras de ser inexactas las locuciones «prescripción del delito» y «prescripción de la pena», una y otra son prescripción de la acción penal en el sentido que hemos expuesto. Se distingue, sin embargo, porque aparte del fundamento capital que á la prescripción penal (asemejada así á lo civil) se presta, ó sea la iniciativa del Estado ó del particular para hacer valer su reclamación, la llamada prescripción del delito inténtase justificarla con las dificultades que un lapso de tiempo ofrece para la averiguación de los hechos punibles y de sus autores, con los consiguientes peligros para el inofensivo; y la llamada prescripción de la pena, con el efecto que el tiempo mismo causa para hacer innecesario ya el castigo, vistas las exigencias y los resultados á que sirve y que está destinado á producir en



la opinión pública. Además, los plazos para la prescripción por uno u otro concepto, el modo de computarlos y las interrupciones, difieren según lo prueban los artículos 133 y 134. Dice el primero de ellos en su primera parte: los delitos prescriben á los veinte años, cuando la señalare la ley la pena de muerte ó de cadena perpetua; á los quince cuando otra pena afflictiva; á los diez, cuando pena correccional; en lo demás se aceptúanse los delitos de calumnia é injuria y los comprendidos en el artículo 582 (provocación á delinquir, realizada por medio de la imprenta, grabado, etc.), de los cuales los primeros prescribirán al año, los segundos á los seis meses y los últimos á los tres meses; las faltas prescriben á los dos meses. Dice el art. 134: las penas impuestas por sentencia firme prescriben: la de muerte y cadena perpetua, á los veinte años; las demás afflictivas, á los quince; las correccionales, á los diez; y las leves, al año (sin excepciones). Los plazos para la prescripción de los delitos se computan desde el día en que se hubiese cometido el delito, y si entonces no fuese conocido, desde que se descubriera y se empiece á proceder judicialmente para su averiguación y castigo (párrafo penúltimo del art. 133); y los plazos para la prescripción de las penas, desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, ó desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiere comenzado á cumplirse (párrafo penúltimo del art. 134). La prescripción de los delitos se interrumpe desde que el procedimiento que se dirija contra el culpable, volviendo á correr de nuevo el tiempo desde que aquél termine sin ser condenado, ó se paralice el procedimiento, á no ser por rebeldía del culpable procesado (párrafo final del artículo 133); y se interrumpe la prescripción de las penas, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en que el reo se presente en España ó sea habido, cuando se ausentare á país extranjero, con el cual no hubiere celebrado tratados de extradición, ó teniéndolos, no se le estuviese comprendido en ellos el delito, ó cuando se cometiere uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar á correr de nuevo (párrafo final del artículo 134).

No hay necesidad de detenerse mucho en la lectura de estos dos artículos para decidir que, en fondo y en forma, son de los más defectuosos del Código; y de ahí las censuras de que son objeto y las dudas que dan origen. Silvela, así en su obra magistral, como en su ingenioso opúsculo «El Código penal ante el sentido común», pone de relieve ambas cosas, y á sus opiniones y crítica nos asociamos, confiados en que al llegar el día de convertirse en hecho la reforma de la legislación española penal, tantas veces anunciada, el punto de la prescripción de los delitos y las penas será de los más favorecidos por ella; ¡Quiéralo Dios!

● La inmunidad penal que gozan los miembros del Parlamento en casi todos los países constitucionales la estudia Pessina (§ 165) entre las causas de suspensión de la acción penal. Esta inmunidad, tiene realmente el carácter de prerrogativa concedida, no en atención á consideraciones de persona ó de clase, sino para asegurar el ejercicio digno, libre é independiente de determinadas funciones públicas. Es un principio, sancionado por las Constituciones y por las leyes la igualdad de todos ante la ley; pero la misma voluntad que ha establecido esta regla puede derogarla en determinados casos excepcionales. Pero estas excepciones no tienen hoy, como en otros tiempos, carácter de privilegio personal ó de clase; en el derecho moderno se consi-



una vez sabamos de decirlo, como prerrogativas encaminadas á garantizar y dignificar el ejercicio de altísimas funciones.

Las consideraciones prueban que no es este el lugar adecuado para estudiar tal prerrogativa, sino que hubiera debido estudiarse en el capítulo II del libro primero, al tratar la eficacia de la ley Penal y; en relación á la condición de las personas (III).

Contra el sentimentalismo penal que durante algún tiempo trahía á confundar jurídicamente la institución de la gracia, se han levantado las escuelas modernas en nombre de la defensa social. La escuela positiva la censura duramente, y uno de sus más ilustres representantes, Garofalo, sostiene que este acto de generosidad no debe existir, sino cuando se tratase de todo aquello que el Gobierno puede y cuya transgresión podría perdonarla el Gobierno mismo; es decir, que sólo debería, en justicia, aplicarse á los delitos políticos y á las transgresiones de las leyes de hacienda ó de los reglamentos administrativos. Pero, pregunta, ¿cómo concebir que el Gobierno pueda perdonar lo que él no ha prohibido, sino que está prohibido por las leyes naturales de la organización social cuyo defensor y custodio debe ser el Gobierno? Es casi inverosímil, añade, que este derecho de gracia haya podido sobrevenir á todos las demás irracionales prerrogativas que el progreso de las instituciones ha ido aboliendo gradualmente. El autor cree que en buenos principios de justicia, el Gobierno debe ser responsable de los nuevos delitos cometidos por los criminales indultados, por lo menos debería reparar el daño ocasionado por el delito en los casos en que tal reparación fuese posible; pero en otros casos no cabría reparación alguna, ¿cómo reparar un nuevo homicidio? Cuando la opinión pública se halle convencida de la inocencia de un condenado, nada más justo que una revisión de su proceso verbal, ya por un Tribunal Supremo, de justicia, ya por el jefe del Estado. También sería equitativa la revisión cuando la pena impuesta se mostrase severa en exceso; pero ¿cómo admitir que el jefe del Estado tenga el derecho de privar á la sociedad de sus medios de defensa contra sus enemigos naturales? El indulto concedido á un gran criminal es una violación del derecho de los ciudadanos á verse libres de aquél para siempre. Los delinquentes, dice Ferri, empleando la imagen de Lombroso, en estos jubileos del delito entran en las ciudades como los cerdos en un rebaño después de un largo ayuno.

Otros escritores modernos, sin censurar tan acremente el derecho de gracia, no lo estiman justo sino cuando se fundamenta en consideraciones de justicia y de equidad. Debe servir, dice Liszt, para hacer frente á las generalizaciones rígidas del Derecho (*den starren Verallgemeinerungen des Rechts*) las exigencias de la equidad (siempre, naturalmente, en favor del condenado, nunca en contra suya), para corregir errores (reales ó supuestos) del juez, ó para ayudar, á expensas del Derecho, la victoria de la prudencia del Estado (1). A estos fines el derecho de gracia puede añadirse otro de no menor importancia: el de administrar el medio de atenuar los peligros de la pena de muerte; en la medida que la supresión de hecho de las ejecuciones capitales.

Los autores que lo consideran, como muchos de los citados por Liszt (§ 175), como un auxiliar poderoso de la reforma moral de los

(1) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. § 75, p. 291.



delinquentes, como un elemento capaz de favorecer el arrepentimiento y la enmienda por la perspectiva de la clemencia real y como paliativo de los inconvenientes de las penas perpetuas, como justamente observa Prins, escribían en una época en la que la libertad condicional responde á estos fines, pues es la única institución que, mediante la observación de los condenados liberados, puede darnos trunfos acerca de la consistencia de su reforma moral.

El Sr. Aramburu, en sus notas, hace una ligera exposición de nuestra doctrina legal en materia de amnistía é indulto. Dada la importancia de esta materia, será útil estudiar con mayor amplitud estas disposiciones de nuestro derecho positivo.

Ya en las Partidas se encuentran precedentes en uno de sus títulos (*De los perdones*; Partida VII, tít. XXXII), consagrado enteramente á esta materia. El perdón de las penas impuestas era según las disposiciones de este Cuerpo legal, una graciosa prerrogativa usada por el Rey para conmemorar sucesos regocijados, como el nacimiento de sus hijos ó victorias alcanzadas contra el enemigo, ó para honrar ciertas festividades religiosas, tales como el Viernes Santo (1), ó para atender á los ruegos é intercesiones de Prelados y ricos hombres en favor de ciertos delinquentes, ó por otras causas análogas. También la Novísima Recopilación contiene algunas disposiciones sobre materia de indultos y perdones (lib. XII, tít. XLII), no son de gran interés estas leyes una de ellas la ley VI, que es una pragmática de Felipe IV (Madrid 13 de Octubre de 1639), dispone que los indultos no podrán beneficiar á los condenados á galeras. La razón de esta disposición no es otra, sin duda alguna, sino el evitar que por este motivo, pudieran disminuir las dotaciones de galeotes de las que se componen gran parte de la marinería de la marina de guerra. Algunas otras pragmáticas de Carlos I, de Felipe II y de Felipe III, tendían también á este fin de destinar el mayor número posible de delinquentes al servicio de las galeras reales (Novísima Recopilación, libro XII, título XL).

Nuestro Derecho vigente distingue dos formas del derecho de gracia: la amnistía y el indulto. El art. 132, núm. 3.º del Código penal dispone que la responsabilidad penal se extingue por la amnistía, *la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos*. Esta no es sino el perdón, sino el olvido del delito. Es, dice Silvela, la declaración hecha por el poder público de que las leyes destinadas á hacer constar que el delito se cometió, quiénes son las personas responsables, cuáles es la pena, así como ésta si se hubiera declarado quedan temporalmente en suspenso y sin observancia; es la derogación parcial y transitoria de las leyes respecto á determinados delitos. Generalmente se concede para los delitos de rebelión y sedición, para los de imprenta y los electorales. En su otorgamiento no se tienen en cuenta más que las razones de interés público; no es personal, no se concede nominativamente á uno ó varios culpables, sino á todos los que hayan cometido determinados delitos, sin tener presente quiénes son, cuáles son sus condiciones y su situación especial. Si la pena no ha sido aún declarada y el procedimiento seguido para averiguar el delito no ha terminado aún, éste se suspende ó anula y las causas se archivan, cualesquiera

(1) De esta disposición proviene, sin duda, el indulto del Viernes Santo, que aún practican nuestros monarcas.



impide el estado en que se hallen, impidiendo comenzarlas si aun no hubiesen incoado. Si, por el contrario, la amnistía se concede cuando la pena ya ha sido impuesta ó cuando se está ejecutando, no se suspende ó se suspende su ejecución, porque se parte del supuesto de que el delito no ha existido en realidad. Como la amnistía borra en cuanto la pena y sus efectos, dejándolo todo como si no se hubiese delinquido, el amnistiado puede volver á su hogar, habitar el lugar que mejor le plazca, y reputándose que no ha delinquido, si de nuevo cometiese un hecho punible, no podría considerársele como delincuente. El Código penal, fuera de la disposición citada, no contiene ningun otro precepto sobre amnistía. La Constitución vigente, en su artículo 54, núm. 3.º, enumera entre las atribuciones del Rey, la de *indultar á los delinquentes con arreglo á las leyes*. Y si la palabra *indultar* se toma en sentido técnico y jurídico, dice Silvela, preciso es convenir en que, en el estado actual de nuestro Derecho, el Rey por sí solo no puede amnistiar, sino que esto ha de traer origen de una disposición legislativa. Sólo el poder á quien incumbe formar la ley y promulgarla para siempre, añade, puede en justicia suspenderla temporalmente en su aplicación, ó sea derogarla para casos dados y en circunstancias determinadas.

La segunda forma del derecho de gracia es el indulto. El art. 132, número 4.º del Código penal declara que la responsabilidad penal se extingue por indulto, y á continuación preceptúa que *el indultado no podrá habitar por el tiempo que, á no haberlo sido debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido sin el consentimiento de sus parientes, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado*. No tiene, pues, el indulto el alcance de la amnistía que extingue la pena y sus efectos. En cuanto á esta limitación impuesta al indultado en lo relativo á la elección de su domicilio, se funda en razones fácilmente comprensibles de respeto á la víctima del delito, y en el deseo de evitar los malos efectos que podrían ser originados por la irritación que ha de causar la presencia del criminal y el recuerdo de la ofensa inferida. El ejercicio de la gracia de indulto está regulado por la ley de 18 de mayo de 1870. Dispone esta ley que los reos de toda clase de delitos pueden ser indultados con arreglo á sus disposiciones, de toda ó parte de la pena en que hubiesen incurrido. Se exceptúan sin embargo de esta disposición los procesados criminalmente que no hubiesen sido condenados por sentencia firme, los que no estuvieren á disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena, y los que reincidentes en el mismo ó en cualquier otro delito, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que á juicio del Tribunal sentenciador, ó del Consejo de Estado, hubiere razones suficientes de justicia, equidad ó conveniencia pública para otorgarles la gracia. El indulto puede ser total ó parcial. El indulto total produce la remisión de todas las penas á que hubiere sido condenado el delincuente y todavía no hubiere cumplido. El indulto parcial consiste en la remisión de alguna ó algunas de las penas impuestas, ó de parte de todas las en que hubiere incurrido y no hubiere cumplido aún el delincuente. Se reputa también indulto parcial la commutación de la pena ó penas impuestas al delincuente en otras menos graves. El indulto de la pena principal lleva consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto, á excepción de los de inhabilitación para cargos públicos y derechos po-

(1) Silvela, ob. cit. § LXXII; Viada, ob. cit. vol. I, p. 565.



líticos, las que no se tendrán por comprendidas si de ella no se hubiese hecho mención especial en la concesión. Tampoco se comprenderá nunca en ésta la indemnización civil. El indulto de la pena subsidiaria eximirá al indultado del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho, pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, á no ser que así se determine expresamente. No se puede conceder indulto del pago de los gastos del juicio y costas procesales que no respondieren al Estado, pero sí de la pena subsidiaria que el penado insolvente hubiera de sufrir por este concepto.

El indulto total solamente se otorga cuando existan razones de justicia, equidad ó utilidad pública que lo aconsejen, á juicio del Tribunal sentenciador y del Consejo de Estado. En los demás casos, es decir, cuando no existan estas razones, se concede sólo el parcial y en preferencia la conmutación de la pena impuesta, en otra menos grave dentro de la misma escala gradual; pero, sin embargo, puede conmutarse en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello á juicio del Tribunal sentenciador ó del Consejo de Estado, y además se conforme el penado con la conmutación. Conmutada la pena principal, se entienden conmutadas las accesorias por las que corresponden, según las prescripciones del Código, á la que hubiere de sufrir el indultado; se exceptúa, sin embargo, el caso en que se hubiere dispuesto otra cosa en la concesión de la gracia. Pero la conmutación queda sin efecto desde el día en que el indultado deje de cumplir por cualquier causa dependiente de su voluntad, la pena á que por la conmutación hubiere quedado sometido.

Según las disposiciones de esta ley, puede dividirse el indulto en puro y en condicional; el primero no está sujeto á ninguna otra condición sino á las tácitas de todo indulto; que no cause perjuicio á tercera persona ó no lastime sus derechos; que el penado haya de obtener, antes de gozar de la gracia, el perdón de la parte ofendida cuando el delito por que hubiere sido condenado fuere de los que solamente se persiguen á instancia de parte. El indulto es condicional, cuando depende de las condiciones que, aconsejadas por la justicia, la equidad ó la conveniencia pública, se señalan en la concesión de la gracia. Si las condiciones impuestas no han sido previamente cumplidas por el penado, el Tribunal sentenciador no dará cumplimiento á ninguna concesión de indulto.

Como una clase de indulto puede considerarse la rehabilitación, la ley de 18 de Junio de 1870, que acabamos exponer, hemos visto que preceptúa que, aunque el indulto de la pena principal lleva consigo el de las accesorias, esto no se extiende á la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos, si no se hubiere mencionado expresamente en la concesión. En armonía con esta disposición, determina el Código en sus arts. 54, 55 y 56, al establecer que las penas de cadena perpetua, reclusión perpetua, relegación perpetua y extrañamiento perpetuo llevan consigo como accesoria la de inhabilitación, ordena que aunque el condenado obtuviere indulto de la pena principal, no se entenderá remitida la accesoria si no se hubiera consignado expresamente en la concesión de la gracia. El art. 46 del Código, dispone que la gracia de indulto no producirá la rehabilitación para el ejercicio de los cargos públicos y el derecho de sufragio, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitación. Pero los sentenciados en las penas de inhabilitación para cargos públicos, derecho de sufragio profesión ú oficio perpetua ó temporalmente, podrán ser rehabilitados en la forma que determine la ley (art. 45 del Código penal).



La facultad de indultar á los delincuentes es, según el art. 54 de la Constitución, una de las atribuciones que competen al Rey. Pero ejercida esta función, como todas, constitucionalmente, esto es, con el concurso y consejo de ministros, éstos responden, y, como observa Silvela, el indulto es en suma atributo del Poder ejecutivo.

El indulto puede ser solicitado, según dispone la ley de 18 de Junio de 1870, por los penados, por sus parientes ó por cualquiera otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación. También pueden proponer el indulto el Tribunal sentenciador ó el Tribunal Supremo ó el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2.º del Código penal, ó el Gobierno puede mandar formar el oportuno expediente. Las solicitudes de indulto se dirigirán al Ministro de Gracia y Justicia por conducto del Tribunal sentenciador, del Jefe del establecimiento penal ó del Gobernador de la provincia en que se halle el penado cumpliendo condena; esas solicitudes se remiten después á informe del Tribunal sentenciador. Este pide informe al Jefe del establecimiento penal en que aquél halle cumpliendo condena, y si no se trata de una pena de privación de libertad, al Gobernador de la provincia de su residencia, y oye después al Fiscal y á la parte agraviada si la hubiere. El Tribunal sentenciador remite un informe donde hace constar la edad, profesión, estado, etc., del penado al Ministro de Gracia y Justicia, y, además, el historial histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado con los demás documentos que estime necesarios; el Ministro de Gracia y Justicia remite después el expediente al Consejo de Estado para que la Sección de Gracia y Justicia del mismo informe sobre justicia, equidad ó conveniencia de la concesión del indulto. La concesión del indulto, cualquiera que sea su clase, se hace en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros y se inserta en la *Gaceta*. Examinada esta ley, se verá de modo bien palpable, como hace observar el Sr. Silvela (1), que no caben dentro de sus disposiciones los indultos generales, es decir, los concedidos á todos los que se encuentran en determinadas condiciones, sin instruir expediente alguno en la forma expuesta, y por causas de regocijo público, bien diferentes de los motivos de justicia, equidad ó conveniencia pública que la ley preceptúa. Sin embargo, la costumbre está tan fuertemente arraigada en nuestro país, que son numerosos los casos de tales indultos que pueden señalarse desde 1870 en que la ley fué publicada.

● Si la prescripción de la acción penal puede defenderse por las razones de que con el transcurso del tiempo las pruebas se debilitan, la memoria de los testigos decae, el recuerdo de la infracción se borra al mismo tiempo que aumentan los riesgos de un error judicial, no existen las mismas razones para justificar la de la pena. Los argumentos utilizados en la angustia y en la inquietud del condenado y en seguridad de su enmienda moral, manifestada por su buena conducta, que ha permitido vivir ignorado, son rechazados hoy día por los criminalistas de las escuelas modernas. Las angustias del condenado que sufre, dice Prins, son muy problemáticas, y cuando son verdaderas, son tan crueles como las del condenado que cumple su pena. Puede alguna rara vez que el delincuente que se ha sustraído á la pena, se halla, después de algunos años, convertido en un hombre

(1) Silvela, ob. cit. LXXIII.



honrado; pero, entonces, el remedio es la gracia ó la rehabilitación, no la prescripción. «La prescripción, pura y simplemente, es la impunidad, es un mal ejemplo para las masas que no se entregan á las consideraciones teóricas de los defensores de la prescripción» (1). Aunque es el punto de vista de Liszt. Para este autor, la razón de la prescripción no debe buscarse en una fuerza mística del tiempo, productora ó destructora del derecho, sino en el hecho de que el orden jurídico, que tiene por misión la realización de fines prácticos, y no la aplicación lógica de principios generales, ha tenido presente el poder de los hechos. La persecución y el castigo de la más insignificante contravención se concebirían en sí, aun después de una generación, pero el efecto que la pena podría producir no estaría en proporción con las dificultades y las incertidumbres que ofrece la comprobación del estado del asunto, y con la perturbación causada en las nuevas relaciones profundamente arraigadas (2).

También la escuela positiva combate en principio la prescripción; ésta, según la opinión de Garofalo, es una institución protectora de los criminales; pero en ciertos casos no vacila en admitirla, cuando el delincuente ha probado, con su conducta, de que no es ya ser insociable, y que probablemente no volverá á delinquir por haberse modificado las condiciones que le determinaron la primera vez.

(1) Prins, *Science pénale et Droit positif*.

(2) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. § 76, p. 294.

(3) Garofalo, *Criminologia*, p. 333 y sigs. Ferri, *Sociologia criminale*, p. 742. Boglio, *Della prescrizione penale*, Torino, 1883.



## APÉNDICE



H  
nha  
ante  
mure  
mure  
que l  
mure  
mb  
N

m,  
l'm  
de la  
men  
sur i  
ado  
mole  
mum  
pro  
se n  
mun  
mie  
prec  
f so  
vula  
na s  
mion  
mend  
vode  
ne p  
al b  
blee  
do n  
ovis  
dore  
mure  
mure  
dela



## La pena de muerte.

---

Hace siglos ya preocupaba á los filósofos el problema de la legitimidad de la pena de muerte. ¿Puede el hombre imponer á sus semejantes este terrible castigo? ¿En caso afirmativo, sobre qué puede fundarse tan formidable potestad? Estas preguntas repetidas sin cesar á través de los tiempos, permanecen aun sin una respuesta categórica, que lleve á todos los ánimos el convencimiento de su justicia ó de su injusticia. Siempre estudiado y siempre nuevo es éste, sin duda, el problema más angustioso de los plantados por la ciencia penal.

Nuestros teólogos, que se preocuparon no poco de cuestiones penales, no dejaron de abordar esta cuestión delicada. La doctrina de Santo Tomás inspiró sus opiniones, y por tanto, fueron calurosos defensores de la última pena. Enseñaba éste que es lícito dar muerte á los delincuentes en cuanto es preciso para la salud del cuerpo social, y que, por tanto, es incumbencia exclusiva de aquél á quien está encomendado el cuidado de la sociedad, como pertenece cortar el miembro podrido á aquél á quien se ha encargado el velar por la salud del cuerpo humano (*Summa Theologica*, II 2, p. 61 á 3). Vitoria, Molina y Casanovi recogen esta imagen del gran filósofo, é insisten en la necesidad de amputar, del cuerpo social el miembro corrompido que puede infectar el resto sano del organismo. Refutando la opinión de Escoto — que combatía la injusticia del último suplicio, fundándose en que el precepto *non occides* pesa sobre todos igualmente, sobre los príncipes y sobre los ciudadanos, y en que el hombre no puede ser árbitro de la vida de sus semejantes —, se pregunta Alfonso de Castro, ¿pero acaso la sociedad no está investida por el mismo Dios de todas las atribuciones necesarias para cumplir su fin, y, por tanto, de cercenar por medio de la muerte el miembro corrompido que amenaza infestar á todo el organismo? Pero, además para este filósofo la pena de muerte se justifica por ser este el único medio de tornar la voluntad del criminal al bien y de cortar una vida de crímenes y de pecados más aborrecibles que la misma muerte. «Por tres causas principales, dice resumiendo su doctrina, es lícita y necesaria la pena capital: primera, para evitar que los hombres perversos causen daño á los pacíficos y honrados; segunda, para que, temerosos del mismo castigo, los demás hombres se contengan dentro de sus deberes y se aparten del mal; y tercera, para que el delincuente no continúe amontonando delito sobre delito, perdiendo así toda noción de moralidad y haciéndose á sí mis-



mo más desgraciado que si se le privase á tiempo de la vida» (1). Obstante este común sentir de la opinión científica, no faltó en nuestra patria una voz que protestó contra la licitud de la pena capital. Fr. Martín Sarmiento en 1762, poco antes de la publicación del famoso libro de Beccaria, comenzó á escribir su *Impugnación del crito de los abogados de la Coruña contra los fueros benedictinos*, en la que decía: «Por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto á la sociedad si se le separa de ella en un sitio donde se le haga bajar. Eso otro de que un castigo de muerte sirve para escarmiento á otros está bien pensado, pero no corresponde en la práctica. Lo que logra no es el escarmiento, pues cada día se multiplican las maldades de todo género ...» (2).

En esta época se comienza ya á poner en tela de juicio la legitimidad de la pena de muerte. Voltaire, publica por entonces, 1764, el *Recueil des pièces originales concernant la mort du sieur Calas*, que caminado á deshacer un supuesto error judicial, y produjo en la opinión pública una fuerte conmoción que seguramente contribuyó á preparar el éxito extraordinario de la obra de Beccaria *Dei delitti e delle pene*. Aquí se encuentra, sin duda, el punto de partida de la formidable campaña abolicionista emprendida contra la última pena. Muchos de los argumentos que más tarde han presentado, y presentan todavía los abolicionistas remontan á Beccaria. Que la prisión perpetua es suficiente para apartar á los hombres de los delitos; que muchos delincuentes, por vanidad ó por fanatismo afrontan la muerte con rostro tranquilo, pero que ni el fanatismo ni la vanidad persisten dentro de los muros de la prisión; que la ejecución de esta pena, es un espectáculo para la mayoría de los que lo presencian, sin que inspire el saludable terror que la ley supone; estas afirmaciones se encuentran en las páginas escritas por el reformador italiano (3). Merced á su flujo y al de su contemporáneo el austriaco Josef von Sonnenfels la pena de muerte fué suprimida por Leopoldo de Toscana, de hecho en 1765 y legalmente en 1786, y en Austria por obra de Josef II en 1787.

Los argumentos empleados hoy contra la pena de muerte pueden ordenarse en dos grupos: unos, los menos frecuentes, revisten un carácter sentimental; otros, la casi totalidad, presentan un carácter práctico, se fundan en razones de conveniencia social. Al primer grupo pertenecen las razones alegadas por los abolicionistas que se basaban en la inviolabilidad de la vida humana. Ninguno ha expresado este punto de vista con más noble vehemencia que Pedro Ellena. «Nosotros, decía, negamos que para la seguridad social sea necesaria la pena de muerte; pero aun suponiendo que lo fuese, es preciso digamos que para nosotros el fin de la sociedad está subordinado al fin del hombre; que la personalidad colectiva de aquélla no puede de modo alguno absorber la personalidad individual de éste; que jamás el hombre puede convertirse en instrumento del bien de agrupaciones».

(1) Bullón, Alfonso de Castro y la Ciencia penal, p. 80 y sigs.; Hinojosa, *La ciencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho de los filósofos y teólogos españoles*, p. 159 y sigs.

(2) Cit. por Bullón, ob. cit., p. 85.

(3) *De los delitos y de las penas*, versión castellana por Pascual Vincente, Madrid 1879, XVI.



una de ninguna clase. Perezca la sociedad, si esto es posible, pero no á salvo el hombre» (1).

La mayor parte de los modernos adversarios de la pena de muerte, en sus ataques contra ésta, de un punto más utilitario. Ante se ha negado su eficacia intimidativa. Se citan las estadísticas anuales de los países que han abolido, de hecho ó derecho la pena capital, en los que, no obstante, la criminalidad no ha aumentado. Se ha observado también que aun en los países cuyas legislaciones han conservado la pena de muerte, el número de delitos castigados con esta pena ha disminuído considerablemente, y sin embargo, también ha aumentado el número de aquellos delitos que, castigados con la muerte, se penan hoy con menos rigor (2).

El espectáculo de las ejecuciones capitales en los países en que son aún públicas, no producen sobre las muchedumbres que las contemplan ningún efecto de intimidación y de terror; todo el mundo que más bien constituyen fiestas sangrientas, en las que el pueblo bestial muestra sus bajos instintos. Ferri, que tuvo ocasión de asistir en París dos ejecuciones, ha consignado sus recuerdos en unas sugestivas, que demuestran profundamente cuán ilusoria es la presencia del efecto aterrador de la pena capital (3). Hoy no hay testimonios de que las ejecuciones públicas, más bien que ser causa de debilitamiento de las tendencias criminales, constituyen un espectáculo atractivo al crimen. Producen realmente, como observa el criminalista alemán, una excitación de los malos instintos y un debilitamiento de los buenos (4). El aparato teatral de que en algunos países se revisten los últimos momentos de los delincuentes, parece ejercer un influjo formidable sobre ciertos individuos. Aubry cita el siguiente caso, que prueba hasta qué límites puede llegar esta funesta acción: «A mediados del siglo XVIII (en Dinamarca), dice, los criminales eran acompañados desde la cárcel hasta el lugar de la ejecución por sacerdotes y por una larga procesión de fieles, cantando salmos. La triste ceremonia terminaba con un largo sermón, que un sacerdote dirigía al condenado, que era ahorcado á continuación. El espectáculo de los piadosos cuidados que se prodigaban á los criminales produjo hasta tal punto la imaginación popular, que muchos individuos de esta clase cometieron homicidios para gozar estas ventajas. El Gobierno se vió en la necesidad de restringir la aplicación de la pena de horca, para que dejase de ser objeto de la ambición popular» (5). Otro hecho que prueba cuán escasa es la eficacia intimidativa de la pena de muerte, es el hecho, tantas veces citado, de que todos los condenados á muerte han presenciado alguna ejecución capital. «Roberts, capellán de Bristol, refiere que 161 condenados de 167 que había acompañado al patíbulo, le aseguraron que

Cit. por Carnevale, *La cuestión de la pena de muerte*, trad. española, p. 19.  
 2. Aschaffenburg *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg 1906, págs. 229 y 230.  
 3. Wulffen, *Psychologie des Verbrechens*, vol. I, Gros Lichterfelde-Oos (sin fecha), p. 491 y sigs.; Cuche, *Traité de Science et Legislation pénitentiaire*, París 1905,

4. *Les criminels dans l'art et la littérature*, París 1896.

5. Wulffen, ob. cit., p. 491.

6. *Tableaux des Etats Danois*, por J.-B. Catteau, 3 vol., 1802, París. En *Ann. de la Législation*, 1852, IV, p. 104. Cit. por Aubreg, *La contagion du menotie*, París 1896,



habían asistido á ejecuciones capitales». «Un sacerdote belga asistió á 167 condenados á muerte, preguntaba á todos: ¿Habéis presenciado alguna ejecución?, y 161 respondieron afirmativamente. Casos análogos se citan con gran frecuencia por los abolicionistas la pena de muerte.

Otro argumento, verdaderamente formidable, es la irreparabilidad de esta pena. «Ein Wort nimmt sich, ein Leben ni zurtück», una palabra, se devuelve, una vida, no, dice Schiller en Wallenstein. «La justicia humana ha dicho Prins, siendo relativa, necesita penas leves, graduales y eventualmente reparables. La pena de muerte participa de lo absoluto. No ofrece ningún recurso contra el error judicial cuando los hombres son falibles, y los errores judiciales posibles como la historia prueba con numerosos ejemplos» (2). Las demás penas aun las más duras penas de prisión, no excluyen la posibilidad de reparación, los sufrimientos físicos del condenado injustamente pueden ser en gran parte mitigados por compensaciones de orden material, pero la pena de muerte no admite reparación alguna. Como dice Carnevale, en esta pena existe algo anormal que nos deja tristes y pensativos. Gabba ha querido objetar á estas consideraciones hasta en el mismo orden de la naturaleza existe una continua incertidumbre que hace que nunca nos podamos considerar completamente seguros de que el camino que hemos emprendido sea el verdadero por esta razón, dice, una vez que se hayan empleado los medios á propósito para llegar á la posesión de la verdad, el ministerio represivo no puede quedar desarmado, por la sola consideración de que siempre es posible un error judicial. Esta es «una de tantas fatalidades á que se hallan expuestos el individuo y la sociedad». Estos razonamientos del ilustre autor italiano no son exactos. Como Carnevale hace notar, la posibilidad de incurrir en error es cosa que nadie niega, y en la imposición de todas las penas puede haber error por parte de los jueces. Lo censurable en la pena de muerte no es esto, como parece desprenderse de la crítica de Gabba, sino que mientras el legislador puede oponerse á aquella fatalidad remediando y reparando el error cometido, únicamente en la pena de muerte se priva deliberadamente de este medio de reparación (3).

A estos argumentos contra la pena de muerte se añaden otros que realmente tienen menor valor. Uno de los requisitos fundamentales de la justicia de las penas, se ha dicho, es que éstas sean proporcionales al delito, esto es, ni más ni menos graves de lo que es necesario para impedirlo. La pena de muerte no llena este requisito, es siempre un mal igual, ya que no se puede morir menos ó más de lo que se muere. Es, pues, ésta una pena, falta de divisibilidad y de proporcionalidad, condiciones sin las cuales no puede darse pena justa. Otros añaden que debiendo toda pena tender á la corrección del delincuente como fin principal, debe rechazarse la pena de muerte que no puede proponerse la obtención del fin correccional.

Resumiendo, los principales argumentos aducidos por los abolicionistas, son: la inviolabilidad de la vida humana, la irreparabilidad

(1) Cit. por Aubry, ob. cit.; también Carnevale, ob. cit., p. 80 y sigs.

(2) *Science pénale et Droit positif*, p. 410.

(3) Carnevale, ob. cit., p. 24 y sigs.

(4) Vid. Pietro Ellero, *Sobre la pena de muerte*, trad. española, Madrid 1907, XVII.



última pena, su falta de proporcionalidad y de divisibilidad, que no es correccional.

Veamos ahora los argumentos de los mantenedores de la pena capital. Garofalo ocupa entre ellos un lugar preeminente. La pena de muerte, para este autor, es el medio más adecuado para la selección artificial que la sociedad debe realizar eliminando de su seno á aquellos individuos antisociables é inadaptables á la vida social. Aunque realmente podrían emplearse otros medios eliminativos que ocasionan menos crueldad, como la prisión perpetua, ninguno de éstos presenta para Garofalo las ventajas de la pena de muerte. La reclusión por toda la vida, se dice, hace imposible la vuelta del criminal á la sociedad y su proliferación; pero esto no es exacto en opinión de los criminalistas, pues las numerosas evasiones, y las revoluciones, exilios y las amnistías que tan frecuentemente abren las puertas de las cárceles, prueban de modo evidente con cuánta facilidad vuelven los reclusos á la vida social. La prisión no es, por tanto, un medio de eliminación absoluto é irrevocable; «y aun cuando lo fuese, esto sería una razón para darle la preferencia, puesto que no se ve cuál es la utilidad de conservar la vida á seres que no deben volver á formar parte de la sociedad; no se comprende el objeto de la conservación de una vida puramente animal; no se explica por qué los ciudadanos y, por consecuencia, las familias mismas de las víctimas, hayan de pagar un aumento de impuesto á fin de dar albergue y alimento á los enemigos irreconciliables de la sociedad.»

Al prescindir de estas consideraciones, añade, hay otra todavía más decisiva. Puesto que se trata de elegir entre dos medios de eliminación absoluta que se suponen igualmente buenos, la muerte y el encierro perpetuo, ¿por qué razón ha de excluirse el primero, y dársele sobre el otro la incomensurable ventaja de la intimidación?» Para Garofalo, no cabe duda alguna; la pena de muerte, aun cuando atemorice á todos los malhechores, atemoriza á un grandísimo número de ellos que son insensibles ante la amenaza de la prisión. Este efecto no se limita á los asesinos, á los grandes criminales, sino que se extiende también sobre la criminalidad inferior, porque el hombre que se anima por el sendero del crimen no puede prever adónde llegará, ni cuánto le habrá de merecer. Ahora bien, añade, el hecho de «existir una pena capaz de privar de la vida á una parte de los malhechores» puede llegar á convertirse en un motivo bastante poderoso para contrarrestar la inclinación criminal (1).

La intimidación es un fin secundario de la pena de muerte; el fin principal para Garofalo es la selección artificial mediante la eliminación de los inadaptables. Pero ¿puede realizarse esta selección con la pena capital? Para conseguirla, sería preciso emplearla en proporciones tales que repugnarán á los sentimientos humanitarios de los pueblos civilizados. Para obtener este fin, dice Ferri, sería preciso aplicar seriamente y tener el valor de ejecutar, por lo que á Italia se reanuda, más de 1.500 delinquentes cada año; en el caso contrario, la pena de muerte no será más que un espantajo inútil, apenas aplicado, y, por lo tanto, será mejor abolirla. En los siglos anteriores, la frecuencia de las ejecuciones capitales podía, indudablemente, realizar una función de selección. Ferri nos dice, que en Ferrara, en 800 años, se ejecutaron 5.627 individuos, es decir, unos 700 cada siglo; en Roma, se-

(1) Garofalo, *Criminología*, p. 338 y sigs.



gún los registros de la Confraternità di S. Giovanni Decollato, desde el año 1500 al 1770, se ajusticiaron 5.820 personas, es decir, 1.956 cada siglo. Estas, añade, sí que pueden llamarse aplicaciones serias de la pena de muerte, á las que se debe en gran parte la ventaja de un mejoramiento parcial de la sociedad, aliviada de tantos seres peligrosos, que de otro modo habrían multiplicado bastante más su raza criminal (1).

Estas hecatombes no son posibles hoy; la progresiva dulcificación de las costumbres no puede tolerarlas: por esta razón no cabe esperar que la pena de muerte obre como un medio de selección artificial.

La mayor parte de los defensores actuales de la pena de muerte se colocan para defenderla en el terreno de la defensa social. Ninguno de ellos creen comparable á este para luchar contra la gran criminalidad. Garofalo aduce numerosos datos para probar la eficacia de la pena como medio de lucha contra la criminalidad. «En Bélgica, á partir de 1850, desde que la práctica seguida durante algunos años ha engendrado en las masas la convicción de que ya no existe la pena capital, ha aumentado el número de los grandes crímenes, y á partir de 1863, en cuyo año comenzó de nuevo la práctica de conceder sistemáticamente los indultos, los grandes crímenes se han multiplicado de una manera espantosa, á medida que ha ido penetrando en los espíritus la creencia en la abolición de la pena de muerte.» En efecto, desde 1865 á 1880, los procesados por homicidio aumentaron en este país de 34 á 120. En el Mediodía de Italia, el bandolerismo no pudo reprimirse en 1861 sino por medio de fusilamientos. Inglaterra, país donde siempre se han ejecutado los asesinos, es el único país de Europa donde la criminalidad decrece de una manera sensible. En Prusia no hubo ejecuciones durante larga serie de años, y en el mismo período aumentó de una manera sensible el número de homicidios: de 242 en 1866, llegó, por una progresión no interrumpida, á 518 en 1880. En Suiza, consecuencia de la abolición de la pena de muerte, se advirtió también un aumento en los homicidios, calculado en un 75 por 100, y eso en un período de cinco años. En Francia, continúa Garofalo, los grandes crímenes disminuyeron cuando la pena de muerte se ejecutaba regularmente. En 1877 hubo 31 condenas capitales; M. Grevy quiso hacer un experimento *in anima vili* y no permitió ejecutar más que á siete criminales en 1878, á dos en 1880 y á solo uno en 1881. Desde que el mundo criminal se apercibió de este hecho, los asesinatos se han hecho más frecuentes. En 1882 hubo 35 condenas capitales, y los homicidios, que habían sido ocho en 1878, se elevaron á la cifra de 14 en 1882; los asesinatos se aumentaron en la cifra de 36 en el mismo lapso de tiempo. Estos indultos, vivamente censurados por la opinión, han disminuído desde entonces; en 1883 se guillotiné á cuatro criminales y en 1884 á siete. En cuanto á Italia, donde no hay ejecuciones capitales desde 1876, excepto para los militares, la gran criminalidad ha llegado á alcanzar cifras inverosímiles. Mientras que en Inglaterra no hay sino 250 homicidios anuales por término medio, Italia, con una población casi igual, ha contado 3 626 en 1880, de los cuales 1.115 fueron asesinatos. A partir de esta fecha, parece que el aumento se detuvo, siendo quizá la razón de ello que la saturación criminal, para emplear una frase de Enrique Ferri, había llegado á su *máximum*. Sin embargo termina diciendo Garofalo, que aun no existiendo la pena de muerte

(1) *Sociologia criminale*, p. 875 y sigts.



no todos los ciudadanos de un país se divierten en degollar á sus semejantes; pero aquellos que anhelan proporcionarse esta diversión no encuentran motivo alguno para vacilar» (1).

Estos datos, como los que los adversarios de la pena de muerte aducen, demostrando que su abolición en algunos países no ha causado el efecto de aumentar la gran criminalidad, no tienen toda la transcendencia que algunos imaginan, pues el aumento ó disminución de la delincuencia, incluso de aquella castigada con el último suplicio, no depende solamente de la aplicación ó no aplicación de esta pena, sino de un conjunto de causas sumamente complejas. Como han reconocido, incluso los partidarios de su mantenimiento, el nivel de la criminalidad aumenta ó disminuye bajo la influencia de causas muy diversas, entre las cuales la indulgencia y la severidad de la represión distan mucho de ser las principales. «Después de todo, dice Tarde, el horror de la horca, del sable ó de la guillotina; no es más que uno de los móviles propios para paralizar el efecto de las pasiones que impelen al delicto» (2). Maxwell observa, también, que la insuficiencia de la policía urbana y rural es un factor infinitamente más importante en el aumento de la criminalidad que la no aplicación de la pena de muerte. «La gravedad de la pena, dice, contiene menos al criminal, que la certeza de que no escapará á la acción de la justicia; en el delincuente hay algo del jugador, y sabe apreciar el riesgo» (3).

Al argumento presentado por los abolicionistas, y reforzado con datos, de que la mayor parte de los autores de grandes crímenes habían presenciado ejecuciones capitales, se ha respondido con gran razón, que se ignora el número quizá considerable de aquéllos á los que semejante espectáculo ha intimidado y separado del delito» (4).

Otro argumento añaden, á los ya expuestos, los defensores de la pena de muerte. Esta, dicen, es una pena insustituible, y las que se proponen para reemplazarla ó son más crueles que la misma muerte, ó son de una dulzura extremada. La prisión perpetua que sustituiría á la pena capital, ó se ejecutaría en condiciones de tan gran rigor, de severidad tan extraordinaria, que harían al preso desear la muerte como una liberación, ó por humanidad se trataría á estos condenados con una suavidad injustificada. Como tipo del primer procedimiento, citan los antibolicionistas el sistema seguido en Italia; como tipo del segundo, el sistema de Holanda. En aquel país el Código vigente de 1860 al abolir la pena de muerte la reemplazó por la reclusión perpetua, cuyos primeros años pasa el penado en aislamiento celular en establecimientos establecimientos á los que Mancini ha llamado tumbas de vivos. El tratamiento del penado es muy duro, sobre todo por los largos años que debe pasar en el aislamiento más riguroso; así no es extraño que los casos de suicidio sean frecuentes entre estos condenados. El asesino del rey Humberto, no pudiendo resistir este régimen, se suicidó en el *ergastolo* donde se hallaba recluso. El sistema holandés es en el exceso contrario. Joly ha visto el régimen á que están sometidos los delincuentes que antes eran condenados á muerte. Estaban en una pequeña habitación, leían periódicos ilustrados, jugaban á los naipes y á las damas, como pacíficos y burgueses, y los guardia-

(1) Garofalo, *La criminología*, p. 343 y sigts.

(2) Cit por Cuche, *Traité de Science et de Legislation penitentiaire*, p. 484.

(3) Maxwell, *Le crime et la société*, Paris, 1900, p. 304.

(4) Cuche, ob. cit. p. 484.



nes detrás de los jugadores les indicaban las buenas jugadas. Se comprende fácilmente que una pena cumplida en estas condiciones de equidad, aun siendo perpetua no puede tener sino muy escaso influjo intimidativo; pero esta mitigación se comprende muy bien, dice Joly. Cuando tenéis un hombre encerrado bajo vuestra vigilancia toda la vida, no podéis hacerle padecer como un verdugo; olvidáis poco á poco lo que ha hecho; os familiarizáis con él de modo que poco á poco la detención pierde su vigor (1). En presencia de estos dos extremos uno duro y cruel en demasía, el otro excesivamente blando, sin efecto intimidativo, los abolicionistas creen preferible la pena de muerte.

En resumen, los principales argumentos que se aducen en pro de la de muerte, son: la función benéfica de selección artificial que realiza mediante la eliminación de los criminales inadaptables al medio social; es un instrumento de defensa social y de intimidación; los medios propuestos para sustituirla son ó más crueles ó suaves con exceso.

● Si damos una ojeada á las legislaciones de los pueblos cultos veremos como el abolicionismo, aunque con lentitud vagando terreno. Los países que han borrado de su sistema penal la última pena son cada vez más numerosos. Grecia la suprimió en 1862, Rumania en 1864, Portugal en 1867, Holanda en 1870, Italia con el Código de 1889; también la han suprimido posteriormente, Noruega, con la publicación del Código penal de 1903, aunque su abolición de hecho data de larga fecha, San Marino, Costa-Rica, Brasil, Venezuela, Montenegro y el Uruguay. Bélgica mantiene en su Código la pena de muerte, pero esta pena no ha vuelto á ejecutarse desde 1863. En Suiza, la constitución federal de 1848 la abolíó en materia política. Esta disposición se hizo extensiva á los delitos de derecho común por la constitución de 1874. A consecuencia de la ejecución de algunos crímenes de extrema gravedad se pidió la abolición de este precepto constitucional; esta petición fué adoptada por el pueblo suizo el 18 de Mayo de 1875 en un referendum, en el que 200.485 votaron por el restablecimiento de esta pena, y 181.588 votaron por el mantenimiento de su abolición. Así, pues, por este referendum, los cantones de la Confederación Helvética adquirieron el derecho de reintroducir la pena de muerte; solo algunos cantones (Appenzell, Rodas interiores, Alto Unterwalden, Uri, Schwytz, Zug, San Galo, Lucerna y Valais) usaron de este derecho. Aun en éstos las ejecuciones han sido muy poco frecuentes. En el anteproyecto de Código penal federal se ha suprimido esta pena.

Francia ha conservado la pena de muerte; en 1907 estuvo á punto de ser abolida, pero algunos crímenes horribles que produjeron en el público una emoción extraordinaria determinaron una reacción favorable á su mantenimiento. Inglaterra la conserva también; sin embargo, en este país que se considera como uno de los más fieles mantenedores del último suplicio, existe una asociación para la abolición de la pena capital. (*Society for the Abolition of Capital Punishment*, Margaret Chambers, 145, New Kent Road, S. E. London), que hace poco ha pedido en otras reformas en la penalidad la abolición de esta pena (2). Austria, en su Código vigente, mantiene esta

(1) *Rev. Penitenciaire*, 1907, p. 311 y sigts; Joly, *Problèmes de Science criminelle*, Paris, 1910 p. 137 y sigts.

(2) *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, July, 1914 p. 300.



pena así como también en el reciente anteproyecto de Código penal, también Hungría. Alemania también la conserva en su Código, en su anteproyecto de Código penal imperial no la ha suprimido. Un congreso de juristas alemanes celebrado en Leipzig en Septiembre de 1910 se declaró partidario de la pena de muerte. En Rusia se mantiene en el nuevo Código (1903), no obstante los esfuerzos hechos por los abolicionistas. La primera Duma la abolió, pero el Consejo del imperio no sancionó este voto. En 1908, una nueva moción presentada, fué rechazada por las dos terceras partes de los votantes. El 10 de Febrero de 1909, los partidos de la izquierda de la nueva Duma presentaron un proyecto suprimiéndola; este proyecto fué rechazado. Los abolicionistas continuaron su campaña. En 1909 solicitaron de la Cámara del Consejo del registro de sociedades el registro de una «Liga de la lucha contra la pena de muerte»; el registro de esta sociedad fué denegado. Para realizar una propaganda que no podían verificar por medio de la constitución de una sociedad, los abolicionistas rusos publicaron un libro que contiene una serie de artículos de los más eminentes criminalistas rusos (1). Casi todos, como el grupo ruso de la Unión Internacional de Derecho penal (asamblea de Kiew, 1905) y la Sociedad jurídica de Moscú (asamblea de 1883), son favorables á la abolición de la pena de muerte (2).

Suecia, Dinamarca, Turquía, mantienen también esta pena. En América, los Estados Unidos, el Canadá, Méjico, emplean también la pena capital; en Asia, el Japón la ha mantenido el nuevo Código penal de 1907, y Siam en su Código de 1908.

Pero aun los países que conservan en sus códigos la pena de muerte hacen de ella muy escasa aplicación. En la mayor parte no se impone para los delitos más graves como el asesinato, el robo con homicidio, el parricidio, el homicidio ó la tentativa de homicidio contra el Jefe del Estado, los delitos de alta traición; en algún Código, como el ruso, es extensiva también á los delitos contra la forma de gobierno.

Aun en los países en los que la aplicación de esta pena es más frecuente, el número de ejecuciones disminuye considerablemente. Así Rusia que en 1907 ejecutó á 1.132 individuos, en 1910 envió al patíbulo 1.139, y en 1911, hasta el mes de Julio, las ejecuciones capitales no habían pasado de 11 (3). En Alemania se aplica con gran rigor y los delitos son muy raros: en 1900 hubo 24 condenas capitales, 19 en 1901, 23 en 1902, 19 en 1903, 20 en 1904, 14 en 1905, 16 en 1906, 26 en 1907, 16 en 1908, 23 en 1909, 23 en 1910. De éstas se ejecutaron 17 en 1900, 19 en 1901, 22 en 1902, 10 en 1903, 21 en 1904, 7 en 1905, 13 en 1906, 15 en 1907, 10 en 1908, 19 en 1909 y 20 en 1910. Ciento treinta y siete ejecuciones en once años. En uno de estos años (1904) el número de ejecuciones es mayor que el de condenas, esto proviene sin duda de alguna condena no ejecutada el año precedente (4). En Inglaterra, según datos publicados por la *Howard Association*, la pena de muerte

(1) Se ha publicado una traducción francesa. *La peine de mort. Opinions des criminalistes russes*. Moscú, 1910.

(2) Dr. A. Piontkourky, *Die Todesstrafe in Russland* en *Zeitschrift f. g. Strafrechtswiss.* vol. 83, p. 70; *I morituri nelle carceri russe*, *Rivista penale* 1910 p. 510; *Rev. Penale* 1911 p. 1015.

(3) *Die Todesstrafe in Russland* loc. cit.

(4) *Rev. de Droit pénal et de Criminologie* p. 286, 1913.



no se impone sino en el 25 por 100 de la condenas, por delitos que pueden ser castigados con esta pena; á pesar de ser éste uno de los países de mayor rigor penal, en el año de 1902 de 32 condenas capitales sólo se ejecutaron 22, y en 1903 con 41 condenas hubo solamente 27 ejecuciones (1). En el Japón durante los años de 1899 á 1902, en cinco años, fueron condenados á muerte 276 individuos, de los cuales 176 fueron ejecutados (2).

En muchos países las ejecuciones no se verifican públicamente. Los escándalos, los espectáculos repugnantes á que daban lugar con frecuencia cuando se verificaban en las calles ó en las plazas, han determinado á muchos Estados á acabar con estas lamentables escenas de barbarie, ejecutando á los criminales dentro de los muros de la prisión (3). En Alemania tienen lugar dentro de las cárceles en presencia de ciertos funcionarios; una campana advierte al público que la ejecución va á tener lugar. Nada de relatos melodramáticos en la prensa; una noticia escueta comunica la hora en que el criminal fué decapitado. En Inglaterra se verifican en lugar cerrado quince días después de la condena. En el Japón se ahorca en la Sala de justicia. En Rusia el Código de 1903 también ha suprimido la publicidad de las ejecuciones. En los Estados Unidos la electrocución se verifica también en las prisiones.

Los procedimientos de ejecución empleados por los diversos países varían (4). Unos emplean la horca como Inglaterra, Austria, algunos estados de América del Norte, el Japón, Egipto. Otros la decapitación que se verifica por medio de la guillotina como en Francia, en Suecia, en algunos estados de Alemania; en este país otros estados emplean aún el bárbaro y antiguo procedimiento del hacha. Dinamarca y Turquía utilizan el mismo aparato de suplicio. Los cantones suizos en los que subsiste aun la pena de muerte, emplean la guillotina. El fusilamiento se emplea en muchos países como penalidad militar Italia que ha abolido la pena de muerte la mantiene aun para los militares y marinos. En Alemania el Código penal militar de 1872 dispone que los autores de delitos militares condenados á muerte sean fusilados. Lo mismo disponen las leyes penales militares de Suecia y Rusia. Algunos países emplean el fusilamiento para la ejecución de los condenados de derecho común, como se hacía en Montenegro antes de la reciente abolición de la pena de muerte y como disponen aun los Códigos penales del Perú y Haití.

Hace unos veinte años en los Estados Unidos comenzó á aplicarse la electricidad para la ejecución de los condenados á la última pena. Se esperaba quitar á esta pena mediante la electrocución el aspecto siniestro que siempre ha revestido y se creía también evitar ó disminuir el sufrimiento del condenado. Las experiencias han probado por el contrario que la muerte no se producen con la rapidez deseada y las crónicas re-

(1) Laurent, *Le chatiments corporels*, Lyon-Paris, 1912 p. 277.

(2) Laurent, loc cit.

(3) Howard en su famosa obra *State of prisons*, refiriéndose á las ejecuciones que presencié en Roma dice: «Estas ejecuciones no son de ninguna utilidad en cuanto al ejemplo, son un espectáculo de diversión y nada más. El populacho sigue al criminal y le aplaude tanto más cuanto parece menos sensible y más impenitente», vol. I; XIII. En los tiempos modernos no han cambiado de aspecto vid., la citada obra de Ferri, *Les criminels dans l'art et la littérature*, Paris, 1896.

(4) Vid., Lacassagne, *Peine de mort et criminalité*, Paris, 1908; Laurent, ob. cit.



eran casos en los que los sufrimientos del electrocutado han sido extraordinarios. En este país, otros estados emplean la horca y en el estado de Nevada según noticias casi recientes (1). á causa de la dificultad de encontrar un verdugo, estaba á punto de modificarse el Código penal permitiendo al condenado la elección entre tres modos de ejecución: la horca (procedimiento que continuaría siendo el legal si el delincuente no manifestaba otro deseo) el envenenamiento ó el fusilamiento. En el caso de que el condenado se decidiera por el veneno, recibiría del médico un frasco de ácido prúsico con esta inscripción: «Aquí hay una oncia de ácido prúsico suficiente para producir la muerte instantánea. Estáis autorizado para absorberla para ejecutar la sentencia de muerte que contra vos se ha pronunciado.» Este restablecimiento de las costumbres atenienses, recuérdese la muerte de Sócrates, por extraño que parezca, hace bastantes años fué propuesto por un ilustre criminalista, por M. Tarde (2), y hoy día por un Magistrado de París, M. Max, autor de un libro excelente que ya hemos citado en las páginas anteriores (3).

● En las antiguas leyes penales de nuestro país, como en las de toda Europa, la pena de muerte se impone con una extraordinaria frecuencia, y los medios de ejecución adoptados rivalizaban entre sí en fuerza de ser crueles. Si damos una ojeada á nuestros fueros municipales, veremos cómo en unos lugares, como en Toledo, se lapida á los delinquentes; en Salamanca, se les ahorca; en Béjar, se les ahorca y se les despena, se les entierra vivos debajo del cadáver del asesinado, y en algunas ocasiones se les corta en pedazos. Las Partidas, al determinar las diversas maneras de ejecución de la pena de muerte, aun dentro de la crueldad de sus disposiciones, señalan un progreso indudable: admite la muerte por decapitación, con espada ó cuchillo, pero no con «fóz de segar»; admiten también la muerte por el fuego, en la horca, el abandono á los animales fieros, pero excluye la crucifixión, la lapidación y el despenamiento. La ejecución debía ser pública, porque los otros que lo vieren, e lo oyeren, resciban ende miedo, e escarmiento, diziendo el alcalde, o el pregonero entre las gentes los yerros porqué lo matan...» (Partida VII, tit. XXXI, le. es VI y VII). Los delitos, por los que imponía la pena de muerte, eran muy numerosos. En la Nueva y en la Novísima Recopilación se hallan numerosas disposiciones, en las que se impone esta pena, á veces añadiendo agravaciones muy crueles. Por no citar todas las leyes que la imponen, con lo que alargaríamos excesivamente estas páginas, mencionaré sólo algunas de las más notables. A los que mataren á otro «á traición ó alevé», se les imponía la pena de horca con la agravación de ser arrastrados (ley 2.<sup>a</sup>, tit. 17, libro 4.<sup>o</sup> del Fuero Real); á los que mataren á otro «á traición ó sobre tregua», también pena de muerte; á los que dentro de la corte y en las cinco leguas de su rastro y distrito robaran con ó sin violencia, aunque fuere sin daño en las personas, si el delincuente era noble, se le ejecutaba en garrote (Prag. de Felipe V de 23 de Febrero de 1734); otra Pragmática anterior á esta, disponía que los bandidos y salteadores que robaran en cuadrilla, fueran arrastrados, ahorcados y descuartizados, y sus cuartos puestos

(1) *Rev. Penitentiaire*, 1911 p. 450.

(2) *La Philosophie pénale*

(3) *Le crime et la société*. Paris, 1909.



en los caminos (Prag. de Felipe IV de 15 de Junio y 6 de Julio de 1663). Esta bárbara costumbre de exponer los miembros mutilados de los malhechores con el fin de intimidar y escarmentar, se practicaba aún en los primeros años del siglo XIX. Una Pragmática de Felipe II (27 de Marzo de 1569) dispone se permita la confesión y comunión del condenado, y se le conceda el día anterior á la ejecución para la realización de estas prácticas religiosas; dispone también la celebración de una misa dentro de la cárcel.

El Código penal de 1822 ordenó que la pena de muerte sólo se ejecutase mediante garrote, sin tortura ni mortificación alguna. La ejecución debía ser siempre pública, entre once y doce de la mañana. El cadalso debía ser de madera ó de mampostería pintado de negro. Los reos eran conducidos al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, montados en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia; pero si el condenado lo era por delito de traición, llevaba la cabeza descubierta y rapada y una soga de esparto al cuello; un pregonero precedía al reo, publicando en alta voz el delito y la pena impuesta al delincuente. Ejecutada la sentencia, el cadáver permanecía en el patíbulo, expuesto al público hasta la puesta del sol; después era entregado á los parientes ó amigos del ejecutado, si lo pedían, y sino, sepultado por disposición de las autoridades, ó entregado para alguna operación anatómica. Los cadáveres de los traidores y parricidas se les daba sepultura eclesiástica en el campo y en sitio retirado, fuera de los cementerios públicos (1). Cuando al sobrevenir la reacción de 1823, dejó de tener vigor el Código penal de 1822, es de creer que la pena de muerte cesó de ejecutarse por medio del garrote, volviéndose otra vez á usar la horca como medio de suplicio. Esto se desprende de la Real cédula de 28 de Abril de 1823, en la que Fernando VII, dando una prueba más de sus sentimientos magnánimos y generosos, para *señalar la grata memoria del feliz cumpleaños de la Reina*, su muy amada esposa, abolió la pena de muerte en horca, disponiendo que en adelante se ejecutase en garrote ordinario para las personas del estado llano, en garrote vil para los castigados por delitos infamantes sin distinción de clases, y en garrote noble, que se había de imponer á los hijosdalgo.

Los Códigos de 1848 y de 1850 regularon su ejecución de modo casi idéntico al establecido por el vigente Código de 1870 antes de las reformas introducidas por la ley de 9 de Abril de 1900. Aquellas disposiciones prescriben que la pena de muerte se ejecutará en garrote sobre un tablado, de día y con publicidad, y el Código de 1870 determina que se verificará á las veinticuatro horas de notificada la sentencia. El reo era conducido al patíbulo con hoga negra, en caballería ó en carro; según el Código de 1870, esta conducción tenía lugar en un carruaje destinado al efecto, y donde no le hubiere en carro. El cadáver, según disponían los Códigos citados, permanecía expuesto en el patíbulo durante cuatro horas, pasadas las cuales era sepultado ó entregado á sus parientes ó amigos para este objeto si lo solicitaban. El entierro no podía hacerse con pompa.

Sin embargo, antes de esta ley de 1900, que abolió la publicidad de las ejecuciones, se dictó una Real orden en 24 de Noviembre de 1894, encaminada también al mismo fin. Casi todas sus disposiciones fueron consagradas por la citada ley de 1900. Ante todo preceptúa que las

(1) Arts. 40 á 46.



ejecuciones capitales se verificarán dentro del recinto de las cárceles en que los reos estén en capilla, siempre que exista en ellas sitio que pueda destinarse á la ejecución pública, ó, en su defecto, en el lugar que determine el tribunal sentenciador, con arreglo á las prescripciones del Código penal. Dispone, asimismo, que el jefe y los demás empleados de la prisión cuidarán de que en toda ella reine el mayor silencio desde el momento en que el tribunal sentenciador reciba la causa conocida hasta después de ejecutada la sentencia, suspendiéndose durante este tiempo los paseos y demás actos interiores que turben el recogimiento debido en tales casos. Durante el dicho espacio de tiempo sólo podrán aproximarse á la celda ó capilla del reo el Presidente del Tribunal sentenciador, el Director general de establecimientos penales, los depositarios de la fe pública que vayan á ejercer sus funciones, los Ministros de la religión, el Jefe del establecimiento, los Hermanos que estén de turno de la piadosa Asociación consagrada á este objeto, el Médico de la prisión y personas cuya presencia se juzgue absolutamente necesaria y sea reclamada por el reo, provistas de una autorización especial y escrita del Presidente del Tribunal y bajo la responsabilidad de éste. El Jefe del establecimiento dispondrá lo necesario para incomunicar el local que ocupe el reo, impidiendo el acceso del personal de la prisión que haya de comunicar con el exterior antes del cumplimiento de la condena. A las personas no constituidas en autoridad que, según disposiciones anteriores, penetren hasta la celda ó capilla del reo, se les hará saber, bajo su más estrecha responsabilidad, la prohibición de comunicar á las personas del exterior, antes ni después de la ejecución, noticia alguna que se relacione con el reo. El Jefe del establecimiento será responsable de la puntual observancia de lo anteriormente preceptuado.

La citada ley de 9 de Abril de 1900 introdujo en las disposiciones del Código de 1870 una reforma de gran consideración, aboliendo la publicidad de las ejecuciones capitales é introduciendo algunas otras modificaciones de menor entidad. Según las disposiciones de esta ley, que ha originado una nueva redacción de los arts 102, 103 y 104 del Código, la pena de muerte se ejecuta en nuestro país con arreglo á las prescripciones siguientes: Se ejecutará en garrote, en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo y á las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en días de fiesta religiosa ó nacional (art. 102) Una vez hecha esta notificación, la autoridad judicial encargada del cumplimiento de la sentencia dispondrá que el reo sea instalado en lugar aislado de la misma prisión, y no permitirá que comuniquen con el condenado sino las autoridades superiores de la localidad, el Fiscal del Tribunal sentenciador ó su delegado, los sacerdotes ó Ministros de la religión é individuos de Asociaciones de caridad que hubieren de auxiliarle, el Médico de la cárcel, un Notario, si el reo quisiere otorgar testamento ó ejecutar cualquier acto oral, y los funcionarios públicos y personas que sean absolutamente indispensables para realizarlos, y mediante expreso consentimiento del reo, su representación y defensa en la causa, é individuos de su familia ó cualquiera otra persona que por circunstancias especiales obtuviere permiso de la autoridad judicial al prudente arbitrio de ésta (art. 103) Asistirán al acto de la ejecución el Secretario judicial designado al efecto, los representantes de las autoridades gubernativa y municipal, el Jefe y empleados de la prisión que el Jefe designe, los sacerdotes ó Ministros de la religión é individuos de las Asociaciones de caridad que auxilien al reo y tres vecinos designados por



el Alcalde, si voluntariamente se prestaren á concurrir. En el momento de la ejecución se izará en parte visible desde el exterior de la prisión una bandera negra, que se mantendrá ondeada durante todo el día. El cadáver podrá ser entregado para su inhumación á la familia del reo, y en su defecto, á personas piadosas. El entierro no podrá hacerse con pompa. Para acreditar la ejecución de la pena se extenderá una sucinta del hecho, que suscribirán las personas que la hubieren presenciado, y se publicará en el *Boletín oficial* de la provincia. La autoridad judicial observará y hará guardar y cumplir todas las disposiciones referentes á la ejecución (art. 104).

También consigna nuestro Código que no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento (art. 105).

El Código de justicia militar dispone que la pena de muerte se ejecutará de día y con publicidad, á las veinticuatro horas de notificada la sentencia, siendo en tiempo de paz. En campaña, en lugar declarado en estado de guerra ó cuando lo requiera la pronta ejemplaridad del castigo, podrá reducirse el plazo señalado y tener lugar la ejecución á la hora que se designe (art. 635). A la hora designada, el reo de uniforme, será conducido por el piquete encargado de su custodia y la fuerza que además juzgase necesaria el Gobernador ó Jefe superior de las armas. En el sitio de la ejecución, el piquete se colocará dando frente al reo, y reconciliado éste brevemente, si lo deseara, con el sacerdote que le acompañe, será pasado por las armas. Enseguida tocarán marcha todas las bandas, desfilando las tropas por delante del cadáver, el que conducirán después al lugar de su enterramiento los soldados de la compañía del reo, ó en su defecto los que se nombraren. El cadáver podrá ser entregado á los parientes si lo solicitan y la autoridad militar no halla inconveniente; pero el entierro no podrá hacerse con pompa (art. 336, 5.º, 6.º, 7.º) (1).

El Código penal de la Marina de Guerra dispone que la pena de muerte impuesta á un militar se ejecutará pasando al reo por las armas. También serán pasados por las armas los reos no militares que fuesen sentenciados á muerte por los Tribunales de Marina, si al ejecutarse la sentencia se hallaren en alta mar ó fuera de los puertos de España. Fuera de estos casos, los reos no militares sufrirán la pena de muerte en la forma establecida ó que se estableciere por la ley común, si hubiere medios de emplearla á juicio de la Autoridad de Marina (art. 92). La pena de muerte se ejecutará ordinariamente de día, con asistencia de las fuerzas que dispusiera la Autoridad de Marina y á las doce horas de notificada la sentencia al reo; pero en campaña ó cuando lo requiere la pronta ejemplaridad del castigo, podrá abreviarse este plazo y ejecutarse á cualquiera hora del día ó de la noche (artículo 93).

En España la gran mayoría de los condenados á muerte son indúl-

(1) La R. O. de 14 de Agosto de 1897 relativa á las ejecuciones capitales en la jurisdicción de Guerra dispone: «Cuando deba ejecutarse la pena de muerte y el reo no sea militar, se observará lo prevenido en el art. 637 del citado Código militar, y la ejecución se verificará dentro del recinto de la cárcel ó prisión en que el reo esté en capilla, siempre que en ella exista sitio que pueda destinarse á la ejecución pública, ó en su defecto en el lugar que determine el Tribunal sentenciador».



los, y sin duda alguna es nuestro país, á pesar de lo que infundamente asegura algún criminalista extranjero (1), una de las naciones que más raramente ejecuta las sentencias capitales. Véanse los datos expuestos á continuación sacados de la *Estadística de la Administración de justicia en lo criminal*, publicada por el Ministerio de Justicia y Justicia.

Penas de muerte impuestas, indultadas y ejecutadas desde el año 1898 al 1909.

| AÑOS          | INDULTOS CONCEDIDOS |           |                  |                        | PENAS EJECUTADAS |          |
|---------------|---------------------|-----------|------------------|------------------------|------------------|----------|
|               | Parricidio          | Asesinato | Robo y homicidio | Violación y asesinato. | Hombres.         | Mujeres. |
| 1898.....     | 4                   | 16        | 15               |                        | 10               |          |
| 1899.....     | 2                   | 11        | 17               |                        | 16               | 1        |
| 1900.....     | 2                   | 8         | 3                |                        | 10               | 1        |
| 1901.....     | 1                   | 7         | 12               |                        | 7                |          |
| 1902.....     | 2                   | 5         | 11               | 1                      | 2                |          |
| 1903.....     | 1                   | 12        | 7                |                        | 2                |          |
| 1904.....     | 3                   | 7         | 14               |                        | 2                |          |
| 1905.....     | 3                   | 9         | 27               |                        | 4                |          |
| 1906.....     | 3                   | 19        | 25               |                        | 2                |          |
| 1907.....     | 5                   | 13        | 17               |                        |                  |          |
| 1908 (2)..... | 5                   | 16        | 12               |                        | 3                | 1        |
| 1909.....     | 4                   | 12        | 6                |                        | 4                |          |

Este cuadro prueba el escaso rigor con que en España se aplica la última pena; año ha habido, como el de 1907, que, no obstante haber impuesto por los Tribunales 36 penas de muerte, ninguna de ellas fué ejecutada.

No pocas fueron las tentativas que en España se hicieron para conseguir la abolición de la pena de muerte. En 1854 el Diputado señor Seoane presentó á las Cortes un proyecto de ley aboliéndola para los delitos políticos. En la base sexta del proyecto de constitución se aprobó aquella asamblea se consignaba este principio, y los señores Figueras, Ruiz Pons, Orense, Ferrer y Garcés, García Ruiz, Gil y Gaminde, propusieron una enmienda concebida en estos términos: «Queda abolida la pena de muerte, la cual se sustituirá por la deportación perpetua á nuestras colonias de Asia». En Marzo de 1869, la minoría progresista propuso también la abolición de la pena capital para los delitos políticos. En la sesión de 9 de Abril de 1869, el diputado progresista D. Francisco Javier Moya apoyó una proposición pidiendo la abolición de la pena de muerte, y votaron á su fa-

(1) H. Laurent, *Les chatiments corporels*, Paris, Lyon 1912, p. 277.

(2) A estos indultos deben añadirse el de dos penas de muerte impuestas por delitos cometidos por medio de explosivos.



vor, entre otros: Llano y Persi, Marqués de Sardoal, Sánchez Rumbal, Carratalá, Romero Ortiz, Sagasta, Rodríguez (D. Gabriel), Balaguer, Gil Berges, Martos, López Domínguez, Echegaray, Merelo, Paul y Argandoña, Moreno y Rodríguez, Pí y Margall, Palanca, García Ruiz, Cerdán, depón, Moret, Valera, Becerra, Castelar, Orense, Benot, Figueroa, Montero Ríos. La proposición no fué admitida, porque el Ministro de Gracia y Justicia, Romero Ortiz, después de haber votado á favor de la toma en consideración, pidió el planteamiento de esta reforma legal, ta que el país hubiera entrado en un período de normalidad (1).

En Noviembre de 1906, los Diputados Sres. Morote y Junoy presentaron una proposición de ley que decía: «Artículo único. Queda abolida en España la pena de muerte. En su consecuencia se entablarán derogados los artículos del Código penal ordinario y del de Justicia militar en que se establece la pena de muerte como única ó como límite máximo de las imponibles. En todos estos artículos quedará sustituida la pena de muerte por la de privación perpetua de libertad y de derechos en los términos y formas prescritos por los mencionados Códigos». Tratábase, pues, de abolir la pena de muerte, no sólo en el fuero comun, sino también en el de guerra. Como es sabido, esta proposición no prosperó.

### Resumen.

He aquí resumida en sus capitales puntos de vista la doctrina expuesta en las páginas anteriores

Desde muy antiguo ha preocupado á filósofos y juristas el problema de la pena de muerte. En los tiempos pasados éste se planteó en el terreno de su licitud y justicia y los teólogos y filósofos españoles Castro, Vitoria y otros, inspirándose en las enseñanzas de Santo Tomás más de Aquino, defendieron la pena capital como lícita y permitida afirmando, con sostenida insistencia, que era un medio necesario para la conservación de la salud del cuerpo social. Solamente Fr. Martini de Sarmiento protestó contra ella en nombre de la conveniencia. A fines del siglo XVIII comienza una formidable campaña para conseguir la abolición de esta pena. Voltaire, Beccaria, Sonnenfels y fueron sus campeones más resueltos; Beccaria, sin embargo, ha pasado á la posteridad como el más glorioso luchador de esta noble cruzada; sus argumentos contra el suplicio capital se emplean hoy día por los enemigos de esta pena y sus doctrinas motivaron su supresión en algunos países.

Las objeciones que se presentan actualmente contra la pena de muerte, son las siguientes:

A) La vida humana es inviolable y nada, ni aun el bienestar de la Sociedad, puede justificar el más ligero ataque contra esta inviolabilidad.

B) La pena de muerte, no es intimidativa: 1.º Las estadísticas prueban que los países que la han eliminado de su penalidad, no han presenciado un aumento en la criminalidad. 2.º El espectáculo de la

(1) Todos estos datos relativos á las tentativas de abolición de la pena capital en España han sido tomados del prólogo, abundante en ideas generosas, puesto por el malogrado D. José Canalejas á la versión castellana del libro de Ellinger *Sobre la pena de muerte* (Madrid 1907).



funciones capitales públicas, no constituye un escarmiento para las gentes, sino, por el contrario, una ocasión para inmorales y peligrosos, y una excitación de los instintos perversos. La escasez de castigo intimidativo, está probada por el hecho ampliamente documentado, de que la inmensa mayoría de los criminales condenados á muerte, han presenciado alguna ejecución capital.

La pena capital es irreparable. Siendo falibles los juicios humanos, es preciso que las penas que se impongan permitan reparar errores judiciales posibles, pero esta pena no permite reparación y pena.

Como esta pena no es divisible, no puede proporcionarse al delito.

No es correccional.

Los defensores de la pena capital, emplean en su defensa los siguientes argumentos:

La pena de muerte es el medio más adecuado para realizar en la sociedad una selección artificial, mediante la eliminación de los individuos inadaptables al medio social. Aun cuando también pudiera prestarse tal función selectiva con la prisión perpetua, que arranca siempre al criminal del consorcio humano é impide su proliferación, siempre existiría la posibilidad á causa de los indultos, revoluciones, etc., de la vuelta del criminal á la vida social. Pero aun cuando la prisión perpetua fuese un medio de eliminación absoluto, no existe nada alguna en conservar la vida á seres que no volverán á formar parte de la Sociedad, y que además, constituirán una carga para los ciudadanos, por los gastos que originan su albergue y alimentación.

La pena capital, es un eficazísimo medio de defensa social. Los países que han abolido la pena de muerte, ó que conservándola en sus leyes, nunca la ejecutan, han asistido al aumento formidable de su criminalidad, como prueban las estadísticas.

La pena de muerte es insustituible; las penas propuestas para reemplazarla, ó son más crueles que la misma muerte, ó son tan poco eficaces, que no producirían ningún efecto intimidador.

Si se examina la legislación penal de los diversos pueblos, se verá que es mayor, cada vez, el número de los países abolicionistas. Actualmente, han suprimido la pena de muerte, Grecia, Rumanía, Portugal, Holanda, Noruega, San Marino, Costa-Rica, Brasil, Venezuela, Montenegro y Uruguay. Suiza, en la mayoría de sus cantones, ha abolido también la pena de muerte. Bélgica, aunque no de derecho, la ha abolido de hecho, desde hace muchos años, su abolición. La convalidación, Inglaterra, Austria, Rusia, Suecia, Dinamarca, Turquía, los Estados Unidos, el Canadá, Méjico, el Japón, Siam y algunos otros países, entre ellos España.

Actualmente se reserva la pena capital, para muy reducido número de delitos, para los crímenes de mayor gravedad, como el parricidio, el homicidio del Jefe del Estado, alta traición y algún otro semejante. En los países en los que aun existe, el número de ejecuciones es muy inferior al de las condenas; solamente en Alemania, los delitos son raros; en los demás, los jefes del Estado usan con mayor frecuencia de sus prerrogativas, en favor de los condenados al último recurso.

Las legislaciones disponen que la ejecución de esta pena, se verifique en lugar cerrado al público. Se ha querido evitar escándalos y escenas de inmoralidad repugnante, que se presencian aún en los países.

Elementos de Derecho penal.



ses que ejecutan públicamente á sus criminales. En Alemania, Inglaterra, Rusia, Estados Unidos y España, se ejecuta dentro de las cárceles; en el Japón, en la Sala de Justicia. Respecto de los procedimientos empleados hay gran variedad: unos países emplean la horca, la decapitación con hacha ó guillotina, la electrocución, el fusilamiento, y típico de nuestro país, es el garrote.

Nuestro antiguo derecho, al mismo tiempo que castigaba con la última pena numerosos hechos, muchos de los cuales son hoy actos completamente inocentes, establecía una cruel variedad en los procedimientos de ejecución, la muerte se agravaba con otros sufrimientos; los delincuentes eran arrastrados al suplicio, lapidados, despenados, arrojados á las fieras, descuartizados y sus miembros sangrientos expuestos como pública advertencia en los caminos y veredas, y en los rollos y picotas de las villas y ciudades.

El Código de 1822, redujo el número de delitos que llevaban consigo la imposición de esta pena y estableció como único medio de ejecución el garrote sin tortura ni mortificación alguna. El Código vigente de 1870, cuyos preceptos en esta materia son casi idénticos á los contenidos en los códigos de 1848 y de 1850, antes de la reforma introducida por la ley de 9 de Abril de 1900, disponía que las ejecuciones se verificasen con publicidad; la ley citada, introdujo profundas modificaciones y dispuso que se ejecutara en sitio adecuado de la prisión donde se hallare el reo. Los artículos 102, 103 y 104 del Código penal, regulan esta materia.

En España se ejecutan muy pocas condenas de muerte; una gran parte de los condenados son indultados y su pena es conmutada. (Véanse los datos estadísticos reproducidos en las páginas anteriores).

En varias ocasiones se ha propuesto la abolición de esta pena en nuestra legislación criminal. Las primeras peticiones se limitaron á pedir su supresión para los delitos políticos (años 1854 y 1859); después se pidió para todos los delitos castigados por el Código penal común (1869) y hace pocos años, en 1906, una proposición presentada á las Cortes, demandaba su abolición, no sólo en el fuero ordinario, sino también en el fuero de Guerra.

### Penas propiamente corporales.

En las antiguas legislaciones, las penas propiamente corporales, las mutilaciones, los azotes, la marca, la exposición en la picota ó en el cepo, eran muy abundantes. La reforma penal verificada á fines del siglo XVIII produjo, como es sabido, la abolición de la mayor parte de estos bárbaros castigos y la aplicación de un sistema represivo más racional y más humano.

Todas estas penas han desaparecido de las leyes y de los códigos, menos la de azotes que se conserva aún en algunos países. Hoy se pide la completa abolición de estas penas brutales y deshonorosas. Se sostiene que están en contradicción con las costumbres de los pueblos civilizados y que su aplicación pública es imposible á causa de su acción desmoralizadora. Sobre los seres degradados, pertenecientes á las capas sociales inferiores, no produce ningún efecto; sobre los demás no causa sino efectos perjudiciales, y, se añade, que en un país cuya legislación castigue los actos de brutalidad contra los animales, no puede mantenerse este género de castigo. Al individuo á quien se encargue



ejecución de esta pena, no puede menos de considerársele como humillante ó envilecido, y también, desde este punto de vista, la pena de muerte es indigna de un país culto (1).

Los defensores, más numerosos de lo que pudiera creerse, oponen varias consideraciones que, sin duda alguna, esta pena es la más adecuada para ciertos individuos en cierto modo amorales, casi desprovistos del sentimiento de la dignidad personal, que sólo se deciden por una buena conducta y por una vida regular cuando esto les procura satisfacciones materiales. Para estas gentes es una pena insustituible, además no tiene los múltiples inconvenientes de las penas de prisión, no les separa de su familia, no les degrada y no causa interrupción alguna en la profesión ó trabajo que les proporciona medios de subsistencia. La pena de azotes, añaden sus defensores, podría aplicarse también á ciertos borrachos, no alcoholizados—porque entonces el castigo sería diferente—, á los autores de ciertos actos impúdicos, á los de hechos de barbarie, como mutilación de árboles y de animales, en una palabra, á los que cometan infracciones que se caracterizan por cierto matiz de salvajismo y de puerilidad (2). Por otra parte, lo que ha determinado la aversión con que generalmente se mira esta pena, dicen sus partidarios, no es su empleo regular y metódico, sino el uso excesivo que de ella se ha hecho en algunos países, y sobre todo, su aplicación á delincuentes para quienes no está indicada. A este propósito, observa Tallack que las condiciones de ejecución de esta pena deben ser tales que conserve siempre la majestad del castigo; no se trata, dice, de derramar la sangre del condenado, sino de estigmar su cuerpo, sino de infligirle un sufrimiento pasajero, sin duda, pero sin ninguna repercusión sobre su salud.

También se ha intentado recientemente defender esta pena, haciendo observar que los procedimientos de lucha y de concurrencia vital empleados por los particulares en la vida social actual, están muchas veces basados en la violencia y revelan costumbres que no están en armonía con la idea de las penas corporales (3).

Lo que no permite duda alguna es que actualmente nos encontramos en un momento en el que comienza á difundirse un estado de opinión favorable á estas penas. En Francia, sobre todo, el consideramiento de las bandas criminales formadas por *apaches* y los homicidios que cometen, ha motivado un movimiento favorable á la introducción de estas penas, exteriorizado no solamente en la ley, sino también en producciones de carácter científico.

Muchos países europeos han abolido hace tiempo las penas corporales. Francia, Bélgica, Italia, Holanda, Austria. En Rusia hasta una época relativamente reciente se aplicaba la fustigación con el *knout* y el *plet*, aquél, que frecuentemente determinaba la muerte del azotado, fué suprimido á fines del siglo pasado, y éste—que constituía un castigo de menor dureza, pero también sumamente doloroso y perjudicial á la salud—fué abolido por un *ukase* del Emperador, dado en 1904, para conmemorar el nacimiento del Príncipe heredero; todavía se aplica á los delincuentes condenados á la deportación en Siberia.

Prins, *Science pénale et Droit positif*, p. 414 y sigs.

Cuche, *Traité de Science et de Législation pénitentiaire*, Paris, 1905, p. 228 y sigs.

H. Laurent, *Les chatiments corporels*, p. 248.



Los países que aplican aún la pena corporal, generalmente en forma de fustigación ó de azotes, son bastante numerosos. Inglaterra por una de sus leyes *Garotters act* de 1863, impone la fustigación á los mayores de diez y seis años autores de ciertos robos con violencia á las personas; además, se emplea en las prisiones como medio disciplinario. En 1902 ha dejado de aplicarse un castigo corporal, típico de las prisiones inglesas, conocido con el nombre de *treadmill*. En las colonias inglesas, en la India, Ceilán, Australia, Natal, Canadá, etc., también la pena de azotes. En los Estados Unidos se aplica también pero no en todos los estados; en algunos como en el de Nevada, está unida á la exposición del culpable en un poste de madera que recuerda las antiguas picotas. En algún estado de este país, en Georgia, empleo como medida disciplinaria es de una barbarie refinada, aplicándose hasta á las mujeres en condiciones impropias de un posoculto (1). También como medida disciplinaria se aplica en otros estados, y seguramente en condiciones de mayor humanidad, pues las crueldades que acabamos de citar no pueden menos de considerarse como una excepción en un país que ocupa un lugar preeminente por excelencia de sus instituciones penales. Igualmente mantienen esta pena Dinamarca, que también la usa en las prisiones como medida disciplinaria; Noruega, que no admite la fustigación en su Código penal vigente, la emplea como medio disciplinario para los condenados á penas de prisión ó de trabajos forzados; Suecia, la emplea también para mantener el orden en las prisiones y en los casos más graves de insubordinación.

En Italia, á causa del crecimiento de la criminalidad se ha provocado una reacción favorable á los castigos corporales. En 1908, Don Director general de prisiones en Italia, llevó á cabo una especie de referendum ó de consulta entre criminalistas, penólogos y médicos, relativa al régimen de los detenidos indisciplinados y rebeldes; en algunas de las respuestas fueron favorables al restablecimiento de las penas corporales, pues se esperaba que prestarían servicios incompatibles como penas disciplinarias aplicadas á los detenidos incorregibles (2). Desde entonces las revistas italianas de ciencias penales estudian con frecuencia el problema de la adopción de la pena corporal como medio de defensa contra determinados delincuentes. En Alemania, el crecimiento constante de la delincuencia ha provocado también un movimiento en pro del restablecimiento de estas penas. En 1908 dirigió al Reichstag una petición solicitando el restablecimiento de la fustigación en el Código penal; el Delegado del Ministerio de Justicia del Imperio, declaró que el Gobierno no tenía aún una opinión precisa sobre este asunto. Los conservadores, el partido reformista y el católico, apoyaron la petición, pero esta fué rechazada á causa de la resistencia hecha por los liberales nacionalistas, los progresistas y los socialistas. La opinión pública y la prensa, después de esta época, han pedido repetidas veces el restablecimiento de estas penalidades, pero la opinión científica no ha sido favorable á este movimiento, pues el Congreso de juristas alemanes celebrado en Dantzig en Septiembre de 1910 reprobó su empleo, como ya antes lo habían censurado en A

(1) Vid. *Cruelty to Women and Children in Georgia Prisons* en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, May, 1912, p. 116.

(2) *Senola positive*, 1908 p. 411 y sigts.



criminalistas y penitenciarios ilustres (1). El anteproyecto de Código penal imperial que contiene disposiciones encaminadas á variar las penas de reclusión y de prisión, ha reducido estas agravaciones á la reducción de la ración alimenticia y á un lecho más pequeño (§ 15), pero ha prescindido por completo de la fustigación y de las penas análogas.

Las penas corporales como medio puramente correctivo, se aplican á los menores en muchos países, pero no es este el lugar adecuado para estudiar esta cuestión. Más adelante, cuando estudiemos los procedimientos de educación correccional de niños y jóvenes, examinaremos más detenidamente este punto concreto.

En nuestro antiguo derecho, como en el de los demás países europeos abundan las penas corporales, especialmente las mutilaciones y azotes. En los fueros municipales son numerosísimas. Los fueros de Segovia y de Salamanca ordenan para ciertos delitos la mutilación de la mano; el fuero de León aplica la pena de azotes hasta ciento; el fuero de Coyanza también establece igual pena; el fuero de Jaca la mutilación del puño; el fuero de Agramunt y el de Peralada, disponen que los adúlteros sean azotados; el fuero de Medinaceli contiene una pena corporal típica, consistente en inferir muchas heridas sin causar muerte (se imponía á la mujer mala que insultare á varón ó á muero en el de Escalona, se admite la pena de azotes; en el de Daroca, la pena la mutilación de las manos del que golpea á sus padres; el fuero de Madrid, contiene entre sus penas la de azotes; el de Bejar, es uno de los fueros más ricos en penas corporales, pues contiene la de mutilación de la oreja, de la lengua, el arrancar los ojos y la pena de azotes; en otros muchos fueros que no citamos por no alargar estas notas se encuentran numerosas disposiciones idénticas y muy seme-

Las Partidas, al exponer las clases de penas (Part. VII, tit. XXXI, § 1.º), dice la «setena (clase de pena), es cuando condenan a alguno a ser azotado o ferido paladinamente por yerro que fizo; o lo ponen en la picota, o lo desnudan faziendolo estar al sol, o lo cubren de miel porque lo coman las moscas». La mutilación de la mano se impone á los difamadores del rey, á los blasfemos reincidentes, á los falsarios y á los sacrílegos, la marca con hierro se impone á los blasfemos; la pena de azotes se imponía como pena principal de la de muerte en el delito de parricidio, como pena principal á los autores de hurtos, á las adúlteras, á los encubridores de hurtos y á otros delinquentes. En la legislación posterior también se imponen con extraordinaria frecuencia penas de esta índole, pero en el siglo XVI el desarrollo del tráfico marítimo, especialmente con las empresas guerreras marítimas, hicieron pensar á los reyes en aprovechar á los criminales para remar en los bajeles de guerra ó mercantiles, y entonces los reyes conmutan, mediante numerosas pragmáticas, las penas corporales, especialmente las mutilaciones, por la pena de galeras (Pragmáticas de Carlos I, de 31 de Enero de 1530, de 16 de Mayo de 1534 y de 23 de Febrero de 1535, y de Felipe II, de 3 de Mayo de 1566). El Código penal de 1822 enumera once clases de penas corporales: la pena de muerte, la pena de reclusión perpetua, la pena de deportación, destierro ó extrañamiento perpetuo

Krohne, *Lehrbuch der Gefängniskunde*, p. 356 Aschaffenburg. *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, p. 232



del territorio español, obras públicas, presidio, reclusión en una casa de trabajo, ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una celda, confinamiento en un pueblo ó distrito determinado, y el destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado. Los códigos de 1848 y 1850 contenían la pena de argolla. Consistía esta en que el condenado á ella precediese al reo ó reos, de pena capital conducido en caballería y suficientemente asegurado. Al llegar al lugar del suplicio se le colocaba en un asiento sobre el cadalso, en el que permanecía durante la ejecución, asido á un madero por una argolla que se le ponía al cuello. Este castigo, como vemos, más que corporal era una pena infamante, pues el grado de sufrimiento que con él imponía al reo provenía más que del dolor físico, de la humillación que le infligía por el reo con su exhibición infamante. El Código vigente no contiene pena alguna de carácter corporal, como no se quiera atribuir en este aspecto á las cadenas, pues los sentenciados á ellas, según el artículo 107 del Código llevarán siempre una cadena al pie pendiente de la cintura, lo cual forzosamente algún dolor ó incomodidad física puede causar, á parte del sello de infamia que proporciona al condenado. Pero, suprimidos los presidios de Africa por el Real decreto de 6 de Mayo de 1807 y destinados estos condenados á presidios europeos, que la pena se ejecuta en condiciones diversas, se ha dejado de observar esta dura disposición.

Aunque las penas corporales no han sido acogidas por nuestras legislaciones penales del siglo XIX, no puede decirse lo mismo de la legislación penitenciaria que admite los palos, azotes y otros medios de sufrimiento físico, como medidas de disciplina. La Ordenanza de 1808 para los presidios, además de admitir la cadena y el grillete permanentes, consigna como medios disciplinarios: los palos, los azotes, el aumento de cadena, la argolla y la mordaza; y en el reglamento para su aplicación, publicado en 1844, se establecen categorías de los penados, basadas en los medios de aflicción corporal á que se les someterán según debieran llevar grilletes y cadena de cuatro, ocho ó diez y veinte libras de peso (1). La Real orden de 23 de Febrero de 1891, aprobando el reglamento para el régimen de la Prisión celular de Madrid, no admite castigo corporal alguno entre los medios disciplinarios; sólo la reducción del alimento á pan y agua, y encierro en una celda oscura. Si bien tienen cierto matiz, nada abusivo por cierto, de sufrimiento corporal. De modo análogo el Real decreto de 3 de Junio de 1901 organizando el sistema penitenciario progresivo al enumerar en su artículo 1.º los castigos disciplinarios que pueden imponerse á los penados por mala conducta, prescinde por completo de los medios violentos de sufrimiento físico y admite solamente la celda de castigo hasta quince días como máximo, y como recurso extraordinario y severo, en los otros no den resultado, disminución del alimento en días alternos sin exceder de quince días, oyendo en caso de necesidad el dictamen facultativo del médico. Como vemos, la legislación en nuestro país no admite los castigos propiamente corporales, ni como penas, ni como medidas de disciplina.

(1) El Reglamento de 25 de Agosto de 1847 para las cárceles de las capitales de provincia no permite más aflicciones corporales que el calabozo y el régimen de pan y agua.



Resumiendo lo dicho anteriormente respecto de las penas corporales, decimos:

No obstante la mayor humanidad introducida en la penalidad por la reforma de Beccaria, existen aún en algunos Códigos modernos penas como la de azotes, que por su espíritu corresponden á épocas anteriores. Hoy se pide la absoluta abolición de estos medios penales, que pugnan con las costumbres de los pueblos civilizados, no producen efectos útiles sobre los individuos brutales y degradados para quienes se mantienen aún, y, por otra parte, humillan y envilecen al autor de estos castigos. Sus defensores responden que son las más adecuadas para reprimir los hechos punibles de algunos criminales y para proporcionar al sentimiento de la dignidad personal, para castigar á determinados borrachos, á los autores de actos de vandalismo y, en una palabra, á todos los culpables del delito que se caractericen por un cierto matiz de puerilidad y de barbarie. Francia, Bélgica, Italia, en Holanda y Austria han abolido estas penas; Rusia conserva la pena de azotes solamente para los deportados á Siberia. La aplican aún en la India inglesa, Ceilán, Australia, Natal, Canadá, Estados Unidos; Noruega y Suecia sólo como medida disciplinaria. En algunos países se ha manifestado en los últimos años, á causa del crecimiento de los delitos violentos, una reacción favorable al restablecimiento de esta pena, así en Italia y Alemania; pero en este último país el movimiento de la opinión y de la prensa no ha sido compartido por el elemento científico que en un Congreso celebrado en Dan- en 1911 rechazó su aplicación.

En España, como en todos los países europeos, en cierta época las penas corporales se aplicaron en grande escala. En nuestros Fueros penales principales son frecuentes las penas de mutilación y de azotes; también en las Partidas las emplearon y las disposiciones penales posteriores. En el siglo XVI cesan de aplicarse, sobre todo, las mutilaciones y se conmutaron por el envío de los delincuentes á reinar en las galernas del Rey. En el siglo XIX, en los Códigos de 1843, de 1850 y en el vigente de 1870 no existen penas corporales propiamente dichas. Los castigos corporales, como medidas disciplinarias, se encuentran en la ordenanza de presidios de 1834, que admite los palos, la mordaza, la solapilla y otros medios de disciplina tan crueles. La legislación penitenciaria vigente no permite el empleo de estas medidas.

### *La transportación y la colonización penal.*

La transportación se ha definido, como el envío de los criminales á una región fuera del país, con restricciones que recaen sobre su libertad y sobre sus derechos civiles unidas á la obligación de trabajar. La forma originaria es el destierro, y para que éste se convierta en transportación basta que se señale al deportado lugar y condiciones de residencia. En Grecia y Roma ya se conocía el destierro. En Roma, el destierro primitivo consistía en la privación de la libertad de residencia en la ciudad, y en esta época, era generalmente voluntario; el delincuente por medio de él se sustraía á la pena.

La *interdictio tecto aqua igni*, la interdicción del techo, del agua y del fuego, era en los tiempos anteriores á Sila el medio de que se privaban los magistrados para librar de una vez para siempre á la comunidad romana de un individuo no ciudadano, prohibiéndole entrar en Roma bajo pena de muerte; pero no se trataba de una sentencia



penal, sino de un acto administrativo. En tiempos posteriores, la pena de expulsión del territorio del imperio, toma el nombre de *relegatio*, que consistía en una restricción impuesta por la autoridad al derecho de elegir libremente domicilio, ora mandando abandonar una localidad determinada y prohibiendo volver á entrar en ella, ora ordenando residir en un cierto sitio y prohibiendo abandonarlo. El sistema jurídico introducido por Sila, dió gran aplicación á la restricción de la libertad de domicilio señalando cuatro clases distintas. Augusto y Tiberio introdujeron en el Derecho penal la pena de confinamiento. Augusto dispuso que la facultad que los sujetos á interdicción tenían para elegir libremente domicilio sólo pudieran ejercitarla dentro de las islas, y prescribió que también á los relegados se les pudiera señalar, como sitio donde hubieran de fijar su domicilio, una localidad determinada, sobre todo una isla. Pero cuando aparece la pena de deportación, propiamente dicha, formando parte del sistema penal con carácter de pena independiente y sustantiva, es en la época de Tiberio. Se denominó *deportatio* y fijaba al condenado un domicilio forzoso, que era generalmente una isla, y algunas veces un oasis en el desierto. Los lugares de deportación más usuales fueron Gyra, Patmos, Pandataria, Planasia, Chipre, Rodas, Creta, Cerdeña, Cóccega, Guinea; aquí desaparecieron, sin dejar el menor recuerdo legítimo de ciudadanos (1).

En los tiempos modernos la deportación ha adquirido una importancia considerable en el sistema penal de algunos países, pero hoy día su espíritu es completamente distinto del de la deportación practicada en Roma. Aquí reducíase á un medio cómodo para desembarazarse de ciertos delincuentes, especialmente políticos, sin proponer ningún fin ulterior; en cambio en la actualidad, al fin del alejamiento de los criminales de la metrópoli, se une el del aprovechamiento de su trabajo en la colonización de tierras vírgenes ó incultas.

Tres tipos de deportación ofrece la historia á nuestro examen: la deportación inglesa, la deportación francesa y la deportación rusa.

La deportación inglesa. En Inglaterra la institución denominada *Abjuration of the realm* permitía el destierro voluntario de algunos delincuentes con la amenaza de la pena de muerte si volvían á su patria. Un act de 1596 permitió á los vagabundos y gente peligrosa dejar su país. El act 18 de Carlos II autorizó la transportación de los condenados á muerte á los dominios ingleses de América del Norte; se les permitía escoger entre la horca y la transportación. En 1718, por el act 4, de Jorge I, la pena de transportación se extendió á otros condenados á penas de menor gravedad. Se hicieron contratos con particulares para transportar á los criminales, y se concedió á los contratantes el derecho de utilizar el trabajo de los penados durante el tiempo de la condena. Durante algún tiempo se expidieron cada año cuatrocientos ó quinientos á Maryland, otros se enviaron á Virginia; los plantadores los compraban como á esclavos, y esclavos eran realmente durante el período de algunos años; de modo que el tráfico de los penados fué una especie de competencia al comercio de esclavos africanos. La deportación cesó con la insurrección americana. Este primer momento la transportación inglesa no tuvo más objeto que la

(1) Mommsen, *El Derecho penal romano*, trad. española. Tomo segundo, p. 436 y sigs; Holtzendorff, *Die Deportation als Strafmittel* Leipzig, 1859, cit. por Prius, ob. cit. p. 416 y sigs.



eliminación de los criminales peligrosos; no se propuso ningún fin de colonización penal.

Los viajes del Capitán Cook en 1770, 1773 y 1777 atrajeron la atención inglesa hacia el continente australiano, y en Mayo de 1787 zarpó la primera expedición de penados con rumbo á las costas de Australia. La colonización penal en este país, enseñan sus historiadores que atravesó por tres períodos. En el primero, no obstante su comienzo sangrante, los condenados solos en el suelo australiano, sin concurrencia de ningún género, fecundan el suelo de la colonia y preparan su porvenir. Durante el segundo período aparece ya la inmigración libre, y los condenados son destinados á trabajos en beneficio del Estado ó de los colonos libres, y al cabo de cierto tiempo, obtienen una libertad relativa. El tercer período marca la prosperidad definitiva de la colonia; entonces los intereses de los colonos aparecen en pugna con la colonización penal y la deportación comienza á perder importancia. Se suprime en 1839 la transportación de mujeres; en 1840 se suprime la transportación á la Nueva Gales del Sur, y poco después á Tasmania; por fin, en 1868 se abolió definitivamente (1). Inglaterra aplica todavía la deportación en las islas Andaman, pero en muy pequeña escala, solamente para los condenados indios provenientes de la India inglesa.

Francia comenzó la transportación de sus criminales condenados á trabajos forzados en virtud de la ley de 30 de Mayo de 1854. Los condenados á esta pena estaban obligados á continuar habitando en la colonia durante un espacio de tiempo igual al de su condena, y otros por toda la vida. La Guyana fué el primer lugar de transportación; pero á consecuencia de la insalubridad de este país, los condenados europeos fueron enviados á Nueva Caledonia, pero más tarde, en 1891, los penados, sin distinción de razas, se enviaron á uno ú otro de estos países según su mayor ó menor perversidad. Los condenados están obligados á trabajar sin derecho á ningún salario; se dividen en varias clases, y el paso á la primera, da derecho á obtener cierta reducción de la pena, á la concesión de tierras para explotación, á un mejoramiento del régimen alimenticio y á otros beneficios análogos.

Hoy la Guyana es el único lugar de transportación de los delinquentes condenados á trabajos forzados, pues habiéndose considerado que no era justo destinar una de las colonias más fértiles y agradables de habitar á lugar de residencia de criminales peligrosos, el Ministerio de las Colonias desde 1898 cesó los envíos de condenados, y, por otra parte, ninguna otra colonia ha querido aceptar la mano de obra penal puesta á su disposición.

Junto á los trabajos forzados, la legislación francesa posee la pena de deportación, de carácter político análoga en cierto modo á la deportatio del Derecho romano. Esta pena ha sido organizada por la ley de 5 de Junio de 1850 que ha instituido para ciertos delinquentes la deportación en un recinto fortificado, y la deportación sencilla ó internamiento en una colonia lejana. Los lugares de deportación designados por la ley de 8 de Junio de 1850 eran la isla de Nouka-Hiva en las islas Marquesas, Polinesia), para la deportación sencilla, y el valle de Waïthau (en las mismas islas), para la deportación en un re-

(1) Howard Wines, *Punishment and Reformation* New York, 1910, p. 162 y siguientes; Owen Pike, *History of Crime in England*, London, 1873 76; vol. II. p. 252.



cinto fortificado. Estos lugares han cambiado merced á disposiciones posteriores, y hoy esta pena se ejecuta en la isla de Pinos y en la isla Maré, en Nueva Caledonia, para la deportación sencilla, y para la deportación en un recinto fortificado en la península de Ducos (también en Nueva Caledonia) y en las islas de la Salud en la Guyana francesa.

Por último, además de la trasportación de los condenados á trabajos forzados y á la deportación, Francia verifica también la de los condenados á la relegación. Esta pena fué introducida por una ley de 27 de Mayo de 1885 y destinada á combatir los progresos de la reincidencia. Consiste en el transporte á las colonias francesas de ciertos criminales reincidentes cuyo pasado y cuyos delitos hacen aparecer como incorregibles. Estos individuos permanecen en las colonias el resto de su vida. La relegación es individual ó colectiva.

La primera se reduce á la pura permanencia del relegado en una colonia con la única restricción de las medidas necesarias para asegurarse de su presencia en el territorio colonial y para vigilarle. Constituye un régimen de favor aplicable á aquellos individuos que poseen recursos para subvenir á su subsistencia. La relegación colectiva se aplica á los relegados que carecen de recursos, los cuales, por consiguiente, han de vivir á expensas del Estado, y éste para resarcirse les obliga á emplearse en trabajos de utilidad pública en favor de la colonia. Estos relegados después de pasar cierto tiempo en los depósitos donde se preparan á la vida colonial, son enviados después á los lugares de trabajo, y como los forzados transportados, pueden alcanzar con su buena conducta, ciertas ventajas y dulcificaciones del régimen á que están sometidos.

La trasportación francesa ha sido, sin duda, de gran utilidad como medio de eliminación de ciertos criminales, cuya reincidencia era inevitable. La reincidencia de los condenados á trabajos forzados en los presidios, antes de la ley de 1854, sobre la trasportación, llegaba á las cifras de 90 por 100 á 95 por 100; todos estos reincidentes cuya corrección y mejoramiento era imposible en Francia, han sido alejados para siempre y ya no ofrecen peligro alguno. Por el contrario, la proporción de la reincidencia en Nueva Caledonia, no pasaba del 10 por 100, mientras que en Francia los liberados de las casas centrales dan actualmente una cifra de 58 por 100. Si desde este punto de vista no cabe dudar de la eficacia de la trasportación, no sucede lo mismo respecto de su carácter represivo. La indulgencia con que en ciertas ocasiones han sido tratados los transportados ha disminuído notablemente su efecto intimidador. Las concesiones reservadas á los méritos excepcionales se prodigaron en demasía, también se facilitó y favoreció con exceso los matrimonios de condenados, en fin, dice Leveillé, «para coronar todo esto, habiéndose considerado la Guyana como tierra mortífera para los blancos, se designó la Caledonia, de clima admirable, de montañas pintorescas y de fértiles valles, para recibir la flor de los malhechores de Europa». Así, los criminales prefirieron la pena de trabajos forzados á la de reclusión, inferior en gravedad á aquélla en la escala de penas, y los reclusos en las casas centrales, donde se cumple ésta, cometieron delitos para ser enviados á la Nueva Caledonia. Posteriormente, el régimen de los forzados ha sido agravado, pero no tanto como sería de desear, para alcanzar el fin represivo que se ha querido obtener con estas penas. Tampoco ha producido la trasportación francesa efectos útiles desde el punto de vista de la colonización penal. La mano de obra de los forzados, ha



do mal empleada, y los relegados, individuos perezosos, viciosos y muchos ya extenuados, no han podido ser empleados de un modo serio. En los últimos tiempos se han introducido varias reformas encaminadas á remediar estos inconvenientes y á obtener la mayor utilidad posible del trabajo de los transportados.

La transportación tiene en Rusia precedentes históricos que remontan al siglo xvi. durante los dos siglos siguientes conserva un doble carácter, pues, unas veces era una medida encaminada á favorecer la colonización penal, mientras que otras se trataba de la transportación con trabajos forzados. En 1822, el conde Speransky, introdujo varias reformas encaminadas á poner fin á los numerosos desórdenes y abusos de todo género que se producían, pero sus buenos deseos no tuvieron éxito alguno. En 1853 y en 1880 se hicieron nuevas reformas y en el momento actual la transportación se regula del modo siguiente:

La transportación penal con trabajos forzados ó *Katorga* (según el gran diccionario de lengua rusa en sentido propio, significa: «pena de trabajos forzados»; en sentido figurado, «existencia penosa, dolorosa, insoportable», en general «tormento»), tiene lugar en la Siberia Oriental, y antes de la guerra ruso japonesa, en la isla de Sakhalin. El régimen á que están sometidos estos condenados es muy penoso, están obligados á un trabajo muy duro en minas, campos ó en talleres, las medidas disciplinarias son de gran severidad y consisten generalmente en castigos corporales muy dolorosos; el vagabundaje es el género de vida habitual de estos condenados que no pisan más que en la oración; el alcoholismo tiene en este medio tal desarrollo que en ciertos días pueblos enteros se hallan embriagados, y la prostitución tiene tan gran incremento que se calculaba, hace algunos años, que de 100 mujeres solamente tres escapaban á ella.

La transportación sencilla sin trabajos forzados se ejecuta en los Gobiernos de Irkutsk y del Amur. Comprende dos grados: los colonos están repartidos entre los municipios que les procuran tierras, ú ocupación á su elección, y ejercen sobre ellos una vigilancia tutelar. Al cabo de diez años el colono puede ser miembro del municipio.

La deportación consiste en la expulsión del condenado del lugar donde reside, y su internamiento en un punto de Siberia ó de las provincias extremas de la Rusia europea durante diez años. Sus resultados han sido deplorables.

La transportación rusa en general, según dice un penalista ruso, Poinitzky, presenta numerosos obstáculos que impiden á su organización actual responder á las condiciones esenciales de la penalidad, tales como la imposibilidad para el condenado enviado á Siberia de reunirse una familia, el estado de abatimiento y de agotamiento físico que se encuentran al llegar al punto de su destino después de un largo viaje, la acción de un clima riguroso, el poco vigor de estos individuos que muchas veces son viejos ó están deshechos por el género de vida que han llevado, la desconfianza y la hostilidad que encuentran, la severidad que para ellos usan las autoridades, la elevación de los gastos de la transportación, el desarrollo en las colonias penales de la criminalidad, de la mendicidad y de la vagancia.

Estas citadas, la inglesa, la francesa y la rusa son las tres grandes formas de transportación que pueden señalarse. Los demás países apenas la practican, sólo quizás Portugal envía algunos de sus condenados á sus colonias de Africa.



● La transportación es una de las penas que en principio parecen contener las mejores condiciones de éxito; la extensión dada en los estados modernos á la política colonial, ha contribuido, sobre todo, á aumentar las esperanzas que en ella se cifraban. Colocados en el terreno puramente teórico puede atribuirse á la transportación la realización de los siguientes objetivos: librar á la metrópoli de su población más criminal y peligrosa; procurar á estos delinquentes grandes facilidades para convertirse en hombres honrados y laboriosos; no destruye como las penas de prisión los lazos de familia la transportación no solamente permite mantenerlos, sino también crearlos; no ofrece ni los peligros del aislamiento prolongado del régimen celular, ni los peligros de la promiscuidad del régimen común; constituye una pena sumamente intimidadora por el alejamiento de la metrópoli y por la naturaleza dura y penosa de los trabajos impuestos á los condenados, y, por último, suministra á las colonias una mano de obra barata para preparar ó facilitar la colonización libre.

En la práctica, sin embargo, estos fines han fracasado con gran desilusión de los partidarios de la colonización penal. Dos elementos, se ha dicho, hay que considerar en la transportación, uno es la calidad de los territorios donde ésta tiene lugar, y otra la calidad de los transportados. Si el territorio es insalubre, si el clima es perjudicial, la transportación presupone la condena de los transportados á las más duras penalidades, á la enfermedad, á la anemia, al agotamiento, á la muerte. El mismo personal penitenciario también estará amenazado por estos males, por lo cual habrá grandes dificultades para su buen reclutamiento. Si, por el contrario, el clima es sano, el suelo fértil y el trabajo fácil la transportación á estas tierras favorecidas dejará de ser una pena y perderá su carácter intimidativo, como sucedió en Francia cuando enviaba sus forzados á la Nueva Caledonia. Pero estas comarcas deben reservarse á la colonización libre, á las gentes enérgicas y trabajadoras.

Respecto de los transportados, se han cifrado muchas esperanzas que la realidad ha desmentido; especialmente se creía que su trabajo mejoraría los territorios explotados y sería un auxiliar preciso á la colonización definitiva. Ahora bien: la mayor parte de los criminales enviados á lejanas tierras, los ejemplos de Francia y de Inglaterra lo demuestran, son individuos débiles, enfermos, agotados por todo género de excesos, desprovistos de vigor y de energía; además, su pereza y holgazanería les hace ineptos para todo género de trabajo regular y metódico. Fácilmente se comprende el destino de estos desdichados en las tierras ingratas donde se les envía, ya sean países tropicales, como la Guyana, ya comarcas heladas, como Siberia, unos morirán, otros sufrirán una vida miserable más aborrecible que la misma muerte, pero ninguno podrá suministrar una suma apreciable de trabajo útil (1).

Análoga, en cierto modo, á la transportación, es la colonización penal interior, pena que se cumple dentro de la metrópoli, y que, por tanto, carece del sentido eliminativo que principalmente caracteriza

(1) Foinitsky, *Transportation russe et anglaise*, París 1895; Comunicación de Sanlomon al Cong. de la U. J. D. P., celebrado en San Petersburgo en Septiembre de 1902, *Bulletin de l'Union*; vol. XI, p. 224 y sigts. Cuche, ob. cit. loc. cit.; Vidal, ob. cit. p. 600 y sigts.



la deportación. La colonización interior propónese, ante todo, aprovechar con la mayor utilidad posible el trabajo penal en el cultivo y explotación de terrenos incultos. Este generalmente se verifica al aire libre *all' aperto*, como dicen los italianos, es decir, en condiciones favorables desde el punto de vista higiénico. Así se tiende á vigorizar físicamente á los condenados, mediante una vida saludable, y á adaptarlos á la vida honrada y laboriosa por la eficacia moralizadora del trabajo cotidiano. Varios países han adoptado este sistema penal; Francia lo aplica en Chiavari y en Castelluccio, en Córcega y en Argelia; Italia en Cerdeña, donde los condenados han puesto en cultivo millares de hectáreas de terrenos incultos; Dinamarca en las colonias de Gedhus y de Dejbjerg, y Alemania, que con gran éxito lo practica en Sajonia y en Prusia. En 1901 se emplearon en estos trabajos en las provincias prusianas 2.300 condenados; el mantenimiento de la disciplina se obtuvo sin dificultad, y los intentos de fuga fueron sumamente escasos. También en Sajonia se practica.

En España, nuestro antiguo Derecho ya conoció la pena de deportación. Las Partidas establecen el destierro á una isla; pero esta pena, tomada de la romana *deportatio in insulam*, debió tener muy escasa aplicación, y era más semejante al destierro que á la deportación, tal como hoy se concibe. El Código de 1822 la admitió también dentro de su sistema penal, y disponía (art. 50) que el reo condenado á deportación sería conducido á una isla ó posesión remota, de donde no pudiera fugarse, y donde permanecería para siempre. Estos condenados eran destinados á los trabajos y ocupaciones que su jefe dispusiera; pero podrían obtener, mediante su arrepentimiento y buena conducta, algunos ó todos los derechos civiles, y los empleos y cargos que el Gobierno quisiera confiarles.

La transportación, en el sentido de la legislación rusa ó francesa, es decir, con el fin de colonización penal, no ha existido ni existe en nuestro Derecho. No han faltado tentativas para organizarlas, y pueden citarse algunas disposiciones encaminadas á ello: la Real orden de 20 de Junio de 1861, que mandó crear un establecimiento penal en las islas Marianas y otro en Fernando Póo. En 1889, por Real decreto de 25 de Enero, se dispuso la creación de una colonia penitenciaria en la isla de Mindoro (Filipinas), pero nada llegó á resolverse. Ultimamente, en 1904, el Sr. Valdés y Rubio, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Madrid, proponía al Consejo penitenciario la traslación de los presidios del Norte de Africa á las islas de Fernando Póo, Anzón y á los territorios del Muni, con el fin de destinar los penados á la colonización de estas tierras, mas tal proposición no fué aceptada.

También se han hecho tentativas para realizar en nuestro país la colonización penal (1). El Consejo penitenciario formuló en 1904 un

(1) Ya en Ceuta se dedicó buen número de reclusos á trabajos agrícolas fuera de la ciudad. En el cuarto recinto de este establecimiento, situado en el campo exterior, en las localidades denominadas Jadú y Serrallo, se encontraban los penados dedicados al cultivo de terrenos colindantes. El Sr. Salillas (*La vida penal en España*, Madrid 1888, p. 260), creyendo que reunía excelentes condiciones para la colonización penal proponía el establecimiento de una colonia penal modelo: «Sería, dice, una colonia segura, útil y provechosa que realizaría un fin social y un objeto económico, y como agregado, contribuiría también á una obra nacional.» Por R. D. de 23 de Diciembre de 1889, se dió á este presidio el carácter de Colonia penitenciaria.



proyecto para la creación de una colonia agrícola en las regiones de las Hurdes y Batuecas, situadas en los confines de las provincias de Cáceres y Salamanca. Dos años más tarde el Sr. García Prieto, entonces ministro de Gracia y Justicia, presentó al Senado en 26 de Febrero de 1906, un proyecto de ley sobre colonias penitenciarias agrícolas. Dicho proyecto, que constituye sin duda la tentativa más seria hecha en España para implantar el trabajo penal al aire libre, disponía que las penas de privación de libertad señaladas en los arts. 106 al 110, ambos inclusivos, 112, 114, 115 y 118 del Código penal, esto es, las penas de cadena perpetua y temporal, reclusión perpetua y temporal, los presidios, las prisiones y el arresto mayor, podrían cumplirse dentro de la península en colonias penitenciarias agrícolas u organizaciones análogas bajo el régimen del trabajo al aire libre. El desenvolvimiento de esta colonización dependía, no solamente del Estado, sino también de las provincias y de los municipios, conforme á la dependencia económica de los establecimientos penales, de las cárceles correccionales y de las cárceles de partido. Cada municipio cabeza de partido judicial podía utilizar el trabajo de los condenados á penas de arresto mayor, en caminos vecinales ú otras obras de interés general en los términos de los diferentes Ayuntamientos de cada partido. Las Diputaciones provinciales de una sola provincia ó de varias agregadas para este fin, podían constituir una ó más colonias agrícola-penitenciarias, utilizando el trabajo de los penados que cumpliesen pena de prisión correccional en las cárceles de Audiencia. Para el establecimiento de colonias agrícola penitenciarias u organizaciones análogas se permitía al Estado utilizar el trabajo de los penados que cumpliesen penas desde presidio correccional hasta cadena perpetua inclusive. No obstante la mejora que este proyecto hubiera introducido seguramente en nuestra organización penitenciaria, no llegó á ser ley. El Real Decreto de 6 de Mayo de 1907 que dispuso la traslación á la península de los presidios de Africa en que se cumplían las penas de cadena perpetua y temporal, dispuso la creación de una colonia penitenciaria en el lugar denominado Frente y Plaza de Armas del Dueso, en Santoña. El citado decreto dispone:

Art. 7.º La nueva penitenciaria se planeará, construirá y organizará con arreglo al sistema progresivo y dentro de la limitación penal en las condiciones más expansivas con arreglo á la fórmula de trabajo al aire libre. Será capaz para 1.000 penados, distribuidos en los tres períodos de reclusión celular, trabajo industrial y período expansivo análogo á la libertad intermediaria. Art. 8.º El edificio celular se construirá separadamente y será capaz para 200 celdas. Las celdas se distribuirán en tres pisos: bajo, principal y segundo. Las celdas, desde el bajo al segundo, representarán un desenvolvimiento desde un grado restrictivo á un grado expansivo, correspondiendo cada grado á un tipo de celda, y cada piso á un grado. La reclusión en el período celular durará normalmente nueve meses, calculándose tres meses de permanencia en cada grado. Se podrá retornar á este período celular desde los anteriores, y se aplicarán también en el edificio celular los castigos disciplinarios. Art. 9.º Se construirán dos edificios con celdas solamente para pernoctar, correspondientes al segundo grado, con 300 celdas cada uno, y como anexos á estos edificios habrá diferentes locales dispuestos para el trabajo y el estudio. Art. 10. Los edificios para el tercer grado perderán los caracteres más determinantes de la prisión y se aproximarán al tipo de la casa y el régimen que en ellos ha de seguirse al de familia. Tendrán capacidad y distribución ade-



para 200 penados. Art. 11. Además de los edificios penales, habrá en la nueva penitenciaría las necesarias dependencias administrativas y de servicios administrativos, locales de acuartelamiento, inherentes á los servicios de los distintos suministros que se han de practicar, y viviendas acomodadas para los diferentes empleados. Art. 12. En el primer período celular toda acción penitenciaria ha de concentrarse en la asistencia del penado en su celda, procurandole instrucción y facilitándole medios de trabajo. En este período se formará el expediente correccional preceptuado en el Real decreto de Mayo de 1903 y se desplegarán intensamente las acciones celulares y correccionales que allí se determinan. Art. 13. En el segundo período, lo preferente será la disciplina del trabajo, lo mismo en las aplicaciones industriales que en las agrícolas, y durante este período se valorará la conducta del penado en virtud de la obtención de vales ó marcas que serán concedidos á la regularidad en la conducta, á la asiduidad en la escuela y á la buena voluntad desplegada en el trabajo, sirviendo estos vales para obtener la abreviación de permanencia en este período, conforme á las instrucciones que se darán oportunamente. Art. 14. Toda acción penitenciaria propia del tercer período ha de consistir en la preparación para que el penado se reintegre á la vida social, procurando que este desenvolvimiento sea favorecido por la asistencia social, absolutamente indispensable para estos fines.

La exposición de este real decreto hace constar que las condiciones de Dueso le hacen inmejorable para el trabajo al aire libre, ensayo de colonización y penitenciaria, susceptible de grandes desenvolvimientos y mejoras. Esperémoslo.

Por Real decreto de 20 de Noviembre de 1911 se dispuso el establecimiento de destacamentos penales para cooperar al desarrollo de las obras públicas civiles y militares. Estos destacamentos solamente podrán constituirse con reclusos que se hallen en el cuarto período, según lo dispuesto por el Real decreto de 3 de Julio de 1901, y serán preparados para formar parte de ellos los que hubieran sido obreros del campo. Con estos reclusos se formarán dos agrupaciones: una con los condenados á cadena temporal y perpetua, y otra con los que lo estén en las penas de reclusión temporal y perpetua, presidio correccional, presidio y prisión mayores, no debiendo mezclarse en una misma obra ó servicio corrigendos de uno y otro grupo.

La dirección técnica de los trabajos estará á cargo del personal á quien corresponda, y en cuanto al régimen penal lo estará al Cuerpo de Prisiones. Los penados que constituyan los destacamentos serán uniformados y vestidos por el Ministerio de Gracia y Justicia en la misma forma que los reclusos en las prisiones del Estado, y además recibirán con cargo á los presupuestos de las obras ó servicios en ejecución, un socorro que oscilará entre 25 y 80 céntimos diarios, graduándose su cuantía por la habilidad y asiduidad en el trabajo y por la conducta que en él observaren. De esta cantidad la mitad ingresará en el fondo de ahorros de cada penado, y la otra mitad se le entregará en mano, para que atienda á la mejora de alimentación. Todo penado que trate de evadirse de un destacamento será conducido al establecimiento penitenciario de que proceda, en el que sin perjuicio de la agravación de pena que con arreglo al Código penal pueda corresponderle por quebrantamiento de condena, pasará por vía de correctivo, al primer período, en el que permanecerá hasta que extinga la condena que se hallase cumpliendo.



Lo establecido anteriormente se refiere á los servicios á cargo del Estado, pero puede ser extensivo á los provinciales y municipales, los cuales podrán ejecutarse con destacamentos de las Prisiones de Estado ó correccionales, no pudiendo emplearse los sentenciados á prisión correccional, en obras situadas fuera del territorio sobre que ejerce jurisdicción la Audiencia sentenciadora. Dada la escasa población penal que existe en algunas prisiones correccionales y preventivas, cuando por existir locales ú otra circunstancia cualquiera sea posible hacerlo, podrá para economizar gastos trasladarse la población reclusa, con las precauciones debidas, al sitio donde se ejecuten las obras ó servicios; bien entendido que en éstas sólo podrán tomar parte los penados que se hallen en el último período de la condena.

El primer Congreso penitenciario español celebrado en Valencia en Octubre de 1909, estudió el problema de la colonización penal interna y externa. He aquí los temas propuestos y las conclusiones adoptadas sobre esta materia:

*Sección segunda.—Cuestiones penitenciarias.*

Tema 2.º Períodos de la pena de restricción de libertad, en que es preferible el trabajo al aire libre sobre su estancia en comunicación y aun en aislamiento en la celda.

Colonias interiores agrícolas y fabriles. Prestación personal para trabajos públicos del Estado, de la Provincia, del Municipio ó de particulares. Manera de organizar dichas colonias ó de subvenir á sus necesidades. Para que tengan realización las tendencias del Real decreto de 18 de Mayo de 1903, en lo concerniente á las preceptiva sanitaria y educadora, y para la organización del trabajo al aire libre ¿qué condiciones las penitenciarias españolas? ¿Facilitaría su sustitución por colonias penales en terrenos poco poblados?

*Conclusiones.*—1.ª El trabajo al aire libre sólo es aplicable en los establecimientos destinados á la extinción de condenas cuando la población penal se dedique á la colonización ó á trabajos de obras públicas. En estos casos deben destinarse á dichos trabajos los penados que se encuentren en el segundo, tercero y cuarto período de la pena, si su complexión, sus aptitudes y conducta lo aconsejan y permiten. Los del primer período deben permanecer en el interior de la prisión hasta que hayan recibido la preparación conveniente y merezcan por su buen comportamiento pasar á los sucesivos.

2.ª Las colonias interiores ó penitenciarias deben constituirse con penados sentenciados á condenas que no sean graves, excluyéndose á los reincidentes y reiterantes por tres ó más veces.

3.ª Será acertado que estos establecimientos se dediquen á trabajos del Estado, de la provincia ó del Municipio, bajo la dirección y tutela inmediata y privativa del mismo Estado en todo caso; pero sería inconveniente, y debe, por tanto proscribirse, la concesión de reclusos á particulares.

4.ª Estas colonias deben organizarse por secciones de reclusos, con la mayor separación é independencia entre sí, atendiendo para la clasificación de las secciones á la edad, aptitudes y conducta de los individuos que las formen. En ellas debe seguirse el sistema progresivo ó de Crofton.

5.ª El Real decreto de 18 de Mayo de 1903 obedece al mismo pen-



amiento que el de 3 de Junio de 1901; es deficiente para la aplicación del sistema establecido en este último é impracticable con el procedimiento clasificativo que establece. Por esto debe servir de norma la 1901, aplicándole, tanto en los establecimientos cerrados cuanto en las colonias ya referidas, procurando transformar los edificios de estructura inadecuada, según exigen las normas del citado Real decreto, y dando á las nuevas construcciones la forma estructural que mejor responda á la aplicación de sus preceptos.

**Tema 3.º Colonias penales exteriores.**—¿Sería acertado y eficaz disminuir la pena de relegación que establece el Código español por el trabajo obligatorio en nuestras posesiones del Golfo de Guinea? En caso afirmativo, ¿á qué clase de delincuentes se debería aplicar esta pena?

Procedimiento preferible para organizar la colonia penitenciaria Fernando Póo, el Muni ó Río de Oro.—Medios de evitar los inconvenientes con que han luchado otros pueblos.

Podría servir de modelo la notable colonia portuguesa de Santo Tomé?

En caso afirmativo, ¿convendría modificar su actual organización adaptándola en las posesiones españolas?

**Conclusiones.**—1.ª La pena de deportación y las colonias penales constituyen un sistema punitivo penitenciario que responde á los fines de la pena y es de eficacia probada para la colonización de regiones lejanas, desiertas ó con pocos habitantes.

2.ª Los argumentos que se presentan en contra no tienen consistencia, porque los defectos que acusan no son debidos al sistema, sino al modo vicioso de aplicarle. Además, los mismos inconvenientes que sobrevienen sus adversarios en la ejecución de la referida pena, aun aplicándose bien el sistema (evasiones, la vuelta de los penados á la metrópoli, el gasto que representa, etc.), existen también en demás formas de extinción de las otras penas privativas de libertad.

3.ª Todo país debe absorber sus criminales, y en todo sistema punitivo deben existir penas eliminadoras. Con las colonias penales el país absorbe á la gente criminoso, puesto que á las posesiones lejanas en que dichas colonias se establecen, las cubre el pabellón nacional y los penados no salen del territorio del Estado. La deportación es pena eliminadora, es un modo de eliminación parcial, que sigue en grave peligro á la eliminación absoluta, compatible con las penas reformadoras ó correccionales, y necesaria en la construcción del Código, si ha de perseguirse y lograr los dos objetos primordiales de todo sistema punitivo: la defensa social á que se encamina la primera clase de penas, y la reforma del culpable á que con las colonias se aspira. La historia, evidencia que todos los pueblos, en su lucha contra la criminalidad y en su defensa contra los ataques de los grandes criminales, han empleado medios eliminativos, y, cuando han tenido posesiones propias disponibles, á ellas los han enviado, aplicando la deportación ó la relegación, y dando con ello nacimiento á la colonización libre, cumpliendo á la vez dos altos fines de biología social: la realización de la justicia castigando al malhechor, y el logro de la utilidad, formando con el trabajo penal fuentes de riqueza en comarcas incultas, y antes ó ineficaces al menos para el comercio del hombre civilizado.

4.ª La pena de relegación que figura en nuestro Código, no tiene efectividad en la práctica ni está diferenciada suficientemente, en su expresión legal, de la cadena. La escala punitiva aparece arcaica, es



larga en exceso y debiera modernizarse y reducirse. Dada la forma que hoy se ejecutan en la práctica las penas más graves de privación de libertad, las de cadena y de reclusión (en lo relativo á llevar cadenas, á no recibir auxilio de fuera del establecimiento, al producirse el trabajo, etc., es letra muerta); debieran con la relegación reducirse á una: á la deportación con trabajo forzoso, destinando á los deportados á nuestras posesiones de Africa, en forma análoga á como lo ha hecho Francia en Nueva Caledonia y en Guyane por las leyes de 1854 y 1855, como lo hace Portugal en Angola y demás posesiones de Africa por su Código penal, su ley de 1892 y por otras disposiciones; Rusia en Sakhalin y en Siberia, mediante las reformas del conde Speranski por ukase de Nicolás II, y como quiere hacerlo Alemania en Africa é Italia en Eritrea.

5.<sup>a</sup> La posesión más á propósito para destinar los deportados es en las actuales circunstancias Fernando Póo, porque la isla está explorada, porque allí se han establecido todos los elementos de nuestra Administración pública de justicia y económica: fuerza armada, policía y servicio sanitario; porque existen civilizadoras misiones y núcleos de explotación creados por la iniciativa privada, y porque para el desarrollo de la empresa colonizadora faltan trabajadores, que si se ir á buscar á precios altos, y no se hallan, entre los pamúes y krumanes de las posesiones vecinas pertenecientes á otros estados. Esto sin perjuicio de extender el sistema á las demás posiciones, cuando las circunstancias lo aconsejen.

6.<sup>a</sup> La pena de deportación debe aplicarse á los que hoy se imponen las de cadena y reclusión y á los delincuentes graves habituales con más de tres reincidencias, siempre que sean mayores de veintidós años y menores de cincuenta. A los primeros, por la alarma que causan con sus crímenes; á los segundos, porque demuestran, con la repetición de delitos, ser irreductibles al medio social en que viven. Además, las presentes circunstancias piden la aplicación de la mencionada pena y el establecimiento de las citadas colonias, para evitar la promiscuidad de delincuentes sentenciados á toda clase de penas desde presidio correccional hasta cadena perpétua, que en las prisiones existe, y para albergar á los reclusos, que hoy no caben en los actuales edificios ni aun siquiera en las dañosas condiciones de confusión y amontonamiento en que viven.

7.<sup>a</sup> *Procedimiento.* — Como líneas generales se indican las siguientes:

I. La colonia dependerá del mismo Ministerio á que corresponda la posesión.

II. El personal directivo administrativo y de vigilancia, el sanitario y religioso, habrá de ser elegido del Cuerpo de Prisiones; el industrial para la enseñanza de oficios será de elección, á propuesta del Director de la colonia penal; el técnico para la dirección de construcciones y trabajos, el de Obras públicas de Fernando Póo. El suministro de víveres, el cuidado de ropas y la asistencia á los enfermos, podrá estar á cargo de una comunidad religiosa.

III. Los deportados serán elegidos entre los de mejor complexión física y más aptos para los oficios y trabajos que la institución requiere.

IV. Un meditado y sencillo reglamento determinará el modo de funcionar la colonia, en el que sólo deben sentarse bases generales dejando su desarrollo y práctica aplicación al director, bajo su responsabilidad.



El sistema penitenciario aplicado á la colonia será el progresivo, dividido en cuatro períodos: celular, trabajo forzoso en común, trabajo remunerado, libertad condicional. Los límites de los períodos se determinará el reglamento; el avance ó la regresión el director, el Tribunal de disciplina.

Los penados, mientras tengan este carácter, no podrán ser propietarios de terrenos. Sólo se concederá el usufructo de los que cultiven los que se hallen en el tercero ó cuarto período. La distribución de los deportados del producto del trabajo se determinará en el reglamento, tomando por base la división de períodos.

La extinguida colonia penal de Santo Tomé se ha regido por la legislación penal portuguesa para esta clase de establecimientos, siendo aplicables á la misma las consideraciones hechas respecto á las deportados y en vez de seguir un nuevo modelo preestablecido, debe organizarse la colonia de Fernando Póo, según el espíritu de nuestra legislación y las circunstancias en que actualmente se encuentra la isla.

La doctrina expuesta anteriormente respecto de la transportación y de la colonización penal puede resumirse en las siguientes.

La transportación es el alejamiento forzoso de los criminales en una región ó fuera del país, con restricciones que recaen sobre su libertad y el constreñimiento al trabajo. Sus precedentes se hallan en la historia y, sobre todo, en Roma, donde la *relegatio* restringía á determinados individuos el derecho de elegir libremente lugar de domicilio, obligando á estos condenados á habitar en ciertas localidades. Cuando aparece en esta legislación la pena equivalente á la deportación actual, es en tiempo de Tiberio, entonces se presenta la deportación como pena independiente y sustantiva, y se conduce á los deportados á las islas ó á los oasis del Desierto.

La deportación actual no se limita, como la practicada en Roma, á la eliminación de los criminales peligrosos, se propone además el fin de aprovechar su trabajo en la colonización de países desiertos.

Tres tipos de deportación ofrece la historia modernamente: la deportación inglesa, la deportación francesa y la deportación rusa.

La deportación inglesa comenzó hace ya varios siglos. En tiempo de Carlos II y de Jorge I se envían ya á América ciertos criminales. Desde todo en el reinado de este último monarca, la transportación prospera y los mismos colonos, faltos de brazos, la favorecen para emplear á los deportados en el cultivo de la tierra. Siguió verificándose una interrupción hasta su término á causa de la insurrección americana. Pasado algún tiempo, Inglaterra envió sus delincuentes más peligrosos á Australia con el fin que había faltado á la transportación en América de preparar la colonización de aquel vasto territorio; los comienzos fueron duros y difíciles, pero más tarde, los deportados consiguieron hacer prosperar extraordinariamente la colonia, lo cual atrajo á numerosos inmigrantes libres que durante algún tiempo convivió con los transportados aprovechando su trabajo; mas al fin, considerando que la transportación estaba en pugna con sus intereses, consiguieron abolirla por completo. Duró la transportación á Australia desde el 1787 al 1868.

Francia también practica la transportación en grande escala. Tres son las clases de la transportación francesa. La transportación de los



condenados á trabajos forzados; la deportación, propiamente dicha, y la relegación. La transportación de los condenados á trabajos forzados, regulada por la ley de 30 de Mayo de 1854, tiene lugar actualmente sólo en la Guyana; hasta hace algún tiempo también se enviaron forzados á Nueva Caledonia; pero la bondad del clima y la fertilidad de la isla han determinado al Gobierno francés á reservarla para los inmigrantes y los obreros libres. Los condenados á esta pena permanecen perpetuamente ó durante un largo tiempo en la colonia, y están obligados á trabajos penosos sin remuneración alguna, mediante el transcurso del tiempo y la observancia de buena conducta, puede llegar á obtener la concesión de terrenos para su explotación. La pena de deportación, que se subdivide en deportación en un recinto fortificado y en deportación sencilla, es una pena de índole política. Se cumple en determinadas localidades de Oceanía y en algunas islas de Guyana. Y, por último, existe la *relegación*, introducida por una ley de 1885, que consiste en la transportación á las colonias designadas para este fin de aquellos reincidentes que aparecen como incorregibles. La relegación es individual ó colectiva; la primera, se reduce á la mera permanencia del relegado en una colonia sin más restricciones que las precisas para su vigilancia; la segunda, es más severa, se aplica á los que carecen de recursos para su subsistencia, por lo cual viven á expensas del Estado que para indemnizarse les obliga á determinados trabajos.

La transportación francesa ha producido buenos resultados como medio eliminativo de ciertos criminales; ha favorecido la adaptación de los delincuentes al medio social como lo prueba la escasa proporción de las reincidencias entre los transportados. Desde otros puntos de vista, su aplicación deja, por el contrario, lugar á numerosas críticas: carece de eficacia represiva por la excesiva indulgencia que en ciertas ocasiones se ha usado respecto de estos condenados; su modo de obra ha sido tan mal empleada, que su trabajo ha sido improductivo.

La transportación rusa se remonta al siglo XVI y hasta el momento actual ha sufrido numerosas reformas. La *Katorga*, transportación con trabajos forzados obliga á los condenados á trabajar en minas, campos ó talleres. Su régimen es muy duro. Se cumple en Siberia Oriental. Existe además la transportación sencilla sin trabajos forzados, que se ejecuta también en Siberia.

La transportación rusa en general ha dado pésimos resultados: el estado físico deplorable de la mayor parte de los penados, el rigor del clima, las penalidades del largo viaje que deben hacer para llegar á los puntos donde han de cumplir su pena, la severidad de las autoridades y otras causas, presentan ante la opinión científica rusa como cosa deseable la abolición de esta pena.

Desde el punto de vista de la teoría pura, preséntase la transportación como uno de los medios penales más recomendables: libra á la metrópoli de legiones inmensas de criminales; favorece su rehabilitación; no destruye los lazos de familia, pues el transportado puede casarse y crear un hogar; no ofrece los inconvenientes del régimen celular, ni corrompe como la prisión complementa en común; es de gran eficacia intimidadora por la dureza de sus trabajos, y por último, facilita la colonización de las tierras lejanas. Mas desde el punto de vista práctico ha fracasado por dos razones: por una parte, los territorios colonizados han sido por lo general países de clima mortífero y perjudicial al trabajo de los europeos; por otra, la mayoría de los depor-



ados son hombres extenuados, agotados, sin energías físicas ni morales para un trabajo duro y agotador.

Análoga á la transportación, cuando ésta se propone como fin principal la colonización, es la colonización penal interna, practicada actualmente por Francia, en Córcega y en Argelia; por Italia, en Cerdeña; por Dinamarca y por Alemania, generalmente con completo éxito.

En España no ha existido la transportación penal; solamente alguna tentativa sin éxito puede señalarse. También se ha intentado la colonización penal dentro de la península; un proyecto de ley presentado al Senado en 1906, tendía á utilizar de esta manera el trabajo penal. Y recientemente se procede á la construcción del establecimiento de Mueso, que funcionará en gran parte como colonia agrícola. Al fin la colonización tiende el Real decreto de 20 de Noviembre de 1911 sobre destacamentos penales. El Congreso Penitenciario Nacional celebrado en Valencia en 1909 se mostró favorable á la colonización penal en sus dos aspectos interno y externo.

### Las penas de prisión.

● Las penas de prisión constituyen la base de la penalidad moderna, forman el armazón del sistema represivo de los países civilizados. En la antigüedad era esta pena casi desconocida; en Roma, la prisión existía únicamente como medida preventiva destinada á poner en seguro la persona del criminal. Recuérdese el texto de Ulpiano, reproducido por nuestra ley de Partidas, *Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*. Los estudiosos de las cuestiones penitenciarias, aseguran en su mayoría que la prisión, como pena propiamente dicha, es una creación del derecho canónico. La aparición de este nuevo medio penal se explica por dos causas principales. La primera, es la tendencia de la Iglesia á un sistema de penas más suaves que el de las sociedades paganas, más conforme con el espíritu del Evangelio, donde la justicia aparece templada por la caridad; así se comprende su repugnancia por los suplicios y las torturas, y su principio: *Ecclesia abhorret a sanguine*. La segunda causa ha sido la virtud moralizadora que la Iglesia ha concedido siempre á la reclusión solitaria; la soledad aproxima á Dios, y desde este punto de vista es recomendable á todos, lo mismo al justo que quiere llegar á una gran perfección, que al pecador cuyo arrepentimiento se busca (1). Cuando la penitencia se transforma de voluntaria en forzosa, y, por tanto, en una verdadera pena, el medio de asegurar su ejecución fué la reclusión del culpable en un monasterio. Este es, según Kahn, el origen de la prisión, y ya aparece como pena en el siglo VI en las iglesias franca y visigótica. No siempre revistió la misma forma; unas veces consistía en una *detrusio in monasterium*, otras consistía en el *carcer* que se sufría en locales especiales. Hasta el siglo XIII se impone como reclusión en un monasterio. El condenado podía ser obligado á tomar profesión monástica, ó podía permanecer solamente detenido en el monasterio; sin designación de lugar especial ó encerrado en un lugar determinado de la casa conventual. Estas diversas situaciones se desprenden de los textos canónicos. Pero poco á poco, la prisión perdió

(1) Cuche, ob. cit., págs. 296 y sigs.



su carácter de *detrusio in monasterium* y dejó de tener lugar en los monasterios, entonces se sufrió en los *carceres*, edificios sometidos a la autoridad del Obispo y distintos de los conventos. Los Papas concedieron a los monasterios la exención de la autoridad episcopal, y así los Obispos se vieron imposibilitados para enviar condenados a sufrir su pena á los conventos por lo cual tuvieron que construir prisiones. Las prisiones episcopales que sirvieron en un principio como lugar de detención preventiva, se destinaron también á la ejecución de la pena. A fines del siglo XIII, la evolución ha terminado y la prisión episcopal se ha convertido definitivamente en una pena.

El régimen penitenciario de la Iglesia no era invariable; unas veces consistía en la detención en un monasterio, y otras en una celda de un monasterio ó de la prisión episcopal. La detención se agravaba con ayunos, privaciones de bienestar corporal, etc.; el alimento se reducía al *pane doloris et aqua angustiae*, según la frase de los cánones.

Del conjunto de los textos, según Kahn, se deduce:

1.º La Iglesia adoptó la prisión celular (*cella, ergastulum, carcer*), y, á veces, por necesidades de carácter práctico ó para hacer menos dura la detención, la prisión en común. Así, los herejes eran condenados al *murus arcus* ó *arctissimus*, prisión celular, ó al *murus largus*, prisión en común, según la gravedad del delito.

2.º La prisión canónica no llevaba consigo la obligación del trabajo. Los textos nunca lo mencionan, y la opinión contraria de Hirschius que considera los *ergastula* de la Iglesia visigótica como prisiones donde el trabajo era obligatorio, no es más que una conjetura. El trabajo, dice Kahn, es contrario á la esencia de la penitencia canónica. Trabajar es participar de la vida del siglo á la que el culpable debe sustraerse para pensar sólo en su falta.

3.º El régimen de la prisión podía ser determinado por el juez en su sentencia.

4.º Los gastos ocasionados por los presos, alimentación, etc., corrían á su cargo. Si eran pobres, desprovistos de recursos, eran alimentados á expensas del Obispo.

Cuanto acabamos de decir presenta la prisión canónica, como más moralizadora y más suave que las mutilaciones y castigos corporales del antiguo derecho; pero Kahn asegura que sería exagerado querer equiparar á la prisión de los tiempos modernos. Los autores la juzgan rigurosa en extremo. Tiraquello, la llama *poena omnium miserum, atque molestissima*; Emerico, compara la perpetua á la muerte, y Fagnam, declara que en las prisiones episcopales de Francia era imposible vivir más de ocho días (1).

Las prisiones laicas de la Edad Media y de tiempos posteriores, no eran establecimientos creados exclusivamente para tal fin, se aprovechaban los calabozos y las estancias de las fortalezas, palacios, y de otros grandes edificios; se recluía á los criminales donde se podía sin preocupaciones ulteriores de higiene física, ni moral. Las grandes prisiones europeas, immortalizadas por la literatura, no eran edificaciones levantadas con objeto de recluir á los criminales, estaban destinadas á otros usos; la famosa Torre de Londres era originariamente un palacio fortificado; la Bastilla de París era una de las puertas fortificadas de esta ciudad; Bicêtre, actualmente asilo de alienados, y antes, una de las prisiones de París, era primitivamente residencia

(1) Louis Kahn, *Etude sur le delit et la peine en droit canon*. París, 1898, 53, 54, 55.



episcopal; la Salpetrière, en París, también hoy asilo de alienados, antes prisión de mujeres, fué edificada por Luis XIII, para la fabricación de pólvora de lo que proviene su nombre. Otras prisiones famosas eran el castillo de Spielberg, en Austria, y «Los plomos», aposentos del Palacio ducal de Venecia.

En el siglo XVI comienzan á erigirse casas de trabajo ó de corrección; Londres cuenta ya una en 1550, Amsterdam en 1588, Nuremberg en el mismo año, Lubek y Bremen en 1613, Berna en 1615, Hamburgo próximamente en 1620, Basilea en 1667, Viena y Breslau en 1670, Lubeck en 1676, Florencia en 1677 y Munich en 1187. Las noticias que de sus viajes nos ha legado el gran reformador penitenciario John Howard, representan á los penados sometidos en estos casos á ocupaciones diversas. En Holanda los condenados raspaban palo de campesino y las mujeres trabajaban como hilanderas; otros presos holandeses hacían redes de pesca ó confeccionaban toscas alfombras ó sacos para el comercio con la India. En Alemania eran empleados en trabajos en las calles y fortificaciones, en Nuremberg pulían lentes y en Bayreuth pulían mármoles. En Bélgica y en Bruselas estaban dedicados á la manufactura de papel, en Nápoles hacían calzado y en Milán hacían muy diversos los oficios practicados.

El primer establecimiento en el que el fin correccional aparece dominante es el Hospicio de San Miguel, fundado en Roma en 1704 por el Papa Clemente XI y destinado á criminales jóvenes. El sentido de la reforma moral inspira por completo el tratamiento de los reclusos. Los medios de reeducación empleados eran la separación, el silencio, el trabajo y la oración. Los jóvenes, aislados en celdas durante la noche, trabajaban durante el día en común; todos los detenidos aprendían un oficio; su educación moral estaba á cargo de religiosos, existía un sistema de recompensas y de medidas disciplinarias. En el local donde los muchachos trabajaban se leía la célebre inscripción: *Parum est parcere improbos poena nisi probos efficias discipline*. La erección de este reformatorio, dice Howard Wines, es el límite que divide dos civilizaciones, dos épocas históricas. Pero San Miguel no era únicamente una prisión; contenía, además, un departamento para doscientos huérfanos y varios para ancianos é inválidos de ambos sexos.

El éxito de esta institución debió ser extraordinario, pues desde esta época comienzan á construirse prisiones, cuya organización es análoga á la del reformatorio creado por Clemente XI. Lo que caracteriza especialmente esta nueva etapa penitenciaria es el triunfo de la separación celular. En Roma Clemente XII funda una prisión para mujeres; Turín, Venecia, Milán, crean otras inspiradas en el principio del aislamiento; mas donde éste triunfa y se concreta en un sistema que ha pasado á la posteridad, es en la prisión levantada en Gante en 1775 por el burgomaestre Juan Vilain XIV. El sistema aplicado consistía en el aislamiento nocturno y en el trabajo en común durante el día; además, por primera vez, se introdujo una clasificación de los reclusos por categorías jurídicas y morales (1).

● La verdadera reforma de las prisiones, y especialmente el desarrollo del sistema celular, arranca sobre todo de la campaña humanitaria emprendida por John Howard. Nació éste en Hackney, hoy un subur-

(1) Howard Wines, *Punishment and Reformation*. New-York, 1910, Caps. VI y VII; Cuche, ob. cit., Troisième partie, Chap. II.



bio de Londres, en 1726. Nombrado sherif del condado de Bedford, tuvo ocasión de observar de cerca la miserable situación en que se encontraban los encarcelados. Desde entonces dedicó su vida por completo á mejorar su situación y recorrió las prisiones inglesas, donde presencié espectáculos horribles. Según el mismo refiere, los presos se hallaban amontonados en la promiscuidad más completa; en pocas prisiones existía separación de sexos. Aquí, se ven, dice, niños de doce á catorce años, escuchando con ávida atención las historias referidas por hombres de costumbres abyectas, ejercitados en el crimen, aprendiendo de ellos lo que han hecho, lo que han meditado, los detalles de sus aventuras, de sus éxitos, de sus estratagemas para robar. De este modo, añade, el contagio del vicio se esparce en las prisiones y se convierten en un hogar de maldad que se difunde bien pronto al exterior. Los locos y los idiotas eran encerrados en las cárceles en unión de los criminales, sin separación de ningún género, pues no se sabía dónde meterlos. Sirven, dice Howard, de cruel diversión á los presos y á veces cuando se excitan espantan á los que están con ellos encarcelados. Como resultado de este hacinamiento, las enfermedades, sobre todo la fiebre y la viruela, hacía estragos enormes en las prisiones inglesas. Estos dos azotes, dice, devoran una multitud de víctimas, tanto entre los delinquentes reclusos en calabozos, como entre los reclusos por deudas. De la fiebre, añade, ya habla Stowe, quien refiere los males que causó en 1444 en Newgate y en Ludgate, en los seis años que precedieron al de 1579. Entonces se la denominaba la *enfermedad de la casa*. Muchos marinos y familias de América fueron contagiados por los desdichados condenados á la transportación; muchos se contagiaban visitando á parientes y amigos encarcelados, recibiendo en su casa á los presos liberados y hasta colocándose cerca de los acusados en los tribunales. Baker, según Howard refiere, narra en sus crónicas que en las audiencias celebradas en 1577 en el castillo de Oxford, todos los que asistieron el sheriff, el *Lord Chief Barón*, y trescientas personas más perecieron en cuarenta horas. Estas asambleas se denominaron las audiencias sangrientas. El canciller Bacon y el Dr. Mead atribuyeron esta mortandad á una enfermedad llevada por los prisioneros. Bacon dice que ha visto morir de peste carcelaria á los jueces de los tribunales y á los espectadores de las causas (2).

Este era el estado, no sólo de las prisiones inglesas, sino el de la mayor parte de las cárceles europeas. Howard, impresionado por estos espectáculos de miseria, moral y material, dedicó su vida á la noble labor de mejorar la situación de los encarcelados, y para documentarse bien en la materia emprendió un viaje de estudio y de observación por toda Europa. Recorrió Holanda, Francia, Alemania, Italia, España, Portugal y Rusia, donde falleció, en Kherson en 1790, á consecuencia de una fiebre carcelaria. Sus obras, estudios y observaciones, muy profundas sobre cárceles y hospitales, son de gran interés; y su libro *States of prisons* produjo una revolución profunda en las concepciones penitenciarias de aquellos tiempos. De aquí nace la enorme corriente denominada penitenciarismo, que ha levantado cárceles humanas é higiénicas, á veces con exceso, y que ha puesto como fin principal de las penas de prisión la corrección y la regeneración moral de los reos. Sus ideas forman hoy el fundamento de los sistemas peniten-

(2) Howard, *Etats des Prisons et des Hopitaux*, vol. 1.º, Introducción, sección 1.ª (1.ª traducción francesa de *States of Prisons*). Paris, 1788.



en vigor en los países civilizados. Los puntos capitales del tratamiento reformador de los reos eran, según Howard, los siguientes. En primer lugar, consideraba la religión como el medio más poderoso de reforma moral; así, pues, concede una gran amplitud á la educación religiosa en la organización de las penas reformadoras. El segundo medio de moralización, según este filántropo, era el trabajo; por tanto, consideraba de suma importancia la organización seria y regular del trabajo en las prisiones. Proclamaba la necesidad de un régimen higiénico y alimenticio humano. Puso de relieve la necesidad del aislamiento, no del aislamiento absoluto día y noche, para evitar el contagio corruptor de los reos más pervertidos.

La acción ejercida por Howard sobre el movimiento de reforma de las prisiones, dice Cuche, puede compararse á la del que provoca un incendio, desparramando en su alrededor el rescoldo de una hoguera. La idea de señalar como fin de la pena la enmienda del condenado, idea que él apareció, solamente había sido acogida y puesta en práctica en centros de un radio limitado. En Holanda y en Flandes, por una parte, y en Italia por otra. Howard difundió ampliamente sus ideas en sus peregrinaciones por Europa, las divulgó con sus escritos, se separó con sus cartas, llegó, finalmente, á interesar la opinión del mundo civilizado por una obra para la cual no se habían reunido hasta entonces más que algunos trabajadores generosos» (1).

### El sistema celular.

La organización de los primeros ensayos del régimen celular, organizado ya como un sistema de privación de libertad, responden á ensayos de carácter religioso y filantrópico. Como precedentes del aislamiento celular, pueden citarse los calabozos que en Francia se denominaron *oubliettes* (de *oublier*), los calabozos usados por la Inquisición, los *vade in pace*, de tan siniestra memoria; pero en la concepción de esta forma de separación no tenía cabida alguna el fin moral. Aunque la primera prisión de tipo celular es, sin duda, la de Gaente, construída por el burgomaestre Vilain XIV, el movimiento creador de este sistema parte de los Estados Unidos, uniéndose más tarde con el movimiento europeo determinado por Howard.

William Penn, el fundador de la colonia que llevó su nombre, Pennsylvania, había estado preso en las cárceles inglesas á causa de sus creencias religiosas, era cuáquero, y como tal, predicando su fe religiosa, visitó Holanda, donde quedó gratamente sorprendido al visitar las casas de trabajo de este país. Los cuáqueros dieron tan gran importancia á la reforma de las prisiones, que hicieron de ello una religión. La *Philadelphia Society for Relieving distressed prisoners* era una sociedad de patronato análoga á las modernas. La guerra de la independencia puso fin á su actividad; pero más tarde, en 1787, cuando terminó la guerra, reapareció bajo el título *The Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of public prisons*. Esta Sociedad mantuvo con Howard una asidua correspondencia, lo cual contribuyó á difundir en América sus ideas generosas. Merced al esfuerzo de tal asociación, la Asamblea legislativa de Pensilvania decidió en 1790 construir á título de ensayo en el patio de una cárcel ya existente, de

(1) Cuche, ob. cit., pág. 306.



tipo de aglomeración, la cárcel de Walnut Street, una prisión celular ésta se destinaba á los criminales más temibles condenados á trabajos forzados. La separación fué absoluta y la organización de trabajo descuidó por completo. En 1817 el Parlamento de Pensilvania autorizó la construcción de dos penitenciarías, una en Filadelfia y otra en Pittsburg. Ambas fueron planeadas por el arquitecto Edward H. Land. La disposición de la segunda no ha sido imitada, pero la primera ha sido copiada en todas partes con mayores ó menores variaciones. Otros Estados de la gran Confederación americana siguieron el ejemplo que aquél les ofrecía. En 1794, un ciudadano de Nueva York visitó Filadelfia recibió tan excelente impresión al visitar la prisión de esta ciudad, que indujo á alguno de sus conciudadanos á repetirla visita. El siguiente año, el general Philip Schuyler preparó un *bill* para introducir modificaciones en la ley penal y erigir prisiones en este Estado. Este *bill* que fué ley el 26 de Marzo de 1796, determinó la creación de dos prisiones, una en Nueva York y otra en Albany. Sólo la primera fué construída. Contenía cincuenta y cuatro estancias para los presos, cada una para ocho individuos. Así, pues, esta prisión estaba aún mucho del régimen celular. Lo más notable de su organización fué el establecimiento de varios oficios, que eran enseñados á los reclusos; zapatería, trabajos de hierro, fabricación de clavos, etc. Pero esta prisión era insuficiente, no había sitio para encarcelar á los delinquentes que se enviaban á este establecimiento; la carencia de locales para detención era tal, que en 1809 el Gobernador de Nueva York se vió obligado á perdonar á algunos delinquentes por no tener dónde encerrarlos. En vista de que la necesidad exigía la erección de una nueva prisión, se proyectó su construcción en Auburn, con el concurso de la mano de obra de los condenados; su edificación se llevó á cabo con gran rapidez, y en pocos años fué terminada. Contenía esta cárcel celdas y locales para aglomeración, aquéllas, en número de veintiocho, estaban dispuestas para recibir cada una dos reclusos. Esta organización híbrida dió malos resultados, por lo cual se consideró precisa la introducción de algunas reformas. El director de la prisión, William Brittain, adoptó la separación celular absoluta, sólo un recluso por cada celda, y la Asamblea legislativa de Nueva York aprobó en 1819 su resolución (1). Pero como aquel régimen era detestable para la salud de los reclusos, fueron introducidas por su sucesor el famoso Capitán Elam Lynds, serias modificaciones; éste concibió y aplicó un régimen de trabajo diurno en común, con la regla del silencio, y de separación en celdas durante la noche. Con tal organización este sistema, que se denominó de Auburn, fué imitado en muchos países, y es, en principio, el seguido en la actualidad en la mayor parte de los grandes establecimientos penales de los Estados Unidos (2).

En 1827, en la Penitenciaría de Pensilvania, en la denominada *Eastern Penitentiary*, á consecuencia de las deplorables experiencias de Auburn, se desechó el régimen del aislamiento absoluto y se determinó que el confinamiento de los reclusos en la celda debía ser aten-

(1) Se construyeron 80 celdas, donde se sometió á los reclusos á un aislamiento absoluto; los efectos que este régimen causó en la salud de los prisioneros fueron deplorables; según refiere Wines (*Punishment and correction*, pág., 150), cinco murieron en un año, y uno de ellos se volvió loco furioso.

(2) *Penal and reformatory institutions*, III, *The State Prisons of the United States under separate and congregate systems*, por Frederick G. Pettigrove. New York, 1911.



por el trabajo. En esta forma ha pasado á la posteridad el régimen penitenciario: aislamiento celular diurno y nocturno, pero con ciertas excepciones tales, como visitas de determinadas personas, y la obligación del trabajo.

Así, pues, el resultado de todas las experiencias que acabamos de ver, fué la concreción definitiva del régimen celular en los dos sistemas: el de Auburn, que, en su esencia, no es más que una reproducción del seguido en la prisión de Gante. El régimen auburnés mantiene el aislamiento celular solamente durante la noche; los reclusos trabajan en común durante el día, según su sexo, su edad, su aptitud, para el trabajo, etc.; el aislamiento moral de los condenados se obtiene con la imposición de la regla del silencio. El de Pensilvania conserva el tipo puramente celular; el aislamiento es diurno y nocturno, pero sus rigores tienen algunas atenuaciones; los detenidos son visitados por el personal de la prisión (director, vigilantes, sacerdotes, médicos, maestros, etc.), ó por los miembros de las sociedades de penitencia; en determinados días pueden ver á sus parientes y amigos, mantener correspondencia con ellos, etc., y la obligación del trabajo, lecturas, conferencias y otros medios de cultura intelectual, contribuyen también á atenuar los rigores del aislamiento.

• Junto á estos dos sistemas de encarcelamiento, hijos de las concepciones penitenciarias de la América del Norte, aparece como digno de estudio un tercer sistema nacido en Inglaterra, el denominado sistema progresivo. En este país el influjo de las ideas de Howard determinó la erección de algunas prisiones celulares; pero este movimiento no solamente á causa de la indiferencia de la opinión pública, sino también de la hostilidad que el mismo monarca, Jorge III, manifestó. El régimen progresivo así denominado, porque prepara progresivamente al condenado para su liberación, aparece bastantes años después sin lazo alguno aparente con esta extinguida actividad. En 1540, el capitán Alejandro Maconochie lo aplicaba por primera vez en el depósito de condenados de la isla de Norfolk. Los criminales aquí reclusos eran sumamente peligrosos; los castigos que se imponían eran severísimos, y los motines y actos de rebeldía, muy frecuentes; en estas condiciones hizo Maconochie la aplicación de su sistema. Este consistía «en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de buena conducta impuesta al condenado. Dicha suma se hallaba representada por marcas ó vales de tal manera, que el número de vales que cada condenado necesitaba obtener antes de su liberación, estuviese en proporción con la gravedad de su crimen. Día por día, según la cantidad de trabajo producido, se le acreditarían una ó varias marcas, deducción hecha de los suplementos de alimentación ó de otros favores que inmediatamente se le concedieran; en caso de mala conducta se le impondría una multa; de todas maneras, solamente el excedente neto de estas marcas, el remanente después de estas asignaciones, sería el que se tendría en cuenta para la liberación.»

Maconochie aplicó este sistema en Norfolk con un éxito tan brillante, que en cuatro años consiguió transformar por completo á aquellos rebeldes penados. Nombrado más tarde director de la prisión de Birmingham, ensayó de nuevo su sistema, pero tropezó con dificultades legales que le impidieron alcanzar un éxito completo.

El sistema penal inglés, aplicado actualmente, denominado servidumbre penal, es un sistema progresivo basado sobre la experiencia



de Maconochie. Se divide en tres períodos. El primero está constituido por el encarcelamiento en celda, diurno y nocturno, por un espacio de tiempo de nueve meses, que se sufre en las prisiones de Millbank, Pentonville, Wormwood-serubs, etc., ó en las prisiones locales. Durante este período puede ser el condenado sometido á un trabajo obligatorio. Después de este período de aislamiento los condenados pasan á otra categoría, y se les envía á establecimientos denominados «public workhouses», en los que se aplica el régimen aurbano: aislamiento nocturno y trabajo en común durante el día. Entonces comienza el empleo de los vales. Para este efecto los reclusos se dividen en cuatro clases: la clase de prueba, la tercera clase, la segunda y la primera. La clase de prueba comprende los nueve meses de aislamiento celular, y además los tres primeros meses de permanencia en la «public workhouse»; para pasar de esta clase á la tercera son precisos 720 marcas, el condenado no puede obtener más de 8 por día como máximum: este máximum representa un trabajo completamente intenso y una aplicación sostenida. Para pasar de la tercera clase á la segunda y de ésta á la primera son precisos 2.900 vales. La primera clase comprende también una subdivisión que se denomina clase especial. A medida que el condenado pasa de una clase á otra su condición se mejora. En la clase de prueba no percibe por su trabajo remuneración alguna; en la tercera, gana un chelín por mes; en la segunda, un chelín y seis peniques, y en la primera, media corona. La progresión también se verifica en lo relativo á régimen alimenticio, comodidad del lecho, derecho de recibir visitas ó de mantener correspondencia con el exterior de la prisión, etc. Los penados que carecen de antecedentes penales se hallan separados, formando una clase especial; éstos son conducidos á un establecimiento penal destinado exclusivamente á su reclusión. Los condenados que han pasado á la primera clase y que han permanecido en el «public workhouse» un tiempo determinado de antemano pueden obtener la libertad condicional.

Crofton introdujo en este sistema alguna modificación que tendió á someter á los condenados á un período intermedio entre el «public workhouse» y la libertad condicional. Consideraba éste como un ensayo para probar si el recluso era ya apto para la libertad. De acuerdo con este pensamiento imponían á los liberados de los trabajos públicos una estancia de una duración de seis meses en la prisión *Local*, prisión *sui géneris* donde los condenados alojados en barracas metálicas desmontables, trabajaban como obreros libres en los campos y fábricas inmediatas.

Además del sistema progresivo, otro de los caracteres más típicos de la servidumbre penal inglesa es la organización del trabajo penal. Inglaterra ha acometido en grande escala el aprovechamiento de la mano de obra penal en trabajos de utilidad pública, el segundo período de este régimen penal consiste exclusivamente en labores de esta índole. Esta experiencia ha tenido tal éxito que hoy se ha conseguido en este país obtener de la mano de obra de los penados un rendimiento suficiente para cubrir los gastos que originan. Los condenados han ejecutado obras de gran importancia, como la prisión de Wormwood-serubs, el dique de Portsmouth, una parte de los docks de Chatham y algunas otras no menos considerables (1).

(1) Cuche, ob. cit., Troisième partie, Chap. II; Wines, *Punishment and Reformation*, Chap. IX.



Ahora veamos el valor concedido á los sistemas penitenciarios acabamos de exponer. Si se examinan el fin asignado al encarcamiento celular, veremos como éste tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. Este consiste en impedir la corrupción moral de los detenidos y la inteligencia y el acuerdo entre los compañeros de prisión para la comisión de nuevos crímenes, y evitar que los detenidos que á su liberación procuran comenzar una vida honrada sean víctimas de alguna tentativa de *chantage* por parte de sus antiguos compañeros de pena. Desde este punto de vista los excelentes efectos del aislamiento celular son innegables. Pero además de este fin negativo tiene la celda otro fin positivo, la celda debe ser también un instrumento de corrección, de educación y de readaptación social. El aislamiento ha sido defendido como un medio excelente para despertar el sentido moral del preso. «Ayuda, dice Roeder, al desarrollo de todo lo bueno que, hasta entonces, se hallaba en el hombre latente y oscurecido, tranquilizando sus irritadas pasiones, promoviendo su reflexión, su recogimiento y regreso en sí mismo, su impulso y gusto para el trabajo, haciéndole dócil y receptivo para todo el bien que otros le hacen ó halla á su alrededor, especialmente cercado á la simpatía de sus visitantes, cuya amistosa asistencia y consuelo interrumpe benéficamente su soledad, á los libros gratos é instructivos, á las prácticas religiosas y á la enseñanza escolar y científica» (1). Indudablemente, en estas palabras de Roeder se desprende un optimismo tal vez candoroso; no todos los delinquentes, ni siquiera el mayor número, se adaptan de esta manera á la vida celular reflexionando sobre sus yerros pasados y sintiendo un profundo arrepentimiento; por el contrario, muchos condenados, como se ha objetado, poseen un temperamento tan refractario á este régimen que la celda les irrita y enfurece.

Hoy día son bastantes las protestas que se han elevado contra el aislamiento. Enrique Ferri, ha llegado á sostener que constituye una de las aberraciones del siglo XIX. Se ha objetado que hace inevitable entre los detenidos la locura y la consunción por insuficiencia de aire y de movimiento este régimen, se ha dicho, ha llegado á producir una forma especial de alienación denominada «locura penitenciaria». Los datos estadísticos, sin embargo, no demuestran una marcada inferioridad del régimen celular respecto del de Auburn en el que como se ha dicho, la vida diurna tiene lugar en común. En lo relativo al estado sanitario en general, la proporción de las defunciones es un poco más elevada en el celular completo (3,5 por 100) que en el sistema auburnés (2,7 por 100). De sus supuestos perniciosos resultados sobre la salud mental de los condenados ha protestado entre otros, Jolly. Este ilustre criminalista que ha estudiado con gran detenimiento los condenados de la prisión belga de Lovaina, donde tuvo ocasión de examinar individuos sometidos durante más de veinte años al aislamiento, afirma que ninguno de ellos daba señales de debilidad ó de alteración de sus facultades mentales (2). Y en el Congreso penitenciario internacional celebrado en Bruselas en 1900, donde se planteó este problema, la opinión predominante fué favorable á la celda. En tésis general afirmaron, que no es más perjudicial á la salud física y mental que la prisión en común, y que desde ciertos puntos de

(1) Las doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena, págs. 351 y sig.

(2) Joly, *Problèmes de science criminelle*. Paris, 1910, págs. 192 y sigs.



vista, presenta sobre este último una superioridad marcada (1). Precisamente, para evitar en las cárceles celulares estos posibles daños a la salud física y mental de los presos, se ha caído en extremos censurables, construyendo celdas confortables para los asesinos que, como dice Ferri, son un insulto atroz á la miseria de las cabañas y de los tugurios donde habitan los jornaleros del campo y los obreros de las ciudades.

También se ha reprochado á este régimen no favorecer la adaptación del delincuente á la vida social. Siendo un ser social el detenido, dice Prins, su perfeccionamiento debe ser social y consistir en su adecuación cada vez más completa al medio social. Su vida moral no puede desarrollarse más que en las condiciones normales de la vida moral que son las mismas en todas partes, que suponen la lucha, y tienen por fin, la formación del carácter y de la voluntad. La celda no ofrece estas condiciones (2). Desde este mismo punto de vista, sostiene Ferri, que no puede ser útil á la enmienda de los condenados, porque más bien que vigorizar el sentido social y moral del condenado le debilita; y porque, como no se corrija el ambiente social, es inútil prodigar cuidados á los detenidos, si apenas fuera de la cárcel deben encontrarse en las mismas condiciones determinantes del delito, no eliminados mediante una eficaz prevención social. Y la equivocación de los penitenciarios ha sido concentrar su atención exclusiva sobre la celda, olvidando los factores externos de la criminalidad (3). Efectivamente la atmósfera de la celda es completamente artificial, aquí no existen las tentaciones que asediarán al delincuente á su salida de la cárcel. Puede suceder, y sucede de hecho, que los individuos que por haberse adaptado á la celda, se conducen en la prisión de modo tan ejemplar que se consideran corregidos, delinquen de nuevo, faltos de fuerza de resistencia, apenas se han puesto de nuevo en contacto con el medio social exterior.

El sistema celular, se ha dicho también, es desigual, pues no solamente la diferencia de raza tiene influencia sobre su aplicación, sino hasta en un mismo país el aislamiento, es sentido de modo diverso, según los hábitos profesionales de los condenados, y desde este punto de vista, como observan Faucher, Ferrus y Tarde, es preciso tener en cuenta la distinción entre los penados campesinos y los procedentes de las ciudades (4).

Otro de los aspectos más combatidos del régimen celular es cuanto se refiere á la organización del trabajo penal. La organización de un trabajo productivo en estas prisiones, tropieza con innumerables inconvenientes. Cada celda tendrá su máquina, lo cual supone gastos considerables de material y de transmisión de fuerzas, ó cada detenido será ocupado en esos pequeños oficios manuales cuyo aprendizaje es difícil y cuya remuneración es insignificante. Como observa Cucho, solamente el empleo de máquinas y la división del trabajo permiten una gran producción con un gasto mínimo; ahora esta organización exige prácticamente que los detenidos trabajen reunidos en

(1) *Compte rendu*, vol. I, pág. 312 y sigs. Entre los alemanes, Aschaffenburg cree que la celda no es causa de alteraciones psíquicas, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, pág. 243.

(2) Ob. cit., pág. 440.

(3) Ferri, *Sociología criminal*, págs. 898 y sigs.

(4) Ferri, ob. cit., pág. 899.



grupos más ó menos numerosos en los talleres. Tan verdad es esto que el mismo autor nos hace saber, en la prisión de Filadelfia, que puede considerarse como la cuna del régimen celular completo, el sistema práctico americano triunfando sobre sus convicciones penitenciarias ha llevado á reunir para el trabajo á los condenados, en grupos de dos ó tres, quitando los muros de separación de las celdas (1). De igual manera en la prisión de Lovaina y en otros establecimientos belgas donde el régimen del aislamiento se aplica en toda su integridad, se reúnen con frecuencia los reclusos en grupos de dos ó tres para la ejecución de determinados trabajos.

Además, observa Prins, la celda excluye el trabajo agrícola, desahucio de estas labores á los condenados rurales, que son muy numerosos en las prisiones, y favorece la despoblación de los campos en provecho de las ciudades, movimiento emigratorio que hoy se considera con razón como una de las calamidades sociales que afligen á los pueblos modernos (2).

El régimen celular tiene también el inconveniente de ser muy costoso. La celda, cuando el recluso debe permanecer en ella noche y día haciendo el trabajo debe efectuarse en su interior, necesita ser más espaciosa, más confortable, más aireada. El régimen de Auburn, aun cuando supone la división de la jornada del preso en dos períodos, el período diurno en común y el período nocturno sometido al aislamiento, lo cual necesita además de las celdas, talleres, refectorios y otras dependencias, á pesar de todo, este régimen no es tan caro como el celular. El coste de los establecimientos de tipo celular puro en Francia, y este cálculo con ligeras variantes puede aplicarse á casi todos los países, es de 4 á 8.000 francos por celda, según la importancia de la prisión, y según la habilidad profesional de los que la hacen construir. La celda auburniana, por el contrario, no excede de unos 1.000 francos aproximadamente, y la construcción de los locales anejos para el trabajo y comida en común está muy lejos de absorber la diferencia entre este precio y el de la celda pensilvánica (3).

Por último, se ha objetado al régimen celular que no deben fundarse tantas esperanzas, como hacen los defensores del aislamiento, en el influjo moralizador de las visitas que rompen la monotonía y la uniformidad de la vida celular. Para que éstas causen un efecto útil á la moralización de los penados, es preciso que sean frecuentes y de cierta duración, y, sobre todo, que los visitantes estén dotados de especiales condiciones que les permitan tocar las fibras más sensibles de su conciencia para despertarla y vigorizarla. Pero en la práctica esto es apenas realizable; el número de los reclusos en las monumentales cárceles modernas es enorme, ordinariamente de quinientos á mil penados, y en cambio los empleados son muy pocos. ¿Qué eficacia podrá tener la palabra del capellán, ó del maestro, ó del director de la prisión, cuando sea oída por el preso, dentro de su celda, solamente una ó dos veces por semana y durante pocos minutos? Los miembros de las sociedades de patronato tampoco podrán suplir esta deficiencia, pues no se presentarán sino en proporciones insignificantes, aun tratándose de visitar las prisiones establecidas dentro de las ciudades, y las visitas á las grandes prisiones que hoy se construyen á cierta dis-

(1) Cuche, ob. cit., pág. 317.

(2) Prins, ob. cit., págs. 441 y sigs.

(3) Cuche, ob. cit., pág. 31.



tancia de los centros populosos serán escasísimas, pues requieren además viajes y otras molestias que no todos se hallan dispuestos a afrontar. La afirmación que hacen los defensores de la celda, respecto de la eficacia moralizadora de estas visitas, es puramente gratuita ó hipotética, pues se halla muy lejos de la realidad.

Contra el sistema el Auburn, la principal objeción que se dirige es la relativa la imposición de la regla del silencio. Esta mortificación á que se somete á los penados reunidos en el taller ó en el refectorio parece á algunos monstruosa, y hasta cosa contraria á la naturaleza humana. Nuestra ilustre compatriota Doña Concepción Arenal, responde á este propósito: «No puede negarse que el estar reunidos los hombres sin comunicar entre sí, escena cosa sumamente violenta y preternatural. ¿Pero no lo es todo el régimen de la prisión? ¿No confina el penado entre cuatro paredes? ¿No se le mide la ración, el movimiento y la luz? ¿No se le arranca del seno de la familia? Son bien extraordinarias estas cosas, como lo ha sido que la persona á quien se aplican tomara el mal por bien suyo; la consecuencia de esta inversión es el cambio de las condiciones de su existencia. Esta es desdichada, pero en la desdicha hay muchos grados; debe madurarse cuidadosamente por la necesidad; pero, suprimida, no es posible (1).»

El régimen progresivo inglés no ha despertado como el sistema celular ninguna fuerte oposición. En general, se le estima como más perfecto que aquél, pues se adapta más á las condiciones normales de la vida. Bentham, consideraba como una inconsecuencia el hecho de guardar á un recluso dentro de las cuatro paredes de la celda, para entregarle sin transición al acaso de la lucha por la existencia, en condiciones más penosas y desfavorables que aquellas en que se encontraba antes de su condena. Tarde, estima á su vez, que hacer pasar bruscamente el condenado de la celda cerrada herméticamente á la libertad completa, es como hacer salir de su lecho á un enfermo acostado desde meses atrás, para mandarle á correr al aire libre (2). No se prepara al niño para andar, dice Prins, poniéndole andadores continuamente. No se prepara al hombre para el uso de la libertad social, borrando de su espíritu la imagen de la vida social. El condenado, destinado á volver al mundo, necesita una especie de gimnástica moral. Ahora, en Inglaterra, las etapas sucesivas que aproximan al detenido á la vida libre le hacen sentir las ventajas y los peligros, el alcance y el sentido de la libertad. Los talleres penitenciarios donde los detenidos trabajan en grupos bajo la vigilancia de la autoridad, les hacen entrever las condiciones del trabajo libre (3).

Otros piensan, sin embargo, que este sistema descansa en un error. Si la prisión en común, dicen, no es más que la escuela preparatoria de la reincidencia, ¿no pierde este carácter cuando se impone á un condenado que acaba de terminar el período celular? ¿Para qué, dice Desportes, tomar tantos cuidados para aislar á los condenados, para inspirarles pensamientos de arrepentimiento, y sobre todo, para alejarlos y separarlos de los demás; para qué tomarse tantas molestias y arrojarles, después, al cabo de algunos meses en una promiscuidad en la que los malos ejemplos y los malos consejos aniquilarán las enseñanzas de la celda (4)?

(1) *Estudios penitenciarios*, Volumen segundo. Madrid, 1896, págs. 55 y sigs.

(2) Tarde, *La philosophie penale*, pág. 511.

(3) Prins, ob. cit., págs. 444 y sigs.

(4) *Rev. Penitentiaire*, 1886, pág. 13, cit. por Cuche, ob. cit., pág. 325.



En la evolución de la organización penitenciaria, se ha llegado a un tipo de pena de prisión, que hoy se presenta como la más perfecta. Este tipo es el reformatorio americano para adultos. Su primer ensayo se hizo en Elmira y los resultados obtenidos aparecieron tan brillantes, que el nombre de esta institución ha alcanzado fama mundial.

Se instituyó este reformatorio en el Estado de Nueva York, por la ley de 1869. Pocos años más tarde, en 1876, estaba ya en disposición de abrir sus puertas á los penados. «En su organización y en las reglas por las que se rige, dice Wines, no hay absolutamente nada nuevo. La novedad, consiste más bien, en la combinación de principios cuyo valor ha sido reconocido de modo especial, y en la intensa serie de esfuerzos con que han sido aplicados por un hombre (Mr. Brockway) cuyo entusiasmo por la reforma de los penados ha sido en él una dote unida al genio» (1). Los métodos de reeducación moral empleados en Elmira tienen gran semejanza con los usados para la reforma de los criminales jóvenes; esto es lo que precisamente caracteriza á esta institución. Los mismos métodos aplicados á los menores, se han hecho muy extensivos á los adultos y por esto la ejecución de la pena, adquiere en Elmira el aspecto de un tratamiento cuyo fin es, ante todo, la corrección del reo y su adaptación á la vida social.

Los métodos empleados actualmente en Elmira, según datos muy recientes y recientes procedentes del Superintendente del Reformatorio (2), son los siguientes: Los métodos aplicados tienden á desarrollar á los reclusos físicamente, á vigorizarles mentalmente, á mejorar su moralidad, á enseñarles obediencia y dominio de sí mismo y á proporcionarles algún oficio; por consiguiente, para conseguir estos fines se ha organizado un gimnasio, una organización militar, una escuela y una instrucción ética y religiosa, una instrucción profesional y un sistema de marcas ó vales como el del sistema progresivo. Todos los reclusos concurren á un curso de cultura física. Los penados que concurren al gimnasio, están divididos en dos clases; una compuesta por los recién llegados; esta clase comprende, generalmente, de 200 á 300; el tiempo de asistencia, es de hora y media diaria. La otra clase, se compone próximamente de 150 en la mañana y de 50 en la tarde, y está reservada para los reclusos enviados por el médico al gimnasio como de tratamiento especial; sus sesiones duran dos horas diarias. Los presos permanecen en esta clase hasta que á juicio del médico se hallan suficientemente mejorados para seguir la vida ordinaria de los demás condenados. A todos los pupilos se les toman ciertas medidas corporales y éstas se repiten de tiempo en tiempo, para conocer el grado de mejoramiento físico; estas medidas se obtienen empleando el sistema antropométrico. El sistema de gimnástica empleado, el sistema de Ralston, da excelentes resultados. Todos los reclusos visten durante los ejercicios un traje de gimnástica y á la terminación del ejercicio toman un baño de inmersión.

La organización militar ha sido uno de los medios más eficaces para el mantenimiento de la disciplina en el método de reforma; da á los penados un porte erguido y agradable, los hace respetuosos y obedientes al mando, y mediante las promociones á diversos grados,

(1) Wines, *Punishment and reformation*, pág. 200.

(2) Joseph. F. Scott, *American Reformatories for male adults*, publicado en *Penal and Reformatory institutions*, New-York, 1910, págs. 89 y sigs.



les inculca la noción de responsabilidad. La organización militar depende de un oficial no penado. Los recién llegados, antes de participar en los ejercicios diarios de la fuerza militar, son sometidos á un previo adiestramiento para mejorar su estado físico y su porte en el manejo de las armas.

La escuela se compone de 26 aulas. Además de éstas existe el auditorium, cuya capacidad es de 1.600 personas, y un salón de lectura con capacidad para 500 personas. Las escuelas están bajo la inspección de un Director, asistido por instructores, por los capellanes de la institución y por un grupo de maestros, reclutados entre los reclusos. Estos se reúnen todas las semanas en una clase, en la que reciben á su vez una cultura pedagógica.

Las materias enseñadas en la escuela, son: aritmética, lenguas, ciencias naturales, historia, ética, sociología y literatura. Las clases de historia, ciencias naturales y ética y literatura, son dadas personalmente por el Director, los capellanes y los instructores. Las clases de aritmética y lenguas están divididas en once grados, cada uno de los cuales tiene como maestro un recluso. Las clases tienen lugar cinco días por semana. Para los extranjeros existen clases de inglés; éstos enseñan á su vez su lengua madre.

Existe, además, una Biblioteca, que contiene 5.000 volúmenes, además de 50 publicaciones semanales y mensuales y algunos periódicos. En 1884, se fundó un periódico en la institución: *The Summary*; su fin era la instrucción y el entretenimiento de los presos; es un semanario de ocho páginas. Se edita é imprime por reclusos. Este periódico contiene noticias generales, y otras referentes á la institución, como el número de presos, número de ingresados, de liberados bajo palabra, etc. Las noticias ó asuntos de carácter criminal ó de cualquier otro género reprochable, están descartados por completo.

Las escuelas profesionales están bajo la inspección de un Director de una escuela profesional. Cada una de las escuelas está desempeñada por un instructor no penado, asistido por algunos instructores reclutados entre los reclusos. Veintinueve oficios se enseñan en este reformatorio: barbero, encuadernador, carpintero, sastre, zapatero, electricista, herrero, pintor, plomero, impresor, mecanógrafo, etc.

Además de estas escuelas, existe una granja con jardines, viveros, etc. donde se dá una cultura agrícola y hortícola.

La educación religiosa está á cargo de sacerdotes pertenecientes á las religiones católica, protestante y judía. Todos los domingos tienen lugar servicios religiosos de estas confesiones; además, los sacerdotes dirigen la palabra á los reclusos cuando lo estiman oportuno.

El sistema de marcas ó vales es un sistema de marcas monetario, en el que se incluye el salario ganado, con el propósito de hacer á los reclusos industriuosos y frugales. A cada uno se le concede cierta cantidad por cada día de trabajo, cantidad que varía, según su situación y su grado en la organización militar. Se ponen á cargo de los reclusos todos los artículos de vestir, el equipo suministrado por el almacén y los objetos suministrados por el servicio médico. Se les multa en caso de mala conducta y en caso de reprobación en los exámenes en la escuela de instrucción y en la escuela profesional. El grado que el penado ocupe y su liberación, se determinarán por el sistema de marcas. Según las reglas establecidas para el régimen del reformatorio, los grados en que se dividen los penados son tres: primero, segundo y tercero. El primero es el superior. A la entrada en la institución, los reclusos son colocados en el segundo grado. Cada grado lleva con-



go la consignación de un salario mayor para el primer grado y menor para el segundo; en el tercer grado no se percibe cantidad alguna. Los domingos y días festivos, los reclusos no perciben ninguna retribución, excepto en el caso de ejecutar algún trabajo especial. Los enfermos y los que se encuentren en la enfermería no pagan pensión, ni reciben tampoco retribución alguna. Los pertenecientes al primer grado y al segundo, pagan una parte de aquel salario en concepto de pensión. A los penados del primer grado se les hace un crédito diario de 42 céntos. de dollar. Todos los penados pagan cierta cantidad por los artículos de vestir, menos por el primer equipo, que administra gratuitamente, también pagan una cuota por cada sereno médico.

Las malas notas en los exámenes, tanto en la escuela de instrucción como en la profesional, así como su mala conducta, llevan consigo la obligación, en el recluso, de pagar una suma mayor ó menor, proporcionada á la calificación recibida en los exámenes y á la gravedad de los actos de indisciplina y de mal comportamiento que se le imputen.

Para que un individuo sea promovido del segundo al primer grado, debe tener á su crédito seis meses de buena conducta y haber aprobado los exámenes de las escuelas de instrucción y profesional. En el caso de mala nota en estos exámenes, se le exigen siete meses de crédito á su favor. A los pertenecientes al primer grado, puede concedérsele la libertad provisional, bajo palabra, después de seis meses, si obtienen buena nota en los exámenes. El Consejo de Directores (*the board of managers*) puede conceder la libertad, bajo palabra, si estima que el recluso se conducirá honradamente. El liberado en estas condiciones, es puesto en libertad en cuanto ha encontrado una ocupación que satisfaga al superintendente. A su llegada al punto de su destino lo comunicará á éste, y, por lo menos una vez al mes, mantendrá con él comunicación escrita. Si durante seis meses, la conducta del liberado fuere naturalmente, es buena, y el Consejo de Directores cree que puede permanecer en libertad sin infringir la ley, su liberación se convierte en definitiva. Si el liberado falta á las condiciones fijadas para su liberación ó comete algún nuevo delito, es reintegrado al reformatorio mediante un mandamiento del Secretario del Consejo de Directores (1).

El éxito de esta institución ha sido considerable; los relatos de los examinadores que han tenido ocasión de examinar de cerca la compleja organización y funcionamiento del reformatorio, son entusiastas. Sin embargo, es preciso consignar que los juicios laudatorios que sobre este sistema se han emitido, no descansan sobre ningún dato estadístico. La organización de la estadística criminal en los Estados Unidos no permite apreciar con aproximación suficiente la proporción de las reincidencias entre los liberados de Elmira, pues esta estadística se confecciona por estados, y como no existe un servicio central de identificación, basta á los liberados cambiar de nombre para librarse de hecho de todos sus antecedentes penales. Se ignora, pues, el número de los que vuelven á violar la ley, á no ser que vuelvan de nuevo al reformatorio. Las apreciaciones favorables que casi universalmente ha determinado el régimen de Elmira, descansan únicamente en una simple impresión. Como dice Winter, casi no puede menos de

(1) *American reformatories for male adults*, en ob. cit., págs. 106 y sigs.



decirse que es imposible que una disciplina moralizadora tan excelente no tenga una eficacia moralizadora excepcional, se deja uno conmovido por el relato de las numerosas resurrecciones morales realmente conmovedoras, cuyo recuerdo evocan con sencillez los que han sido sus testigos (1).

En los Estados Unidos el éxito de Elmira ha producido un movimiento favorable á la creación de instituciones análogas, y en el momento presente existen reformatorios cuya organización y régimen son análogos al de Elmira, en Napanoch (Nueva York), en Concord (Massachusetts), en Rahway (Nueva Jersey), en Huntingdon (Pensilvania), en Mansfield (Ohio), en Jeffersonville (Indiana), en Anamosa (Iowa), en Buena Vista (Colorado) y en St. Cloud (Minnesota).

● En nuestra antigua legislación rara vez aparecen las penas de prisión, la cárcel no es más que un lugar de custodia donde el delincuente permanece hasta que paga la pena pecuniaria ó hasta el momento de ser ejecutado, mutilado ó arrojado de la tierra. Las Partidas dicen bien claramente que su función era meramente preventiva. Enumerando las diversas especies de penas, dicen: «La quarta es quando mandan echar a algund ome en fierros que yaga siempre preso en ellos, o en cárcel o en otra prision: e tal prision como esta non la deuen dar a ome libre, si non á sieruo. Ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tan seguramente en ella, fasta que sean judgados». Si se recuerda el texto de Ulpiano citado en las páginas anteriores, se verá que este de las Partidas es casi su reproducción literal. En algunas de sus leyes (Partida VII, título XXIX), encontramos algunas disposiciones que dan alguna luz sobre el régimen de aquellas prisiones. Los presos, amontonados en su interior, estaban bajo la vigilancia de moneros ó balleneros. Sin embargo, ésta aun como medida preventiva no debió aplicarse á los nobles y poderosos, al «ome honrrado por linaje, o por riqueza, o por sciencia». Las mujeres eran reclusas en locales diferentes, generalmente en «monasterios de dueñas». «Ca assi como los varones e las mujeres son departidas naturas, assi han menester lugar apartado do los guarden, porque non pueda dellos nacer mala fama, nin puedan fazer yerro, nin mal, seyendo presos en un lugar.» Al llegar la noche los presos eran cargados de cadenas y metidos en cepos. El carcelero mayor debía, él mismo, cerrar las puertas y poner las llaves á buen recaudo, y dejar dentro hombres con los presos, con luz encendida, «de manera que non puedan limar las prisiones en que yaguieren, nin se puedan soltar en ninguna manera, e luego que sea de día e el sol salido, deuenles abrir las puertas de la carcel porque vean la lumbrera».

En tiempos anteriores á los Reyes Católicos comienzan á aparecer disposiciones que tienden á mejorar la situación tristísima de los presos en las cárceles; una ordenanza de 1329 prohíbe á los alcaides torturar á los reclusos y affigirles con malas prisiones. «La separación de sexos se prescribe en 1519, pero mucho tiempo transcurrió hasta que se decretara la de presos jóvenes, para poner coto á los torpes abusos de que eran teatro las cárceles (1785), abusos tanto más fáciles, cuanto desde muy antiguo, desde tiempos de Felipe II, se autorizaba que dos y aun tres durmiesen en el mismo lecho, que proporcionalmente pagaban al alcaide, el cual, con éste y con otros rendimien-

(1) Cuche, ob. cit., p. 360.



los análogos, se indemnizaba del precio que el oficio le costara. Los que no podían contribuir con doce maravedises diarios que aquél valía, eran provistos de una estera (petate), un cabezal y una manta, porque colchones sólo debían tenerse, á prevención, dos en cada cárcel por si algún preso caía enfermo. La limpieza se hacía dos veces por semana, los presos no podían andar sin grillos (disposición de 1458) y toda la ocupación permitida á aquellos desventurados para distraer sus ocios era el juego de naipes, siempre que se interesasen tan sólo cosas de comer (1).

Las cárceles, sin embargo, continúan en esta época teniendo un carácter meramente preventivo. A causa de las numerosas empresas marítimas y militares acometidas en el siglo XVI y centurias posteriores, se necesitaron brazos para remar en las galeras del Rey, y los Gobiernos echaron mano de los penados que se vieron convertidos en galeotes. Doña Juana, Carlos I, Felipe II, Felipe III y Felipe IV, dictaron numerosas disposiciones, encaminadas todas á suministrar tripulaciones á la Marina real, para lo cual se conmutaron las penas corporales por el servicio en las galeras. Tan necesario debió ser en algunas épocas el trabajo de los galeotes, que Felipe IV dispuso que ninguno de estos condenados pudiera ser indultado y que hasta la pena de muerte fuese conmutada por las galeras. Entonces los condenados á ellas se enviaban á las cárceles de Soria y de Toledo, y desde allí partían cargados de cadenas hacia los puntos de la corta, Murcia, Cartagena, Sevilla, donde eran embarcados.

La organización y vida penal en las cárceles de aquella época ha llegado íntegramente hasta nosotros mediante la interesante *Relación de la cárcel de Sevilla*, escrita por Cristóbal de Chaves á fines del siglo XVI. La extinguida *Revista Penitenciaria* (1905, p. 271 y siguientes) publicó un extenso resumen de este libro, y el Sr. Romero Girón, en el trabajo antes citado, compendia las páginas más sugestivas de Chaves en las siguientes líneas: «Los presos de todas clases son al entrar víctimas de todo linaje de exacciones en las puertas de oro, de plata y de cobre, así llamadas á causa del producto mayor ó menor que rendían. El alcaide las confía por precio á guardianes, lo mismo que las mesas de juego, las tabernas y bodegones, que eran cuatro, los puestos de verdura, aceite y vinagre, tinta y papel. Las puertas se cerraban á las diez de la noche y durante el día entraban y salían libremente multitud de personas extrañas. El preso leve que tenía con qué pagar, dormía por lo común fuera de la cárcel, sin que ninguna visita extraordinaria de los alcaides y magistrados llegase á comprobarlo por la complicidad de todos los dependientes. El preso sujeto á la cuestión que se mantenía firme era objeto de ovaciones y cuidados; el músico, esto es, el que confesaba, víctima de burlas y desprecio. Los reos de muerte recibían la procesión de los valientes, que al compás de la letanía le enderezaban mil consejos dirigidos todos á mofarse de la justicia y de la pena. Las pendencias, las heridas, muertes, hurtos de ropa y objetos, frecuentes; relaciones amorosas con las presas, origen de toda clase de vicios: relaciones torpes de los presos entre sí y de las presas y continuas fugas, este es el cuadro abreviado de aquel centro de maldad é impureza, que amparaba de ordinario en nombre

(1) Introducción de Romero Girón á los *Estudios penitenciarios*, de Roeder. Madrid, 1875, p. 67 y siguientes.



de la ley y para los fines de la justicia unos mil ochocientos presos de todas clases (1).

Con el transcurso del tiempo, desaparecen las galeras (2); en tiempo de Carlos III, los penados se destinan á otras labores. Los condenados por delitos más graves, «los feos y denigrativos», como dice la pragmática, son conducidos á los arsenales de El Ferrol, Cádiz y Cartagena, donde se les aplica «á trabajos penosos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos». Otros reos, los autores de delitos de menor gravedad, en quienes cabía fundado recelo de desertión á los moros, eran condenados á los presidios de Africa, aplicándoles á los servicios de la guarnición y obras de los mismos presidios. Pero cuando el progreso creciente abolió las bombas de mano y las sustituyó por las de vapor, los condenados quedaron sin empleo y entonces unos debieron ser enviados á las Islas Filipinas, pero la mayor parte lo fueron á nuestros presidios africanos.

A fines del siglo XVIII, las cárceles comienzan á organizarse en nuestro país. Como no se aplicaban penas corporales, como las de galeras y de bombas acababan de desaparecer, los detenidos y penados en las prisiones, debieron aumentar en número extraordinario, lo cual, si se supone determinar la creación de nuevas prisiones ó la mejora de las ya existentes. Poseemos noticias de un interés extraordinario, sobre el estado de nuestros establecimientos penales en esta época; provienen de Howard, quien en el transcurso de sus viajes, visitó nuestro país y estudió minuciosamente el estado de nuestras cárceles. La impresión que se desprende de sus descripciones, fuera de algunos cuadros de colores sombríos, es más bien halagüeña y hace pensar que nuestras prisiones, no presentaron los espectáculos de suprema miseria que eran tan frecuentes en otros países de Europa, según el mismo Howard, relata en su famoso libro.

Como estimo de gran interés las páginas que el ilustre filántropo consagra á nuestro país, pues arrojan una luz clarísima sobre un lado de nuestra vida penal poco conocido, reproduciré, resumiéndolas, sus descripciones de las cárceles españolas (3).

En España, dice, abundan las instituciones de caridad y actualmente se encuentran pocos ó ningún mendigo.

La mayor parte de las cárceles, tienen patios para los hombres, con fuente ó un arroyo y un corredor donde encuentran sombra y fresco; los sexos están completamente separados. En Madrid, es costumbre que dos miembros del Consejo privado, visiten las prisiones y revisen y alteren las sentencias de los jueces inferiores. En 1813, un preso en la cárcel de El Pardo, condenado á ocho años de detención, vió la duración de su pena reducida á cuatro meses. En estos años, tenía vigor aún la institución del asilo para deudores y delincuentes. En

(1) Ob. cit., p. 71 y siguientes.

(2) El mismo Carlos III volvió á restablecerlas por algún tiempo por poder combatir á los corsarios argelinos; por consiguiente dispuso que los tribunales volviesen á condenar á esta pena á los reos que la mereciesen. Los condenados á los trabajos de bombas en los arsenales también fueron enviados á las galeras. (Real orden de 31 de Diciembre de 1784 y de 1.º de Junio de 1787.)

(3) *Etats des prisons des hospitaux et des maisons de force*, Paris, 1788. Tome second. Section XVIII. *Des Prisons et Hospitaux de l'Espagne*. Howard debió venir á España próximamente hacia 1789, según se deduce de sus relatos.



Madrid, la iglesia de San Sebastián era refugio para los hombres, y la de San Luis para las mujeres.

Algunas cárceles, eran lugares de grandes sufrimientos; en la de Badajoz, los encarcelados están agobiados y afligidos, mendigan á las puertas de la prisión, pues sólo viven de limosna ó de pequeñas labores en que se ocupan. En Toledo, donde había dos cárceles, una contenía ocho delinquentes y otra 220. Estos amontonados en completa promiscuidad; la mayoría cargados de hierros y cadenas, casi todos angustiosos. La cárcel de Pamplona, presenta un cuadro análogo. Había calabozos sin luz para castigar á los rebeldes que estaban cargados de hierro. Las cámaras eran sucias, infectas, de emanaciones malsanas y los presos sufrían enfermedades contagiosas. En 1775, murieron 18 ó 20 en corto espacio de tiempo, en Abril de 1783, cuando Howard la visitó, albergaba 61 hombres y tres mujeres. Cada día recibían para su subsistencia cuatro sueldos de Francia. Algunos (estaban dedicados al trabajo, unos 28 hilaban. Respecto de los reclusos, existía una costumbre digna de mención; si alguno se presentaba en la prisión prometiendo tomar una reclusa por esposa, ésta era liberada por los magistrados. La tortura no se empleaba en Navarra.

En este país, el virrey y los magistrados, gozaban del privilegio de indultar á los reclusos con motivo de las festividades de Navidad y de la Semana Santa y en alguna ocasión usaron, según refiere Howard, con tanta amplitud de este privilegio, que devolvieron la libertad á todos los reclusos. En la ciudad había 120 hombres encerrados en cinco ó seis habitaciones. Los de las estancias superiores tenían tan sólo un anillo en la pierna; los de las cámaras bajas estaban encadenados con pesados hierros. Los que podía dar caución para el caso de fuga, no tienen más que un anillo en una pierna; algunas veces trabajaban fuera de la cárcel en casas de vecinos. En casos de fuga, la persona que dió caución, es encadenada en su lugar.

En Valladolid visitó Howard cuatro cárceles: la de la Chancillería, la del Obispado, la de la ciudad y la de la Inquisición. En la primera los reclusos dormían en una larga habitación sobre un banco; aquí no había calabozos. En la de la villa, la acumulación de los reclusos era extraordinaria. Había calabozos que impresionaron siniestramente á Howard, «sobre todo uno muy negro, húmedo y espantoso donde el desdichado preso es cargado de hierros y encadenado á una gran piedra». Los presos permanecen largo tiempo en esta cárcel antes de ser juzgados. Para su subsistencia se les da un real diario, prohibiéndoseles pedir limosna en la reja de la cárcel. La de la Inquisición causó sobre Howard una impresión profunda. A un lado de la cámara, dice, se ve un auto de fe verificado en 1667, en el que se quemaron 97 personas. En Valladolid el Tribunal está tendido de rojo, hay un crucifijo, sillas, un banquillo, además un altar y una puerta con tres cerraduras que se abre sobre la cámara del Secretario. En otra habitación está la bandera ó las armas de la orden, una cruz entre una palmera y una espada. En otra habitación, sobre el piso y sobre muchas mesillas, se veían libros prohibidos y una gran cantidad de pinturas inmorales. Allí están las corozas y sambenitos que llevaban los condenados por este Tribunal. En algunas estancias no entraba nadie, sólo los presos que permanecían allí tres años como mínimo, y al salir prestaban juramento de no revelar á nadie lo que allí vieron. Las cámaras tenían dobles puertas y estaban separadas por dos muros para evitar que los presos pudieran comunicar entre sí. Los inquisidores aseguraban que no cargaban con hierro á los presos. Detrás de



la prisión había un patio sombrío donde vigilaba un enorme dogo. «No se puede contemplar el profundo secreto que os rodea, dice Howard, y la severidad que todo manifiesta, sin entristecerse, sin temblar de horror. Todos saben que este es un Tribunal sin apelación; yo no puedo expresar cuán terribles son el secreto y la severidad de que se rodea. Yo he observado con terror el que domina al pueblo que pasa continuamente bajo sus muros, y sin embargo, por un abuso monstruoso de las palabras, se le llama santo y apostólico.»

La cárcel de Burgos contenía 146 hombres y siete mujeres. A los presos amotinados ó que insultaren á los Jueces y carceleros se les castigaba con cadenas. Aquí no había cámara de tortura.

Las cárceles de Madrid eran sin duda las mejores. De todas éstas la más importante era la cárcel de corte. Estaba decorada con una elegante fachada en la que se leía la inscripción: «Reynando la Majestad de Felipe IV, anno de 1634, con acuerdo del Consejo se fabricó esta cárcel de corte para comodidad y seguridad de los presos.» En ella había 180 hombres y 40 mujeres, ambos sexos separados. Los hombres estaban en una cámara de 15 pies de larga, de 10 de anchura; había algunos lechos de piedra en los que había anillas para encadenar á los presos. Algunos llevaban cadenas en ambas piernas, éstos estaban acostados sobre planchas en calabozos. Las mujeres no estaban encadenadas. La enfermería estaba muy bien acondicionada, cada enfermo tenía su cama, buen alimento y excelente pan. El carcelero podía albergar los presos en su casa si éstos podían pagarle 25 doblones por el tiempo de su encarcelamiento. La cárcel estaba muy limpia, y el carcelero era humano y atento para todos. Por esto, añade Howard, todos los reclusos parecen sanos y contentos cuando sano y contento se puede estar en una cárcel. La cárcel de la villa era por el contrario sucia é infecta, sucios é infectos eran sus calabozos, y «los muros de uno de ellos que servía para la odiosa operación de la tortura estaban manchados de sangre. Aflige, añade, encontrar semejantes muestras de crueldad en un país que por otros aspectos puede llamarse humano y generoso». La cárcel de la Corona estaba reservada á los eclesiásticos, y cuando Howard la visitó solamente había detenidos cinco sacerdotes.

La prisión de El Pardo consistía en una gran cámara donde había un centenar de presos, algunos encadenados al suelo, otros á los lechos. Los presos eran ocupados en trabajos en los caminos, carreteras y puentes ó enviados á los puertos marítimos.

A tres leguas de Madrid se hallaba la Casa de Corrección de San Fernando, de la que Howard hace una calurosa alabanza. A esta casa se conducían los vagos, mendigos é individuos de vida disoluta. Cuando la visitó el filántropo inglés contenía 309 hombres y 547 mujeres. Los hombres estaban dedicados á múltiples ocupaciones, acarrearban piedra de los hornos de cal, otros lavaban la ropa de la casa, otros hilaban lino. Las cámaras eran espaciosas, y las enfermerías situadas en la parte alta eran muy amplias. Los reclusos recibían un uniforme, dos pares de medias y dos de zapatos. En las estancias de los hombres había gran limpieza y en la de las mujeres más aún. Cada recluso tenía cama con colchón y dos mantas. Había un patio para los hombres y otro para las mujeres; desde el balcón del carcelero se dominaban ambos. La alimentación era buena, los reclusos recibían diariamente 20 onzas de pan y una buena ración de sopa. Dos presos vigilaban para que cada uno de los demás recibiese su porción íntegra. En una taberna que existía en el interior del establecimiento se



medía vino, cuyo precio y calidad fijaban con antelación los magistrados; pero la venta de licores espirituosos estaba prohibida en absoluto. En esta casa había Médico y Capellán. Howard elogia el celo y humanidad del Director quien residía siempre en el establecimiento. Una mujer dirigía á las reclusas y residía también en él.

Las reglas que informaban el régimen de la casa tendían especialmente á la conservación del orden y á mantener el hábito de la subordination. Previendo todo fraude, toda disipación en la distribución de los alimentos y de los vestidos, y obligando á todos á ser igualmente exactos en la constante observancia de los deberes religiosos, mediante una rigurosa separación de sexos, mediante el empleo regular y sostenido de cada individuo, es como se esperaba conseguirlo, como se consiguió en efecto.

Howard, en la descripción de las prisiones de Madrid, habla también del Hospicio, especie de cárcel ó de manufactura penal donde ambos sexos trabajaban con separación. Un gran número de viejos estaban empleados en escoger y limpiar lana; 60 jóvenes se dedicaban á hilarla y 150 la hilaban. Había 40 ó 50 telares destinados á la fabricación de tela. Existían además otros talleres donde se hacían medias y camisas, se preparaba pelo de conejo para guantes, se fabricaban alfileres. Muchos estaban dedicados á la profesión de carpintero, otros á la de sastre. Unos cuantos muchachos de los más jóvenes, próximamente eran enviados á la escuela. Todos se levantaban á las seis, hacían sus oraciones, tomaban su desayuno, á medio día comían y cenaban á la puesta del sol. Cada recluso recibía 22 onzas de pan diario, dos onzas de garbanzos y media libra de carne, excepto los días de vigilia. Los que alteraban el orden eran confinados en las habitaciones. El régimen era idéntico al de San Fernando.

A fines del siglo XVIII y en los primeros años del XIX existía en España la Real Asociación de Caridad, cuyos estatutos fueron aprobados por Real orden de 23 de Julio de 1799. Esta Asociación promovió en 1805 la creación de una cárcel de sistema celular, confeccionó planos, obtuvo concesiones de terrenos, y á no sobrevenir la guerra de la Independencia hubiera realizado su obra. Esta fué la primera tentativa hecha en España para infiltrar en nuestro sistema penitenciario los progresos americanos que en todas partes encontraban entusiastas y numerosos adeptos.

Aunque las Cortes de 1812 abordaron el problema de la reforma penitenciaria nombrando una comisión para organizar las cárceles y preparar una buena organización penitenciaria, nada práctico se llevó á cabo. El Código de 1822 dió ya amplia entrada en su sistema penal á las penas de prisión; en él figuran las de trabajos perpetuos, obras públicas, presidio, reclusión en una casa de trabajo y la prisión en una fortaleza. Las penas de trabajos perpetuos se caracterizaban por su duración dura y penosa de los trabajos que los condenados debían ejecutar (arts. 47, 48); los condenados á obras públicas eran dedicados á trabajos de utilidad pública: caminos, canales, aseo de plazas, canales, etc. Los condenados á reclusión no trabajaban fuera del establecimiento penal, sino dentro de su recinto (art. 55); los condenados á presidio ejecutaban trabajos exteriores, pero á diferencia de los condenados á trabajos perpetuos y á obras públicas que iban sujetos de día y de noche con cadenas, estos reos no llevaban cadenas ni otras prisiones (art. 57); los sentenciados á la pena de prisión en una fortaleza eran puestos en un castillo, ciudadela ó fuerte, sin permitírseles la salida de su recinto (art. 71).



El régimen interior de las prisiones carecía de reglamentación adecuada, hasta que en 1834 una comisión compuesta de militares y de funcionarios civiles redactó la «Ordenanza general de los presidios del Reino». Esta disposición puso todas las prisiones bajo la dependencia del entonces Ministerio de Fomento, hoy de Gobernación; sin embargo, las Cárceles de mujeres no dependieron de este ministerio hasta el 1846. Esta ordenanza clasifica los presidios en tres clases, según la duración de la condena: *Depositos correccionales*, *Presidios insulares* y *Presidios de Africa*; establece separación en cada establecimiento entre los menores de diez y ocho años y los condenados a penas infamantes; ordena el régimen de comunicación durante el día y noche, é impone la obligación de trabajar. La disciplina observada era completamente militar y las correcciones disciplinarias de gran dureza.

En esta época aparece en la historia penitenciaria española una ilustre personalidad más celebrada y conocida por los penitenciaristas extranjeros que por los nacionales, me refiero al Coronel Montesinos, Director del presidio de Valencia, que aplicó en este establecimiento muchos años antes que Maconochie lo hiciera en Inglaterra, un sistema progresivo. Los resultados obtenidos fueron excelentes, pero más que al régimen, probablemente se debieron á las dotes excepcionales de este hombre extraordinario. El gran sociólogo Spencer en su conocido libro titulado *Moral de la prisión*, después de hacer mención de los resultados alcanzados por Obermaier en Alemania, de los obtenidos en la colonia agrícola de Mettray, en Francia, y del sistema del capitán Maconochie, añade: «Pero de todos los ejemplos, tal vez sea el más concluyente el de la prisión de Valencia. En 1835, cuando el Coronel Montesinos fué nombrado gobernador el término medio de los reincidentes era de 30 á 35 por 100, próximamente la cifra de Inglaterra y de otros países de Europa; pero obtuvo tal éxito con su método, que en los tres últimos años no ha habido en el penal un solo reincidente, y durante los diez años precedentes, el término medio general no excedió del 1 por 100.» Algunos pasajes del libro de Hoshin *Epagne telle qu'elle est* darán una idea clara de la organización de este establecimiento penal y del régimen impuesto por Montesinos. «El dice este autor, un millar de penados y en todo el establecimiento he visto más que tres ó cuatro guardianes para mantener el orden. Me dicen que en total hay una docena de soldados veteranos para este efecto; ni barras ni cerrojos que no se puedan quebrantar fácilmente; las cerraduras no parecen diferentes de las de una casa particular. Cuando un condenado ingresa se le pregunta que ocupación ó que oficio quiere tomar ó aprender; le dan á elegir más de cuarenta. Hay hilanderos y tejedores de todas clases ..., herreros, zapateros, cesteros, cordeleros, carpinteros y ebanistas que trabajan muy pulidamente. La caoba, en fin, hay una prensa siempre ocupada. Todos los trabajos necesarios para las reparaciones, la reconstrucción, el blanqueo del establecimiento, son hechos por los condenados. Todos tienen una actitud bastante respetuosa, y ciertamente no he visto jamás penados de peor aire: sin duda, las ocupaciones útiles (juntamente con el trato) habían mejorado su aspecto. Además de un jardín para recreo plantado de naranjos, había un corral para distracción de los penados con faisanes y aves de diferentes clases; lavaderos; una tienda donde pueden comprar tabaco y algunas otras cosas con que regalarse. Se deja á su disposición para este objeto un cuarto de sus ganancias. Otra cuarta parte se reserva para el día de su libertad; lo restante



para el establecimiento: frecuentemente esta parte basta para pagar los gastos, y el Gobierno no tiene que desembolsar nada» (1).

Los Códigos de 1848 y de 1850 dieron un gran desenvolvimiento á las penas de prisión, pues admitieron entre las penas aflictivas, las cadenas perpétua y temporal, reclusión perpétua y temporal, los presidios mayor y menor, y la prisión mayor y menor. Entre los correccionales y el arresto mayor, y entre las leves el arresto menor. El Código penal vigente ha suprimido las penas de presidio menor y prisión menor conservando las demás.

Las penas de cadena perpétua y temporal se cumplirán, dice el Código, en cualquiera de los puntos destinados á este objeto en Africa, Canarias ó Ultramar (art. 106). Los sentenciados á estas penas trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura; se emplearán en trabajos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento. Sin embargo, cuando el Tribunal, consultando la edad, salud, estado ó cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente, creyere que éste debe cumplir la pena en trabajos interiores del establecimiento, lo expresará así en la sentencia (art. 107). La reclusión perpétua y la temporal se cumplirán en establecimientos situados dentro ó fuera de la Península. Los condenados á ellas estarán sujetos á trabajo forzoso en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento (art. 110). Las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados, para el presidio mayor, dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias y para el correccional fuera de la Península. Los condenados á presidio estarán sujetos á trabajos forzosos dentro del establecimiento en que cumplan la condena (art. 113). Las penas de prisión se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados para la prisión mayor, dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias, y para la correccional dentro del territorio de la Audiencia que la hubiere dispuesto. Los condenados á prisión no podrán salir del establecimiento en que la sufran durante el tiempo de su condena, y se ocuparán para su propio beneficio en trabajos de su elección, siempre que fueran compatibles con la disciplina reglamentaria (art. 115). El arresto mayor se sufrirá en la casa pública destinada á este fin en las cabezas de partido (art. 118). El arresto menor se sufrirá en las Casas Consistoriales ó otras del Ayuntamiento situadas en el término municipal en que se hubiere cometido el hecho, á no ser que la pena impuesta no lo haya sido por falta de hurto ni exceda de cinco días ó de la multa correspondiente, en cuyo caso se extinguirá el arresto menor en la primera casa del penado (art. 119, redactado según la modificación introducida por la ley de 3 de Enero de 1907).

Muchos de estos preceptos que acaban de citarse son letra muerta, están derogados por otras disposiciones legales posteriores.

• El Real decreto de 10 de Marzo de 1902, había clasificado las prisiones en «Prisiones de penas aflictivas», destinadas á extinguir las penas desde presidio correccional hasta cadena perpétua; «Prisiones correccionales», para el cumplimiento de las penas de arresto mayor y prisión correccional; «Escuelas de reforma», consagradas á la educación y enseñanza de los jóvenes abandonados; y «Prisiones preven-

(1) Rafael Salillas. *Un gran penólogo español. El Coronel Montesinos*. Madrid, 1906.



tivas», destinadas á la custodia de los detenidos y procesados durante la tramitación de las causas, para el cumplimiento de las penas de arresto menor ó gubernativo, y para la permanencia de los reos transeúntes y de los que se hallen en expectación de destino. Esta clasificación de nuestros establecimientos penales ha sido sustancialmente alterada por el recientísimo Real decreto de 5 de Mayo 1918 que los clasifica en Prisiones centrales; Prisiones provinciales, de partido y destacamentos penales (art. 190).

Denominanse Prisiones centrales, las destinadas al cumplimiento de penas de presidio correccional, presidio y prisión mayor, reclusión temporal y perpetua y cadena temporal y perpetua, dependientes del Estado en todos los órdenes administrativos. Estas, por razón de sexo y edades se dividirán en Central de mujeres, Reformatorio de jóvenes y Central de sexagenarios (art. 191). Las Prisiones centrales ordinarias se destinan á los penados condenados al cumplimiento de las penas antes mencionadas separándose en establecimientos diferentes los que extinguen penas perpetuas ó de cadena temporal, de los de reclusión y prisión mayor, y estos de los condenados á presidio mayor, estos á su vez de los sentenciados á presidio correccional, estableciendo igual separación entre los reincidentes y los que no lo sean (artículo 192).

Las localidades donde, según este decreto han de cumplirse las penas, desde la prisión correccional hasta la cadena perpetua, varían fundamentalmente de las asignadas por el Código para este fin. El decreto respecto del destino de los condenados á las penas precitadas contiene las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Las penas de cadena perpetua y temporal, se extinguirán en las Prisiones centrales de Figueras y Santoña, mientras quede subsistente este último establecimiento, señalándose en su defecto el de Chinchilla para el caso de la supresión de este último penal. (El Código, en su art. 106, dispone que estas penas se cumplirán en Africa, Canarias ó Ultramar. El Real decreto de 10 de Marzo de 1902, redujo los puntos de ejecución de estas penas á los presidios de Africa. Posteriormente, el Real decreto de 6 de Mayo de 1907, dispuso trasladar á la Península estos presidios, y desde hace algún tiempo vienen cumpliendo estas penas en Figueras y en Santoña.)

2.<sup>a</sup> Serán destinados á las prisiones centrales de San Miguel de los Reyes de Valencia y Cartagena los sentenciados á reclusión perpetua y temporal. (El Código, en su art. 110, dispone que estas penas se cumplirán en establecimientos situados dentro ó fuera de la Península; el decreto de 10 de Marzo de 1902 asignaba como localidades para su cumplimiento los penales de Cartagena, San Miguel de Valencia y Santoña, y un Real decreto posterior, de 22 de Febrero de 1904, ordenó que pudieran cumplirse también en los presidios de Africa. Actualmente, aun cuando ningún texto legal lo dispone, se envían, por exigirlo así las necesidades de momento, á Santoña y Figueras los condenados á reclusión perpetua, y á Ocaña, Cartagena y San Miguel de Valencia los condenados á la temporal).

3.<sup>a</sup> Las condenas de prisión mayor se cumplirán en la prisión central de Ocaña, completándose el número de reclusos hasta cubrir el de plazas que quedaren vacantes en este establecimiento con sentenciados á reclusión temporal en su grado mínimo. (Las penas de prisión mayor se cumplirán, según dispone el art. 115 del Código penal, en los establecimientos para ello destinados, los cuales estarán situados dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias; el Real decreto de 10



de Marzo de 1902 disponía su ejecución en los establecimientos de Alcalá de Henares, Burgos, Chinchilla, Granada, Ocaña, San Agustín de Valencia y Tarragona. Actualmente se destinan estos condenados a los penales de Burgos, Chinchilla, Granada, Puerto de Santa María, Tarragona y Almadén).

Interin se halla en construcción la Colonia penitenciaria del Dueso, se conservarán en ella los reclusos actualmente existentes y que serán útiles para las obras que allí se realizan, dotándose en lo sucesivo su población penal con los comprendidos en el artículo anterior.

Las penas de presidio correccional, siempre que en ellas concurre la circunstancia de la reincidencia, y la de presidio mayor, se ejecutarán en las prisiones centrales de Burgos, Tarragona, Granada, Puerto de Santa María y celular de Valencia. (El Código dispone en art. 113, que las penas de presidio mayor se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, situados dentro de la Península é islas Baleares ó Canarias, y las de presidio correccional en los situados dentro de la Península. El Real decreto de 10 de Marzo de 1902 les asigna los mismos lugares que señala para el cumplimiento de la prisión mayor. En el momento presente estas penas se ejecutan en los mismos establecimientos que las penas de prisión mayor.)

Todos aquellos reos de presidio correccional, en los cuales no concurre la circunstancia de la reincidencia, se destinarán á la prisión de Almadén.

Si terminadas las obras de la Colonia penitenciaria del Dueso, y en virtud de la movilización de penados que esto llevará consigo, pudiera disponerse de prisión ó establecimiento más adecuado que el penal de Almadén para la reclusión de la mencionada clase de penados, comprendidos en este artículo, la Dirección general procurará hacer la designación de aquel que reúna las condiciones más adecuadas para la implantación de talleres (art. 192).

La prisión central de mujeres de Alcalá de Henares, única que existe de esta clase, estará destinada al cumplimiento de las penas de prisión mayor y reclusión impuestas á las mujeres por todos los Tribunales de la nación, y á las de prisión correccional que á las mismas impongan por los de la provincia de Madrid.

Son prisiones provinciales aquellas que, enclavadas en capitales de provincia, además de aplicarse á los mismos fines que las de partido, sirven para prisión de Audiencia, ó sea para recluir aquellos respecto de los cuales se declara terminado el sumario hasta que son puestos en libertad, absueltos ó condenados.

Dichas prisiones, en cuanto tengan capacidad, se destinan asimismo al cumplimiento de las penas de prisión correccional impuestas por las autoridades correspondientes ó por un Consejo de Guerra de la misma provincia, con excepción de las que no excedan de tres años impuestas á los militares, que las sufrirán en establecimiento especial, conforme al art. 642 del Código de Justicia militar. Cuando la prisión de la capital de la provincia no tenga capacidad suficiente para destinar á ella á los condenados de dichas penas, se habilitarán al efecto para prisión correccional, por la Dirección general de Prisiones, una ó más de las de partido de la provincia correspondiente (artículo 199).

Por sus condiciones y por el número de reclusos que albergan por término medio, las provinciales se distribuirán: en Grandes Prisiones, penales, que son las de Madrid, Barcelona y Valencia; Prisiones provinciales de primera con 300 ó más reclusos; de segunda, con más



de 200 y menos de 300; de tercera con más de 150, y de quinta, con más de 100 reclusos cada una. A excepción de las grandes cárceles de Madrid, Barcelona y Valencia, que son exclusivas para hombres, y en cuyas capitales las mujeres sufren prisión en edificio separado, las demás prisiones provinciales son comunes para individuos de uno y otro sexo (art. 200).

(El Código penal, en su art. 115, dispone que la pena de prisión correccional se cumplirá en el establecimiento penal destinado para ello, situado dentro del territorio de la Audiencia que la hubiere impuesto; el decreto de Marzo de 1902 dispone lo mismo)

Se llaman prisiones de partido todas las enclavadas en los pueblos cabeza de partido que no son capitales de provincia, destinadas á prisión preventiva durante la sustanciación del sumario, y al cumplimiento de las penas de arresto mayor de individuos que no sean militares y mujeres de la jurisdicción militar respectiva. En las poblaciones donde no existan depósitos municipales, las prisiones de partido se aplican asimismo para sufrir arresto menor y para estancia accidental de los reclusos transeuntes que sean destinados á cumplir condena á otras prisiones ó á práctica de diligencias judiciales (art. 201).

(El Código dispone en el art. 118 que las penas de arresto mayor se sufran en la casa pública destinada á este efecto en las cabezas de partido, y en el 119, modificado por la ley de 3 de Enero de 1907, que el arresto menor se sufrirá en las Casas Consistoriales ú otras del Ayuntamiento situadas en el término municipal en que se hubiere cometido el hecho, á no ser que la pena impuesta no lo haya sido por falta de hurto, ni exceda de cinco días ó de la multa correspondiente, en cuyo caso se extinguirá el arresto menor en la misma casa del penado. El citado Real decreto de Marzo de 1902 ordena que el arresto mayor se cumpla en las prisiones de Audiencia. Los condenados á la pena de arresto menor ó gubernativo, los transeuntes y los que se hallen en expectación de destino, según lo dispuesto en este decreto, ingresarán en las prisiones preventivas del partido judicial respectivo).

El estado en que se encuentran la mayor parte de las prisiones españolas es verdaderamente lamentable. Sin embargo, en los últimos años los gobiernos han consagrado cierta atención al mejoramiento de los establecimientos penales, han ejecutado obras de consideración en algunos presidios, han construido algunas cárceles celulares; pero aun así y todo, la situación en que se encuentran nuestros establecimientos penitenciarios es por demás precaria. He aquí cómo hace más de veinte años se expresaba el Sr. Salillas, y desde entonces nada poco ha mejorado dicho estado de cosas. «España no tiene un sistema carcelario ni un sistema penal, pero sí un museo de prisiones en toda la península, con ejemplares de distintas épocas, que denuncian que las iniciativas están tan remansadas en el Estado como en el Municipio.

En el castillo de Pilatos se hallan las cárceles de Tarragona; en las Torres de Serranos, y en las de Cuarte, las de Valencia; en un vistoso torreón, las de Requena; en otro, las de Córdoba, y las de Falset, en un castillo. He aquí la cárcel fortaleza, que hasta por conservar el nombre, así se llama la de Oviedo. Valladolid mantiene su antigua cárcel de Chancillería, y en un mismo edificio están la cárcel y la Audiencia de Granada: dos fósiles, de cuya prehistoria se ocupa la Novísima Recopilación. Modelo del siglo XVII, y no de los peores, es la



actual cárcel de Chinchilla, que ostenta en el escudo de la Casa de Austria dos lápidas, una de 1605, reinando Felipe III, y siendo Corregidor de la ciudad D. Ginés Rocamora, Caballero del Hábito de San-Jago, y otra bajo el reinado de Felipe IV (1637), siendo Corregidor D. Alfonso de Navarra y Caramo, Caballero del Hábito de Calatrava, hijo del Marqués de Cortes. Cárceles comunales hay muchas situadas en los bajos de la Casa Consistorial. Así fué la antigua de Mataró, y en las de Reinosa, Agreda, Medinaceli, todas las de la provincia de Lérida y la mayoría de las de Pontevedra y de otras muchas provincias. Las de Linares, Totana y Lorca se hallan en antiguos Pósitos; la de Andújar, en la Obra Pía de ancianos y ancianas de la localidad. El mismo edificio es aprovechado para distintas funciones; en Huelva es cárcel y cuartel de tropas; en Sueca (Valencia) y Coin (Málaga), es cárcel y hospital; en Chiva y Enguera (Valencia), es cárcel, escuela de niños, Juzgados y cuartel de la Guardia civil, y en Carrasacas de Henares, es cárcel y Tesorería; pues en la prisión se custodiaba el arca de fondos municipales, y de ella se llevaron los ladrones 155 pesetas. Hay localidades que, por no tener cárcel, la sitúan en un edificio particular, arrendado por el Municipio, y esto sucede en Cantabria, Villacarriedo (Santander), Allariz (Orense), Tremp (Lérida), Carreilla de Cameros (Logroño) y Villar del Arzobispo (Valencia). Otras muchas datan de la época de la exclaustación, y se hallan establecidas en antiguos conventos: la cárcel de mujeres de Madrid (ex monasterio de Monserrat); la de Jerez, la de Sevilla (el Pópulo); la de Torpe (San Agustín); la de Lérida (iglesia de San Martín); las de Huelva y Pina de Ebro (cada una en un ex convento de San Francisco), etc. Cieza (Murcia) necesitó una nueva cárcel, y con este objeto obtuvo el ex convento de San Francisco; pero en 1876, por conveniencias políticas ó interés privado, el Ayuntamiento lo cedió á unos particulares para establecer un colegio. En Seo de Urgel (Lérida), la cárcel ocupa un local del ex convento de jesuitas transformado en cuartel de tropas, y á fin de establecerla independientemente, por orden de 15 de Mayo de 1861 se mandó desalojar el Seminario instalado en el convento de Santo Domingo. Parte de este edificio fué cedido después por el Ayuntamiento á un colegio particular de segunda enseñanza (1).»

Esta situación tan precaria ha sufrido, no obstante algunas reformas, pocas modificaciones, como podrá verse examinando los datos consignados en el *Anuario Penitenciario*, relativo al 1904, publicado por la Dirección general de Prisiones. En dicho año, las prisiones penales y correccionales de aglomeración existentes en España presentaban el siguiente estado de conservación: bueno, 161; mediano, 152; malo, 87; ruinoso, 19; respecto de su capacidad, la tenían suficiente 224, insuficiente 225; respecto de sus condiciones de seguridad, las tenían buenas 81, deficientes 262, malas 106; tenían condiciones higiénicas 189, carecían de ellas 260. Según los fines para que los edificios fueron contruidos, se clasificaban así: para prisión, 122; para casa consistorial, 20; para convento, 98; para pósito ó otra dependencia municipal, 33; para palacio, fortaleza ó cuartel 36; para casa particular, 47; para varios de los fines anteriores, 43; se ignora el fin para que fueron contruidos, 50. La época de su construcción remontaba á antes del siglo XV en 42, al siglo XVII en 21, al siglo XVIII

(1) Salillas. *La vida penal en España*, Madrid, 1888, p. 340 y sigs.



en 51, al siglo XIX en 82; se ignoraba la fecha de su construcción respecto de los 253 restantes. Respecto de las prisiones afflictivas, los datos estadísticos acusan iguales condiciones de higiene, conservación, etcétera. Respecto del *estado de conservación*, he aquí los datos que hallamos en el anuario: Dicho estado era bueno en 14; mediano, en 3; malo, en 6; ruinoso, en una; parte buena y parte mediana, en una, y parte mala y ruinoso, en una. La *capacidad* de estos establecimientos era suficiente en 17 é insuficiente en 9. Según su *salubridad* se clasificaban: con condiciones higiénicas, 16; sin condiciones higiénicas, 9; parte con condiciones higiénicas y parte sin ellas, 1. Las *condiciones de seguridad* eran buenas en 14; deficientes, en 4; malas, en 8. Según el *fin para que fueron construidos los edificios* se clasificaban: para castillo feudal, 1; para cocina, 1; para convento, 8; para cuartel, 5; para fortaleza, 2; para hospital, 1; para oficinas ó almacén, 3; para pabellón de dementes, 1; para posada, 1; para presidio de arsenal, 1; para prisión celular, 1; para talleres, 1. La fecha de su construcción remontaba á antes del siglo XVII en 5; al siglo XVII, en 2; al siglo XVIII, en 1; al siglo XIX, 5; al siglo XX, en 1; se ignoraba la fecha de construcción, de 12 (1).

En los últimos años se ha procurado por parte de los gobiernos mejorar esta lamentable situación de nuestras prisiones. En algunos presidios se han ejecutado obras de gran importancia, se ha construido un buen número de cárceles celulares y en el momento actual avanza rápidamente la construcción de la colonia penitenciaria del Dueso. Especialmente las prisiones de tipo celular comienzan á tener cierta difusión en nuestro sistema carcelario. Desde 1861 en que se inauguró la celular de Vitoria hasta hoy, se han construido más de veinte cárceles celulares, entre las cuales hay algunas tan importantes como las de Madrid, Barcelona, Valencia, Bilbao, San Sebastián, Oviedo, Albacete, Castellón, etc.

El régimen penal de las prisiones, en las que se extinguen penas afflictivas y correccionales, se halla determinado por el Real decreto de 5 de Mayo de 1913 que establece en dichos establecimientos el sistema progresivo y el de clasificación. Este decreto ha recopilado todas las disposiciones vigentes en materia penitenciaria, su importancia es por consiguiente, extraordinaria.

A continuación reproduzco algunas de sus disposiciones más importantes.

El régimen de las prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, se sujetará al sistema progresivo siempre que sea posible, teniendo en cuenta la estructura y demás condiciones de los edificios.

El sistema progresivo se divide en los cuatro períodos siguientes: 1.º Período celular ó de preparación. 2.º Período industrial ó educativo. 3.º Período intermedio. 4.º Período de gracias y recompensas (artículo 233). El primer período lo sufrirán los penados en aislamiento celular. Su duración es de siete á doce meses para los penados que extingan penas afflictivas, y de cuatro á siete para los sentenciados á correccionales, y para los de arresto mayor, será el primer período igual á la cuarta parte de la condena. Este período podrá reducirse á seis meses para los condenados á penas afflictivas y á dos para los correccionales, cuando se hagan acreedores á esta gracia por su buena conducta.

(1) Anuario penitenciario de estadística, servicios, edificios y legislación correspondiente á 1904, Madrid, 1905.



Los reclusos que se hallen en este período podrán dedicarse, dentro de la celda, á los trabajos más apropiados á su situación y que sean compatibles con el régimen de los establecimientos. Se les facilitarán libros adecuados para la lectura; serán visitados con frecuencia por sus jefes, capellanes y maestros de la prisión, y por individuos de las Sociedades de patronato competentemente autorizados. Los que sufran penas aflictivas, sólo podrán comunicar con sus familias y amigos una vez al mes, y se les permitirá escribir dos veces. Los que sufran penas correccionales, tendrán dos comunicaciones mensuales y podrán escribir tres veces en el mismo tiempo (art. 237).

En el segundo período harán los penados vida mixta, de aislamiento celular durante la noche y de reunión durante el día, para asistir á los talleres, á la escuela y para dedicarse á los servicios mecánicos, observándose en la vida de comunidad la regla del silencio. La duración de este período será igual á la mitad del tiempo de condena que falte por cumplir al recluso, podrá disminuirse este tiempo en causas excepcionales y justificadas. En el segundo período tendrán dos comunicaciones mensuales los sentenciados á penas aflictivas y podrán escribir tres veces á sus familias. Los penados correccionales tendrán tres comunicaciones y podrán escribir cuatro veces en el mismo tiempo (art. 238). El tercer período se pasará también en prisión celular por la noche y en comunidad durante el día, en las mismas condiciones establecidas para el segundo. Su duración será igual á la mitad del tiempo de condena que falte por cumplir al penado.

En este período se dedicarán los reclusos á los trabajos menos penosos y á los servicios que requieran más confianza. Podrán comunicarse tres veces al mes con sus familias y amigos y escribir cuatro, los que sufran penas aflictivas. Los correccionales tendrán cuatro comunicaciones y se les permitirá escribir cinco veces en el mismo tiempo (art. 239). El cuarto período, ó de gracias y recompensas, se establece en equivalencia al de libertad condicional que existe en otros países y regirá hasta tanto que se promulgue una ley que la conceda. Este período comprenderá el tiempo de condena que falte por extinguir al recluso al salir del tercer período. Los comprendidos en él ocuparán los destinos de celadores, escribientes, ordenanzas y demás análogos que existen en las prisiones, y que, por razones económicas, no pueden ser desempeñados por personal libre. En cuanto sea posible se procurará también elegir á los penados de este período para los servicios que hayan de ejecutarse fuera de los establecimientos y para todos aquellos que estén más considerados ó mejor retribuidos.

Los que extingan penas aflictivas podrán en este período, comunicarse con sus familias y amigos todos los días festivos, y dos veces á la semana los correccionales. Se permitirá escribir al exterior, á los primeros, seis veces al mes y á los segundos, ocho (art. 240).

La progresión ascendente de uno á otro período se verificará teniendo en cuenta la conducta moral, la aplicación y el número de premios obtenidos que aparezcan justificados en su expediente, á cuyo fin se tendrá en cuenta que todo penado que no merezca premio ni castigo ganará una nota por día. La buena ó mala conducta de los penados les hará acreedores á notas de premio ó de castigo, y teniendo en cuenta unas y otras, las Juntas acordarán la reducción del tiempo del período en que se hallen, pasándoles al siguiente ó le retrocederán al inferior ó inferiores (art. 241).

En los establecimientos en que no existan celdas se establecerá el



sistema de clasificación, por ser el que más se aproxima al celular progresivo.

El sistema de clasificación obedecerá á los siguientes principios:

1.º Separación de los penados por primera vez de los que sean reincidentes, reiterantes ó que tengan acumuladas penas por sentencias distintas.

2.º Se formarán agrupaciones, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la gravedad de las penas y la conducta de los penados, llegando hasta donde sea posible en la tendencia de individualizar el tratamiento penitenciario (art. 242). El tiempo de la condena impuesta á los reclusos sometidos al sistema de clasificación, se dividirá en los mismos cuatro períodos señalados al sistema progresivo, y, en cuanto sea posible, se aplicarán en aquél los preceptos consignados para éste (artículo 243). La severidad del tratamiento en el sistema de clasificación, se irá suavizando á medida que el recluso adelante en la reforma y en el cumplimiento de la pena, siempre que observe buena conducta. Se mejorará su situación destinándole á trabajos menos penosos, confiriéndole servicios que estén mejor considerados, y se le hará saber que si no procede bien retrocederá de período (art. 244).

Los premios que podrán obtener los reclusos por su buena conducta moral, aplicación y adelanto en los talleres y escuelas, consistirán:

- 1.º Concesión extraordinaria de comunicaciones orales y escritas.
- 2.º Exención de los servicios mecánicos del establecimiento.
- 3.º Concesiones extraordinarias de prendas de vestir, de calzado de ropas de cama y de utensilio y mobiliario.
- 4.º Avance de los penados en los períodos de sus condenas.
- 5.º Opción á destinos de confianza.
- 6.º Aumentos de recompensas por los trabajos y servicios que hayan prestado.
- 7.º Donación de útiles y herramientas de trabajo y libros de buena lectura.
- 8.º Suplemento de comidas extraordinarias por cuenta del mismo.
- 9.º Premios en metálico para su peculio ó ahorros, por cuenta de las utilidades del economato; y
10. Propuestas para indulto ó rebaja de pena en la forma y condiciones que se establecen en este decreto (art. 252).

Las correcciones que podrán imponerse á los penados por las faltas que cometieren, serán:

- 1.º Privación de comunicaciones orales y escritas.
- 2.º Obligación de ejecutar los servicios más penosos ó molestos del establecimiento.
- 3.º Prohibición de tomar otro alimento que el rancho.
- 4.º Reducción de la remuneración del trabajo.
- 5.º Reclusión en celda clara por tiempo prudencial.
- 6.º Reclusión en celda oscura por tiempo prudencial.
- 7.º Privación de colchones y jergones, sustituyéndolos por un tablado.
- 8.º Ayuno á pan y agua en días alternos, por diez como máximo, oyendo previamente el dictamen del médico.
- 9.º Retroceso en los períodos.
10. Reclusión individual por tiempo prudencial en celda ordinaria.
11. Sujeción con hierros si hay verdadero peligro en tener sueltos al recluso rebelde.



La privación de comunicación, de tabaco y de otra comida que el reo ordinario, son siempre accesorias de la reclusión individual por vía de corrección. La destitución del cargo si lo tuviere, lo será ó á juicio del Director ó Jefe de la prisión en cada caso.

Los expresados castigos pueden ser impuestos separada ó simultáneamente (art. 253).

La reclusión en celda oscura no se impondrá por más de quince días, pero podrá prorrogarse en caso de nueva falta, por acuerdo de la Junta disciplinaria. Durante la estancia en celda oscura, los reclusos serán visitados por el Médico, el Director ó el Subjefe, el Vigilante ó Jefe de servicio y el Vocal de turno de la Junta de disciplina (artículo 255). Si el inculcado estuviere enfermo, á juicio del Médico, se suspenderá el castigo sin perjuicio de reducirlo á celda de aislamiento, si la gravedad del hecho así lo exigiese (art. 256).

Sólo en casos muy excepcionales y por acuerdo razonado de la Junta de disciplina, que se comunicará sin pérdida de tiempo á la Dirección general para su conocimiento, se podrá imponer á los penados graves y peligrosos la corrección consistente en la sujeción con correa, de la que se le aliviará tan pronto como cese el motivo de su inhabilidad, adoptando medios apropiados de vigilancia, y reclusión en celda oscura. Si á pesar de esto no se obtuviere la enmienda, se someterá á un régimen ordinario de aislamiento, sin otra agravación ni privaciones que las consiguientes á toda corrección de encierro, permitiéndoles diariamente, por motivo de salud é higiene, unas horas de paseo en lugar abierto, tratamiento que se suspenderá, á juicio del médico, en caso de enfermedad, y cesará cuando el penado se considere corregido (art. 257).

Se prohíbe expresamente toda clase de malos tratos á los reclusos por excepción de la fuerza estrictamente necesaria para hacer entrar en el orden á los que se muestren rebeldes, reservándose el uso de las armas para los casos de legítima defensa y peligro inminentes (artículo 259).

Las correcciones disciplinarias que pueden imponerse á los detenidos y presos, consisten:

- 1.º En privación de comunicación oral ó escrita por un tiempo prudencial, en consideración á la falta y á las circunstancias del reo.
- 2.º Recargo en la ejecución de los servicios mecánicos del establecimiento.
- 3.º Reclusión en celda de castigo, clara, por un tiempo prudencial.
- 4.º Reclusión en celda de castigo oscura hasta diez días como máximo.
- 5.º Privación de cama, sustituyéndola por un tablado.
- 6.º Ayuno á pan y agua hasta diez días alternos, oyendo al médico del establecimiento.
- 7.º Régimen de aislamiento.

La privación de comunicación, de tabaco y de otra comida que el reo ordinario, son siempre accesorias de la reclusión individual por vía de corrección.

El citado decreto de 5 de Mayo de 1913, que como ya dijimos ha recopilado toda nuestra legislación penitenciaria, regula la instrucción y educación de los penados del siguiente modo:

En toda prisión donde se extingan penas, habrá una escuela destinada á la instrucción de los reclusos. La asistencia á ella será obligatoria para todos los desprovistos de instrucción, exceptuándose los



que ingresen en la prisión con edad superior á cuarenta y cinco años que podrán concurrir por propia voluntad y los que por su estado físico se hallen impedidos á juicio de la Junta de disciplina (art. 292).

Los locales destinados á la enseñanza, reunirán condiciones de higiene y capacidad proporcionada al número de reclusos, y estarán dotados del mobiliario, cuadros, etc., más á propósito para el fin educador (art. 293).

Todos los días laborables se destinarán á las clases dos horas por la mañana y dos por la tarde, fijadas por el Director que procurará sean compatibles con el funcionamiento de los talleres. En las prisiones donde sea posible, se establecerá una clase nocturna, en sustitución de las de la tarde, á la que se dará preferencia para asistir á los aprovechados en el estudio y de mejor conducta (art. 294).

Para el régimen de la escuela, se aplicará la división en grados y secciones. Todo nuevo alumno será sometido á examen por el Profesor encargado de aquélla, el cual le incluirá en uno de los cinco grupos siguientes:

- 1.º De los que no saben leer ni escribir.
- 2.º De los que sepan leer pero no escribir.
- 3.º De los que lean y escriban imperfectamente.
- 4.º De los que lean y escriban bien y tengan nociones de Aritmética.
- 5.º De los que tengan conocimientos superiores.

Cada grado se dividirá en las secciones necesarias para que los Profesores puedan atender al alumno con la solicitud prescrita (artículo 295).

Los educandos que formen las diferentes secciones, recibirán las enseñanzas con la debida separación. Los reclusos jóvenes constituirán una sección especial que en ningún caso podrá reunirse con los adultos (art. 297).

La enseñanza comprenderá estas materias: Lectura y escritura; Nociones de Gramática, Aritmética y Geometría prácticas, con dibujo lineal; Elementos de Geografía é Historia de España, fijándose en los grandes hechos que puedan impresionar en sentido elevado, la imaginación; Rudimentos de Física é Historia natural (art. 298).

Dos veces al año, se celebrarán exámenes y las notas obtenidas se harán constar en los expedientes personales de los reclusos. Los buenos ejercicios y el mérito, se recompensarán con premios en metálico, ropas ó efectos útiles (art. 299). La aplicación y el aprovechamiento, serán recomendación eficaz para pasar de uno á otro período. Los reclusos calificados por el Profesor, de laboriosos durante tres meses consecutivos y que observen buena conducta, tendrán preferencia para servir los destinos de la prisión y para disfrutar cualquiera clase de beneficios reglamentarios, siempre que se encuentren en el período señalado para esta recompensa.

Los que se hallen en el cuarto período y sobresalgan notablemente, podrán ser nombrados auxiliares de los profesores, en cuya calidad tendrán las mismas consideraciones que los celadores y usarán el distintivo que se establece para estos casos. Anualmente se hará á cada recluso, con vista de las notas del Profesor y de las pruebas de suficiencia, una liquidación de conducta escolar, que las respectivas juntas de disciplina tendrán preferentemente en cuenta al formar las propuestas de indulto (art. 300).

Cooperarán á la labor educativa todos los funcionarios del Cuerpo de prisiones, dentro de sus atribuciones propias, y según la partici-



capacidad de cada uno. En las prisiones donde no haya maestro, designan los funcionarios de las mismas dar las enseñanzas y conferencias establecidas en este Real decreto. El capellán y el profesor de la prisión alternarán para dar los domingos y días festivos en que sea posible, conferencias y ejercicios prácticos de educación instrucción a los reclusos. Entrarán en turno con aquéllos los demás funcionarios que lo deseen, y se procurará obtener también la colaboración de personas extrañas al servicio, de competencia y autoridad reconocida. Tales actos se celebrarán precisamente en días de fiesta, á presencia siempre del Director del establecimiento y los temas estarán renovados de toda idea política (art. 303).

En todas las prisiones habrá una biblioteca, en la que predominarán los libros de moral, tratados elementales relacionados con los distintos oficios y artes, de Geografía é Historia, de viajes y los de literatura que no sean contrarios á la moral, á las instituciones y á las autoridades públicas (art. 304). La biblioteca tendrá horas marcadas de lectura y será además circulante. Se establecen sanciones contra los que estropeen ó ensucien libros ó los deterioren con dibujos (art. 305). Estará á cargo del profesor más antiguo; además podrá cambiarse de entre los penados, algunos ayudantes (art. 306). Dentro del mes de Enero de cada año, todos los profesores de las prisiones, harán á la Dirección general del ramo, por conducto del Director del establecimiento, una Memoria explicativa, con la mayor suma de detalles, de la labor realizada durante el año anterior en la escuela y biblioteca de su cargo. El respectivo Director, unirá á cada Memoria un informe sobre la eficacia de dicha labor, fundado en los resultados que probadamente se hayan obtenido, y otro muy minucioso referido á las conferencias instructivas celebradas, significando los funcionarios que en las mismas se hayan hecho dignos de recompensa. Sobre la base de estos datos, se acordarán declaraciones de méritos que habrán de constar en los expedientes personales, para surtir efectos en la carrera y se harán las concesiones anuales de la Medalla penitenciaria y del premio á que se refiere el artículo siguiente. De igual manera se promoverán expedientes de corrección disciplinaria contra los profesores, cuando se comprobaren faltas de celo ó de aptitud en el desempeño del cargo (art. 307). Se crea un premio de 500 pesetas para el profesor de instrucción primaria que más se distinga durante el año en el servicio (art. 308).

Reglamentase también en este Real decreto el trabajo de las prisiones. Admite tres tipos: el trabajo por administración, por contrata y el trabajo libre. Tiéndese en esta disposición á dar la mayor amplitud posible al trabajo por administración. Para este fin queda autorizada la Dirección general de Prisiones para promover y concertar con las dependencias del Estado, provinciales y municipales contratos de suministro de toda clase para proveerlas de efectos elaborados en los establecimientos penitenciarios (arts. 311 y 312). La organización y funcionamiento de los talleres administrativos se dispondrá por la Dirección general con vista de las necesidades industriales que la Administración penitenciaria experimente (art. 313). La dirección técnica en cada taller ó grupo de talleres de la prisión se encomendará á un facultativo competente cuando la importancia de la obra que se realice lo aconseje. A las órdenes del mismo prestarán servicios otros maestros y auxiliares (art. 314). El trabajo por administración puede hacerse á jornal y á destajo. El jornal no bajará de 25 ni excederá de 60 céntimos, graduándose dentro de esos límites su cuantía en pro-



porción á la asiduidad é inteligencia del operario y su buena conducta como recluso. Por excepción, y como premio á esas mismas cualidades cuando sean extraordinarias, podrá elevarse el jornal hasta una peseta y 20 céntimos á propuesta del maestro de taller, informada favorablemente por la Junta correccional y previa la aprobación de la Dirección general de Prisiones (art. 315). El trabajo por destajo sólo podrá concederse á los penados de buena conducta y laboriosidad demostradas. Estas concesiones se sujetarán en todo caso á las siguientes reglas: a) La cuantía de cada destajo no excederá de 1.250 pesetas; b) los que trabajen en esta forma estarán sujetos en cuanto á las horas de tarea al mismo régimen que los que lo hagan á jornal; c) á cada destajo se le abrirá en la administración del establecimiento una cuenta para abonar por mensualidades el importe de la mano de obra (art. 316). Los penados que den pruebas de aplicación y celo en el trabajo y que observen buena conducta en el establecimiento, disfrutarán, además del racionado ordinario, un suplemento de alimentación, para lo cual se les acreditarán las cantidades que el decreto determina (art. 317). Los maestros de los talleres procurarán ante todo que los penados aprendan y consoliden el conocimiento de un oficio útil ó perfeccionen el que hayan ejercitado; al efecto, la enseñanza industrial se dará completa, abarcando todas las operaciones de cada oficio (art. 318). Los maestros de taller llevarán una cuenta de conducta en el trabajo á cada recluso operario que se halle bajo su dependencia y los calificarán mensualmente. Las notas buenas durante tres meses consecutivos habilitarán para obtener destinos y beneficios reglamentarios. Estas notas y las de los exámenes semestrales servirán á la Junta correccional para formular la propuesta anual de indulto en favor de los que se hagan acreedores á ello. La aplicación en el trabajo, igualmente que en el estudio, anticipará el pase de un período de condena á otro más ventajoso (art. 319). Los que cometan faltas en el trabajo sufrirán las privaciones y castigos que determina este decreto y quedarán excluidos de los beneficios antes dichos (art. 320). Las disposiciones más importantes respecto del trabajo por contrata son las siguientes: La concesión de talleres en las prisiones para el trabajo por contrata se solicitará de la Dirección general del ramo, exponiendo con claridad el número de reclusos á que haya de darse ocupación, jornales que habrán de satisfacerseles, cantidades que se abonen mensualmente por ocupación de locales y por beneficio industrial y fianza que se ofrezca á prestar como garantía de sus obligaciones el contratista. La Dirección general apreciando las circunstancias de cada caso particular y especialmente el desarrollo que alcance el trabajo en la prisión á que se refiere, otorgará ó denegará por sí las concesiones (art. 324). Los contratistas estarán obligados á abonar á sus operarios reclusos como jornal mínimo el que señala para el trabajo por administración y la mejora de rancho que la misma concede. Deberá satisfacer las cuotas que se estipulen para pago del local, y como compensación de su beneficio industrial, y habrá de constituir en la Caja del establecimiento, á disposición del Centro directivo, fianza en efectivo metálico no inferior al triple del importe mensual de todas esas obligaciones. Cuando la Administración facilite al contratista máquinas, herramientas ó enseres, pagará éste también la cantidad que se convenga por arrendamiento y amortización del coste, y se ampliará la fianza que preste para asegurar dicho pago, ó caso justificado, el valor total de los útiles entregados (art. 325). Queda prohibido á todos los funcionarios que prestan servicio en las prisiones, y se castigará severa-



ante ser contratistas ni asociarse con otras personas que lo fueren (artículo 327).

El trabajo libre, individual ó colectivo, se autorizará en defecto de una organización de talleres. Se auxiliará eficazmente por la Administración el establecimiento de trabajo libre cooperativo, mediante sociedades de reclusos. A tales agrupaciones le serán anticipadas primeras materias, herramientas, maquinaria ó cantidades limitadas, servenidas siempre debidamente, para la adquisición de tales efectos á reserva de que satisfagan del producto anterior un módico alquiler ó una cuota mensual de amortización ó rientegro (art. 334).

De todas las cantidades que el penado obtenga mediante jornal, trabajo, premios, etc., como producto de un trabajo, se destinará un 25 por 100 al pago de indemnizaciones por responsabilidad civil declarada en la respectiva sentencia, y otro 25 por 100 á constituir y acrecentar hasta el mayor grado el fondo de libre disposición del recluso (artículo 338). El orden y la disciplina de los talleres estarán á cargo de vigilantes de servicio, quienes la exigirán rigurosamente, y serán evitados, en todo momento de perturbación de aquéllos por la autoridad del Director y la fuerza auxiliar del establecimiento. Los penados estarán y saldrán ordenadamente de los talleres, guardarán en ellos silencio y compostura y respetarán las órdenes de los maestros relacionadas con el trabajo (art. 339).

La asistencia médica en las prisiones se halla á cargo un médico que compete la visita facultativa de los reclusos y la inspección higiénica de la prisión. Las obligaciones más importantes del médico son: su asistencia como vocal á la junta de disciplina; dictar las órdenes convenientes para el cumplimiento de los preceptos higiénicos; ser el único árbitro y responsable en lo que se refiere á diagnósticos, tratamientos de enfermedades y demás prescripciones exclusivamente relacionadas con su función técnica; girar una visita diaria á la enfermería; informarse del estado de salubridad é higiene de las dependencias de la prisión; reconocer á todos los individuos que ingresen en la prisión, dictando las reglas profilácticas que juzgue necesarias para evitar la difusión de aquellas enfermedades contagiosas que á su ingreso puedan padecer. En este reconocimiento tomará por sí mismo los datos relativos al desarrollo físico, anomalías de conformación, estado fisiológico, examen mental, antecedentes patológicos y todos los que permitan los aparatos de que disponga en la prisión. En el caso de existir en el establecimiento algún condenado á la pena de muerte, permanecerá en la prisión durante las horas que el reo se halle en capilla hasta que se verifique el cumplimiento de la sentencia (arts. 109 y 111).

El local destinado para enfermería reunirá las condiciones de aireación, capacidad é higiene correspondientes á su fin, teniendo cuidado de establecer la obligada separación entre los departamentos de Medicina y Cirugía para enfermedades comunes y el destinado á enfermedades infecciosas, que habrá de tener absoluta independencia con los primeros (art. 341). Las enfermerías tendrán un número de camas igual al 8 por 100 de la población reclusa y el instrumental quirúrgico preciso para su fin (art. 343). Cuando se observe algún caso manifestamente claro ó sospechoso de enfermedad contagiosa, se procederá al aislamiento oportuno y el médico de acuerdo con el director tomarán las precauciones debidas para evitar el desarrollo de la enfermedad, desinfectándose convenientemente el local de que el enfermo procede y



quemándose las ropas de su uso. Siempre que ocurra alguna defunción, el médico dispondrá que se ventile y sanee la celda ó sala en que ocurriere, y se desinfecten cuantos objetos hayan tenido relación directa con el fallecido (art. 346). Queda terminantemente prohibido extraer de la enfermería ropas, medicamentos, alimentos ó efectos propios de dicha dependencia, ni facilitarlo á ningún recluso sin la previa autorización ó mandato facultativo (art. 350). Se procurará en la enfermería el mayor y más escrupuloso aseo en todos los locales, camas, piso, etc., cuidando el facultativo de que se extremen con todo rigor (art. 352).

La asistencia religiosa de los reclusos está encomendada principalmente á los capellanes encargados del régimen moral y religioso. Deben los capellanes, además de asistir al Consejo de disciplina, como vocales que son del mismo, celebrar misa los domingos y fiestas de guardar; dirigir en las ocasiones señaladas en el decreto; dirigir la palabra á los presos en pláticas de carácter moral; visitar á los reclusos en sus celdas, en las prisiones celulares, y en las de aglomeración; visitar á los que, hallándose en el primer período de la condena, se encuentran en el departamento celular ó de aislamiento. En las prisiones donde existan jóvenes, dedicará á ellos preferentemente su atención procurando con sus enseñanzas y exhortaciones apartarlos del camino del crimen. Visitará además á los enfermos consolándolos y confortándoles, y si existiere en la prisión algún condenado á la pena de muerte le prestará los auxilios espirituales. Cooperará, también, con el maestro de instrucción primaria en todo lo relativo á la educación moral y religiosa de los reclusos, singularmente de los jóvenes (arts. 112 y 114).

El personal del Cuerpo de prisiones, tal como ha sido organizado por el reciente decreto de 5 de Mayo de 1913, constituye un cuerpo especial encargado de los servicios técnicos, facultativos y de vigilancia en todas las prisiones civiles del Estado. Forman dicho cuerpo todos los funcionarios que hayan obtenido su ingreso por oposición, examen ó concurso, conforme á las disposiciones que rigen para aquél, ya presten servicio activo ó se encuentren en situación de excedencia. Este cuerpo se compone de las siguientes secciones, categorías y clases: Sección técnica, que comprende: Jefes superiores de primera clase, ídem de segunda; Directores de primera clase, ídem de segunda, ídem de tercera; Subdirectores de primera clase, ídem de segunda, ídem de tercera; Ayudantes. Sección auxiliar, que comprende: Jefes de prisión preventiva de primera clase, ídem de segunda; Vigilantes primeros, ídem segundos. Sección facultativa: Jefes médicos, Médicos de primera clase, ídem de segunda, ídem de tercera, ídem de cuarta; Capellanes de primera clase, ídem de segunda, ídem de tercera; Profesores de instrucción primaria de primera clase, ídem de segunda, ídem de tercera (arts. 2.º, 3.º y 4.º).

Los estudios técnicos administrativos que se consideren necesarios para formar parte del Cuerpo de prisiones, se cursarán en la Escuela de Criminología creada por Real decreto de 12 de Marzo de 1903 (art. 31). Las enseñanzas de esta Escuela se dividen en técnicas y administrativas. Las enseñanzas técnicas son: Derecho penal especial y comparado, Ciencia penitenciaria que comprende: a) Sistema penitenciarios en todas sus manifestaciones; b) Instituciones preventivas de todo género y la tutela y el sentido moderno de la función penal en varios aspectos; c) El patronato de delinquentes; forma que reviste en los pueblos cultos; instituciones penitenciarias; reformas



de niños y adultos; patronatos de presos y cumplidos; organización y resultados en los varios países que funciona. Antropología ó estudio del hombre físico, antropometría y dactiloscopia; Antropología criminal; Sociología criminal; Psicología normal y Psicología de los anormales; Pedagogía general y correccional; Criminología con estadística de la criminalidad comparada.

Las enseñanzas administrativas comprenden: Legislación penitenciaria española y comparada; Contabilidad general del Estado y especial penitenciaria con conocimiento de la partida doble; Organización de los servicios de vigilancia, trabajo, instrucción, economatos y demás de las prisiones.

Para las enseñanzas administrativas habrá prácticas en las oficinas de la prisión celular (de Madrid); para la contabilidad la Dirección general de Prisiones facilitará todos los elementos indispensables existentes en su archivo. Los alumnos de la Escuela redactarán monografías que les encarguen sus Profesores, y los domingos y días festivos darán conferencias á los reclusos de la prisión celular (de Madrid) sobre temas relacionados con sus estudios que sean apropiados á la situación de aquéllos (art. 45).

Considera este decreto como personal auxiliar de las prisiones á las Hijas de la Caridad encargadas del régimen interior de las prisiones de mujeres y de los servicios que se les encomienden en las de hombres en que se hallen establecidas ó que en lo sucesivo se establezcan. (art. 117).

En todas las prisiones existirá una Junta de disciplina. En las prisiones centrales y provinciales estará constituida por el director ó jefe, subjefto, el administrador, si lo hubiere, el médico, el capellán y el maestro de más categoría del establecimiento. En las prisiones de partido la junta se formará con el jefe del establecimiento, el vigilante más antiguo, que ejercerá de secretario, el médico del mismo y el capellán si lo hubiere (arts. 122 y 123).

Las principales obligaciones de esta junta, son: acordar el sistema de clasificación que en cada establecimiento haya de seguirse; acordar el pase de los penados de un período á otro, la reducción del tiempo que en cada uno hayan éstos de permanecer, las concesiones que á cada penado deban hacerse, según su situación y comportamiento y las correcciones disciplinarias que proceda imponer á los que las mereciesen; hacer que los contratistas de las prisiones cumplan las obligaciones de los respectivos contratos; fomentar en las prisiones el desarrollo de sus talleres, atendidos los recursos de la población y el género de industrias en ellos establecidos; dar cuenta á la Dirección general de las concesiones que deben hacerse, en la forma anteriormente expresada, así como de los demás servicios que se adjudiquen y de los riesgos de condiciones bajo los cuales se anuncie la subasta; examinar las cuentas que por cualquier concepto rindan las prisiones, remitiéndolas á la Dirección general; adoptar las medidas que fueren del caso, dando cuenta á la Dirección general, cuando existieren síntomas de perturbación en la prisión ó ocurriese algún acontecimiento extraordinario dentro de ella (art. 124).

En todas las localidades donde exista una prisión, habrá una Junta de patronato, de la que será presidente en la capital de territorio ó de provincia el que lo sea de la Audiencia territorial ó provincial, y vocal los señores de la Sala de gobierno donde haya Audiencia territorial, y donde sólo la haya provincial, el presidente, el fiscal y el magistrado más antiguo, el presidente de la Diputación provincial,



el alcalde de la población, un individuo del Cabildo Catedral, si lo hubiese, el cura párroco, y si hay más de uno el más antiguo, y el decano del Colegio de abogados; y como vocales electivos, un socio de la Academia de Jurisprudencia y otro de la Sociedad Económica de Amigos del País, si la hubiere; á falta de Academia un abogado del Colegio de la población, un vocal de la Junta provincial de Beneficencia y otro de la de Sanidad; un médico designado por el presidente de la Audiencia y dos vocales de libre elección del Ministro y cuantas personas puedan contribuir á los fines del Patronato, que nombrará el Ministro de Gracia y Justicia en vista de la propuesta que haga el presidente de la Audiencia.

En las poblaciones en que no exista Audiencia, constituirán la Junta de Patronato, el juez de instrucción, como presidente, y como vocales natos, el juez municipal, el alcalde, el cura párroco, y donde hubiere más de uno, el más antiguo, un médico titular de la población, el notario de la misma y el registrador de la propiedad que en aquella tuviera residencia y todas las personas consideradas como idóneas para la misión del patronato, que serán nombradas por el presidente de la Audiencia respectiva, á propuesta del juez de instrucción, ejerciendo de secretario de la junta el que lo sea del Juzgado.

De las Juntas de Patronato de Madrid y Barcelona formarán parte como vocales natos los directores de sus dos grandes prisiones celulares (art. 136).

Las Juntas de Patronato tendrán como misión especial la protección de los reclusos y libertos, contribuyendo á su alivio y reforma moral, á cuyo fin visitarán las prisiones para conocer las necesidades de aquéllos, darles consuelo en su tributación y procurarles los medios y auxilios que sean conducentes á su situación material y moral, y guiarán á los libertos en sus primeros pasos á la salida de la prisión, dándoles consejos y arbitrándoles, en cuanto sea posible, recursos y trabajo ú ocupación adecuada (art. 138). En las prisiones de partido intervendrán el procedimiento de alimentación que se siga con los reclusos, tratando de que estos últimos sean atendidos de manera conveniente y de que los socorros que les pertenecen se apliquen á la confección de una comida general para todos ellos, cuando su número lo aconseje, dando cuenta á la Dirección general de la forma en que este servicio se practique (art. 139).

Además de estas Juntas de Patronato oficialmente constituidas se reconoce la existencia de Sociedades particulares de patronato, que para ejercer su benéfica misión en las prisiones, habrán de recabar de la Dirección general la competente autorización, acompañando para ello á dicho centro, el reglamento porque se rijan, y determinando el alcance y desarrollo de la obra regeneradora que se proponen ejecutar (art. 143).

● A modo de resumen, he aquí los puntos de vista más importantes de la materia expuesta anteriormente:

Las penas de prisión apenas se emplearon en la antigüedad; tan sólo se aplicó, alguna rara vez, la prisión preventiva. La Iglesia la usó como pena propiamente dicha, haciéndola cumplir primero en los monasterios y después en las «carceres», lugares sometidos á la autoridad de los obispos.

En el siglo XVII comienzan á erigirse las primeras prisiones en Londres, Amsterdam, Nuremberg, Lubek y en otras ciudades; pero estos establecimientos se reservaban casi exclusivamente para los



individuos de vida disoluta, para los vagos y prostitutas, mientras que los autores de los delitos de cierta gravedad eran enviados á remar en las galeras.

Las primeras tentativas de una organización científica de las penas de prisión las hallamos en el Hospicio de San Miguel, fundado en Roma por Clemente XI, en 1704, y en la prisión construída en Gante en 1775, por el burgomaestre Juan Vilain XIV. El primero estaba destinado á la educación correccional de menores viciosos y delinquentes, mientras que el segundo era un establecimiento para criminales adultos, y, por consiguiente, una institución de tipo completamente represivo; pero lo que caracteriza á ambos es que en ellos se aplicó por primera vez el régimen penitenciario que después se denominó de Auburn, consistente en mantener á los reclusos en común durante el día, bajo la regla del silencio, en el taller, en el refectorio, en los demás actos de la vida penal, aislándolos en sus celdas durante la noche.

La gran renovación penitenciaria acometida por los países civilizados debe atribuirse principalmente á la noble campaña emprendida por Howard á mediados del siglo xviii. Este filántropo, después de recorrer muchas naciones europeas y de ver de un modo tangible el estado desastroso de las prisiones y la miserable situación de los encarcelados, predicó con incansable energía la necesidad de imponer á los reos un sistema de encarcelamiento humano. Las bases sobre las que debía descansar un régimen penitenciario racional, eran según Howard, la educación religiosa de los reclusos, el trabajo, la organización de un buen régimen higiénico y alimenticio y el aislamiento individual para evitar el contagio corruptor proveniente de los presos más corrompidos. La influencia que tuvieron estas ideas en su desenvolvimiento de la ciencia penitenciaria fué enorme.

Los sistemas penitenciarios aplicados en la actualidad tuvieron su origen en América, y después de cierto número de vicisitudes, se presentan hoy organizados del siguiente modo: Sistema filadélfico ó penitenciario. Consiste en la reclusión celular durante la noche y el día; el recluso trabaja en su celda, recibe una instrucción intelectual y moral en la escuela de la prisión, pero aislado de los demás, en celdas alveolares, y su celda está abierta á las visitas de los empleados de la prisión, de los maestros, capellanes y miembros de las Sociedades de Patronato.

El sistema de Auburn mantiene el aislamiento celular solamente durante la noche; los reclusos trabajan en común durante el día, según sus aptitudes para el trabajo; asisten á la escuela, también en comunidad, obteniéndose el aislamiento moral de los penados, mediante la severa imposición de la regla del silencio.

Otro sistema penitenciario que ha alcanzado también gran aceptación, es el nacido en Inglaterra y denominado sistema progresivo. El alma de este sistema consiste en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de buena conducta impuesta al reo. Esta suma se halla representada por marcas ó vales, de tal manera que, el número de vales que cada condenado necesita obtener antes de su liberación, esté en proporción con la gravedad de su delito. Día por día, según la cantidad de trabajo producido, se le acreditan una ó varias marcas, deducción hecha de los suplementos de alimentación ó de otros favores concedidos; en caso de mala conducta, se le impone una multa; de todas maneras, solamente el excedente neto de estos vales es el que se tiene en cuenta para la liberación del condenado. Su orga-



nización actual en Inglaterra comprende tres períodos: El consistía en la aplicación de un riguroso aislamiento celular, día y noche, durante nueve meses; el segundo período comprende un régimen mixto, los penados trabajan en común durante el día, y están sometidos á la separación celular durante la noche. Entonces comienza el empleo de los vales, para cuyo efecto, los reclusos se dividen en cuatro clases: clase de prueba, tercera, segunda y primera, pasando de las últimas á la primera, mediante su buena conducta y aplicación al trabajo. Los penados que han permanecido cierto tiempo en la primera clase pueden obtener la libertad condicional que constituye el tercer período.

Crofton introdujo en este sistema un período intermedio entre el segundo y la libertad condicional, á modo de prueba, para asegurarse de si el recluso estaba en condiciones de volver á la vida de libertad. En armonía con este pensamiento imponía á los que salían del segundo período una estancia de seis meses en la prisión de Lusk, en la que los condenados se recogían durante la noche, mientras que en el día trabajaban como obreros libres en los campos vecinos ó en las fábricas cercanas.

¿Cuál es el valor de estos sistemas que acabamos de exponer?

Del celular se ha dicho que alcanza cual ningún otro el fin de impedir la corrupción mutua de los reclusos é imposibilita ó dificulta la inteligencia para la perpetración de nuevos delitos. Aseguran también sus partidarios que favorece la reflexión y recogimiento del reo, que meditando de este modo sobre sus faltas pasadas se arrepiente y corrige. Pero sus adversarios, que son muy numerosos, acusan á este régimen: de hacer inevitable la consunción, la enfermedad y locura de los sometidos á esta forma de encarcelamiento; de destruir el sentido social, ya muy escaso en los delincuentes, en vez de vigorizarlo; de ser desigual, pues los campesinos lo sienten más duramente que los provenientes de la ciudad; de hacer imposible ó muy difícil una organización seria del trabajo; de ser sumamente costoso.

Contra el sistema de Auburn se ha objetado que la imposición de la regla del silencio es una mortificación que encierra algo contrario á la naturaleza.

El régimen progresivo no ha despertado las objeciones que se dirigen contra el celular; se le estima como más perfecto por adaptarse mejor á condiciones normales de la vida.

De todas las organizaciones de la pena de prisión ninguna ha alcanzado la perfección presentada por el sistema de los reformatorios americanos. Originario de Elmira (Nueva York) se ha difundido por casi todos los estados de la Confederación Americana del Norte, y sus resultados son, según la opinión general, completamente favorables. En la organización del Reformatorio de Elmira, que ha servido de tipo á los demás, lo más peculiar y característico consiste en aplicar á los adultos los métodos de reforma y de educación que hasta hoy se aplicaban sólo á los menores. Los métodos empleados en esta institución para obtener la regeneración moral de los reclusos consisten en una seria organización de la educación física mediante ejercicios gimnásticos y militares, en una perfecta educación industrial y profesional, una completa educación literaria, unidas á los influjos religiosos y morales que los sacerdotes de diversos cultos procuran ejercer sobre los detenidos. Para la realización de estos fines la institución se halla dotada de gimnasios, talleres de variados oficios, clases para instrucción literaria, una magnífica biblioteca, etc.



Los reclusos se hallan divididos en tres grados: primero, segundo y tercero. Al primero, que es el superior, se llega mediante la buena conducta y la aplicación en la escuela y en los talleres. Después de esta permanencia en este grado los reclusos pueden, mediante la decisión del consejo de directores, ser liberados provisionalmente. Si durante los seis meses posteriores á la liberación su conducta no da lugar á reclamación de ningún género, aquélla de provisional se transforma en definitiva.

El éxito alcanzado por esta institución ha sido extraordinario. Los criminalistas y penitenciarios que la han visitado la elogian sin reservas y refieren numerosos casos de prodigiosas conversiones de criminales pervertidos á la vida honrada y laboriosa. Otros muchos estados de América del Norte han creado reformatorios organizados sobre el mismo tipo.

En el antiguo derecho español, como en el de otros países, apenas tuvieron importancia las penas de prisión; ésta se empleaba generalmente á título preventivo. En los tiempos anteriores al siglo XVIII presentaban, como todas las prisiones europeas, un espectáculo tristísimo; los presos se hallaban en la promiscuidad más completa y muchas veces ni se observaba la separación de sexos. A pesar de todo, el parece desprenderse de las relaciones de la época, el estado sanitario de nuestras prisiones era muy superior al de otras naciones europeas, pues aquí fueron desconocidas aquellas terribles epidemias que en las cárceles se propagaban al exterior causando la muerte á centenares de personas. En el siglo XVIII nuestras cárceles son visitadas por Howard, que habla de algunas de ellas con palabras de elogio. A fines de este siglo y en los primeros años del XIX se hicieron algunos esfuerzos para organizar seriamente en España un sistema carcelario, pero nada práctico llegó á conseguirse.

En los últimos años de la primera mitad del siglo XIX aparece en la vida penitenciaria española una figura de extraordinario relieve: el coronel Montesinos. Este hombre de temperamento excepcional introdujo en el presidio de Valencia el sistema progresivo mucho antes que Maconochie lo aplicase en Inglaterra. Los resultados que obtuvo desde el punto de vista de la corrección de los reos fueron maravillosos; muchos autores extranjeros, entre ellos el gran Spencer, los relacionan llenos de asombro.

Las penas de prisión hallan por primera vez amplia acogida en nuestro derecho positivo en el Código de 1822. Los Códigos de 1848 y 1850 admitieron en su sistema penal, con escasa variación, las mismas penas de privación de libertad establecidos por el Código vigente. En su art. 26, que contiene la escala general de penas, se incluyen las siguientes penas de privación de libertad: las cadenas perpetua y temporal, reclusiones perpetua y temporal, presidio mayor y correccional, prisiones mayor y correccional y arrestos mayor y menor. En el capítulo V, sección 2.<sup>a</sup>, título III, libro primero, se hallan las disposiciones relativas á la ejecución de estas penas, pero la mayor parte de ellas son letra muerta sin aplicación en la realidad.

Nuestra vigente legislación penitenciaria se halla contenida en el Real decreto de 5 de Mayo de 1913, que ha reunido y organizado las disposiciones sobre esta materia que antes formaban un verdadero caos. Establece este decreto en nuestras prisiones el régimen progresivo dividido en los cuatro períodos siguientes: celular, industrial ó educativo, intermedio, y de gracias y recompensas. El primero se cumple en celda, y los demás en común durante el día con separación



individual nocturna. A medida que los reclusos avanzan en estos períodos, gozan de mayor número de favores y de un régimen menos severo. La progresión ascendente de un período á otro se verifica teniendo en cuenta la conducta moral, la aplicación y el número de premios obtenidos por el recluso. En los establecimientos en que no existan celdas se sigue el régimen de clasificación con arreglo á los principios siguientes: separación de los penados por primera vez de los reincidentes, reinterantes ó que tengan acumuladas penas por sentencias distintas; formación de agrupaciones teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la gravedad de las penas y la conducta de los penados.

La buena conducta de los reclusos se recompensa con premios y concesiones como la permisión de comunicaciones extraordinarias orales ó escritas; la exención de servicios mecánicos, donación de libros, instrumentos de trabajo, etc., y como máxima recompensa la propuesta para indulto. Las correcciones que pueden imponerse á los penados por las faltas que cometieren consisten en la privación de comunicaciones, reclusión en la celda oscura, ayuno á pan y agua, retroceso en los períodos, etc., y como máxima medida disciplinaria la sujeción con hierros.

La instrucción es obligatoria en las prisiones para todos los desprovistos de ella, sólo se exceptúan los individuos de edad superior á cuarenta y cinco años. La enseñanza versa sobre estas materias: lectura, escritura, gramática, aritmética, geometría, geografía, Historia de España, física é historia natural.

El trabajo en las prisiones puede ser por Administración, por contrata ó trabajo libre. El producto del trabajo del penado se destina: un 25 por 100 de pago de indemnizaciones por responsabilidad civil declarada en la sentencia; otro 25 por 100 á constituir el fondo de ahorros del mismo, y el 50 por 100 pertenece al fondo de libre disposición del recluso.

La asistencia médica de las prisiones se halla á cargo de un médico que está encargado de la visita facultativa de los reclusos y de la inspección higiénica de la prisión. En las prisiones deben existir enfermerías. La asistencia religiosa se halla en manos de los capellanes á quienes compete el régimen moral y religioso.

El Cuerpo de prisiones se compone de una sección técnica que comprende jefes superiores, directores y subdirectores de diversas clases; una sección auxiliar que comprende jefes de prisión preventiva y vigilantes, y una sección técnica formada por médicos, capellanes y maestros.

En las prisiones existen además una Junta de disciplina formada por funcionarios del establecimiento encargada principalmente del perfecto funcionamiento del régimen penal y del orden interior. Además, existe una Junta de Patronato, cuya misión consiste especialmente en la protección de reclusos y libertos. También se ha autorizado la existencia de Sociedades particulares de Patronato.



medios penales que pueden sustituir á las penas de prisión.  
La represión. La condena condicional.

● Hace algún tiempo que en el campo de la ciencia penitenciaria ha manifestado una reacción formidable contra las penas de prisión, especialmente contra el abuso que se hace en casi todos los países de las penas de cárcel de corta duración. Este movimiento remonta á la mitad del siglo XIX, época en la que un ilustre penalista francés, Meneville de Marsangy, después de protestar contra el empleo excesivo de estas penas decía: «La pena privativa de libertad nunca debe imponerse cuando la pena pecuniaria sea suficiente». Mas tarde, pone á discusión el problema de su sustitución por otras medidas penales. El Congreso penitenciario internacional de Londres de 1872, de Stokolmo de 1878, el de Roma de 1885, examinaron más ó menos profundamente esta cuestión sin llegar á resultados prácticos. Después la Unión Internacional de Derecho penal, lo incluye en el programa de sus asambleas y así lo vemos figurando en algunos de sus congresos (Congreso internacional de Bruselas de 1889, Congreso internacional de Berna de 1890, Congreso nacional alemán de Halle a. S. de 1891, Congreso internacional de Cristiania de 1891). Varias asociaciones para el estudio de las cuestiones penitenciarias, se dedican á su estudio y lo discuten en sus reuniones (*Société general des prisons de Paris* en 1893; *Verein der deutschen Strafanstaltsbeamten*) y sociedad de empleados del cuerpo de prisiones de Alemania en 1894; Congreso de jurisconsultos alemanes de Bremen de 1895), y por último eminentes criminalistas consagran á este asunto trabajos de excepcional interés (1).

Las protestas elevadas actualmente contra el abuso de las penas de cárcel de corta duración, la resume Prins con extraordinaria precisión en pocas líneas. «El sistema seguido, dice, con su uniformidad administrativa, produce en realidad los efectos más diversos é ilógicos. La celda es una tortura moral para el cabeza de familia que, castigado por un delito sin importancia, piensa en la soledad en las angustias de los suyos; es indiferente al célibe adoptado á la disciplina de la prisión; y es un privilegio para el vagabundo que compara el bienestar de la vida penitenciaria á las luchas de su miserable existencia; agria y excita á unos, abate á otros; calma ó desespera según la naturaleza, el temperamento, la situación social del condenado; es nacional someter á todos los delincuentes á la misma disciplina de hierro y se pregunta si no sería posible encontrar substitutivos á las innumerables condenas á penas de cárcel de corta duración que los tribunales represivos pronuncian actualmente en todas partes».

«Las penas de corta duración son onerosas, porque en todos los países el sostenimiento de los detenidos en las prisiones, cuestan dinero al Tesoro público.

«Son inútiles, porque una permanencia insignificante en una pri-

(1) Vid. Cuche. *Traité de science et de législation penitentiaires*, p. 197 y sigs. Son de gran interés los trabajos de Rosenfeld. *Welche Strafmittel können an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden. Abhandlungen des Krim. Seminars II*, Berlin 1900; Heilborn *Die kurze Freiheitsstrafe*, Leipzig, 1908.



sión, cualquiera que sea la perfección del régimen penitenciario, será nunca un medio de enmienda ó de regeneración.

»No producen efectos intimidativos sobre los criminales endiosados que, en general, cuando la detención es corta, se encuentran en prisión mejor que en su casa.

»Son perjudiciales á los individuos dotados aún de sentimientos de dignidad, porque los degradan, los desalientan, los rebajan ante los ojos de su familia y de sus compañeros; debilitan en ellos la noción de la dignidad personal, y en muchos casos, hacen perder al condenado su colocación ó sus clientes, y le inclinan á la embriaguez y á la vagancia.

»El Estado soporta con este motivo, cargas pesadas é inútiles. Además, las prisiones están llenas de una población flotante entregada á un continuo va y viene que hace sumamente difícil la tarea del personal de vigilancia é impide suministrar un trabajo regular á los detenidos dispuestos á trabajar.

»Por otra parte, el Estado tiene interés en reducir la función de la prisión, porque el encarcelamiento aplicado á aquéllos, para los que esta pena no es indispensable, disminuye el fondo de honorabilidad y de dignidad que es el patrimonio moral de una nación. Bentham ha dicho, que «si fuera posible contener al delincuente con el pago de un chelín, la muerte sería una crueldad injustificable y la cárcel una monstruosidad». Los grandes criminalistas del siglo pasado, Sanction, d'Aguesseau, Servan, Beccaria, Filangieri, han sostenido la misma opinión» (1).

● Las medidas que especialmente se proponen para sustituir estas penas son: la reprensión judicial y la condena condicional.

La reprensión judicial consiste en la amonestación que nace en el tribunal, solemnemente, según las reglas del procedimiento penal, al condenado. Los precedentes de esta pena se encuentran en el derecho romano, que prescribía la *severa interlocutio*, en sustitución de la pena de azotes, para los autores del delito de incendio por imprudencia. En la actualidad tiene este medio penal escaso desarrollo en las legislaciones contemporáneas. El código penal alemán lo admite, pero sólo para los jóvenes (§ 57, núm. 4.º) (2), el de Appenzell Rodas Exteriores (§ 16, 37), el del Vaud (art. 13) y el código italiano (art. 27). Se recomienda esta pena para los países pequeños en la que la opinión pública tiene gran fuerza.

El derecho penal español ha admitido ampliamente esta pena dentro de su sistema penal. Ya el código de 1822 establecía la pena de apercibimiento judicial (art. 84), que consistía en expresar y declarar en la determinación del juez el acto culpable del reo, previniéndole que había faltado á su obligación y en adelante debía abstenerse de reincidir, bajo apercibimiento de que si reincidiere sería castigado con mayor severidad. Este cuerpo legal admitía también la reprensión judicial, consistente en expresar y declarar en la determinación del juez el acto reprehensible del reo, añadiéndose que faltó á su obligación y que se esperaba su enmienda. El código de 1850 reguló esta pena de modo idéntico al código penal vigente. Este distingue dos clases de reprensión: la pública y la privada. El sentenciado á reprensión pública la

(1) Prins, *Science penale et droit positif*. p. 466 y sigs.

(2) Prins. *Science penale et droit positif*. p. 470. y sigs.



señaló personalmente en audiencia del tribunal á puerta abierta. El denunciado á reprensión privada la recibirá personalmente en la audiencia del tribunal ó juzgado, á presencia del escribano y á puerta cerrada (art. 117).

La caución es también un sustitutivo de la pena. No se le ha dado hasta ahora gran importancia como medio penal, pero parece que comienza á mostrarse una reacción en este sentido. Sus orígenes deben buscarse en la *cautio de bene vivendo* del derecho romano. En el derecho actual tiene poco desenvolvimiento; sin embargo en el proyecto de código penal federal suizo se le concede gran importancia y se le coloca entre las denominadas «medidas de precaución» (*Vorsogliche Massnahmen*) (art. 46, *Friedensbürgschaft*). En nuestro derecho no es una institución desconocida, pues el código de 1822 la establecía; lo mismo hizo el código de 1850, que con escasa diferencia la reguló de la misma manera que el código vigente. Este dispone que la pena de prisión producirá la obligación del penado de presentar un fiador abogado que haya de responder de que aquél no ejecutará el mal que se quiere de precaver, y haya de obligarse á satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado el tribunal en la sentencia. El tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza. Si no cumple el penado, incurrirá en la pena de destierro (art. 44).

De todos los medios propuestos como sustitutivos de las penas de prisión, ninguno ha alcanzado un éxito comparable al obtenido por la condena condicional.

Sus orígenes parecen remontar á tiempos muy antiguos. Según Bernaldo de Quirós (1), su precedente más remoto sería la *Frank pledge* del derecho sajón, la obligación mutua de mantener el orden y la seguridad, cuya opinión de Loeffler ya la conocieron los jurisconsultos del siglo XVI y la Iglesia la practicaba, según se desprende de los *Comentarios* de Bartolo y de algún texto de Aretino (2). El origen inmediato de esta institución debe buscarse en el estado de Massachusetts (Estados Unidos) en 1869, época en la que sólo se aplicaba á los delincuentes menores; algunos años más tarde, en 1879, aparece en Boston, pero aplicada ya á los delincuentes adultos. Desde entonces esta institución se ha difundido por todas partes, y hoy día son muy escasos los países que no la han acogido dentro de su legislación penal.

La nota característica de la condena condicional, consiste en la suspensión de la ejecución de la pena ya pronunciada. El delito, dice Bernaldo de Quirós, es probado y atribuido á quien le cometió; reconócese su culpabilidad y se sentencia. Todo marcha hasta este momento con el funcionamiento ordinario de las leyes penales y procesales. Pero cuando se ha determinado la pena de improviso, queda detenida su ejecución. Entonces el delincuente es puesto en libertad, advertido de que á la primera reincidencia en que incurra en un plazo determinado, la pena caerá sobre él con la agravación consiguiente á la recaída.

La condena condicional ha recibido diferentes organizaciones, se-

(1) *Bulletin U. I. D. P.* Febrero 1898, cit. por Quirós. *Las nuevas teorías de la criminalidad*, Madrid 1898, p. 261.

(2) El proyecto de Cód. penal alemán acoge también este medio penal aplicándole á toda clase de delincuentes (§ 37). El proyecto del Código penal federal alemán lo admite sólo para los jóvenes. (Ar. 11. n. 5).



gún los países, pero en general pueden referirse, dice Bernaldo de Quirós, á tres tipos: el *norteamericano*, el *ingl's* y el *européo continental*.

He aquí como el penalista citado describe el funcionamiento de cada uno de estos sistemas: *Tipo americano, probation system en Massachusetts*. El sistema de la prueba descansa en la institución de un magistrado, el *Probation Officer* ó Inspector de prueba.

Este funcionario á quien se podría llamar el *Censor del crimen*, y que pertenece á la categoría superior de la policía, tiene el deber de informarse con todo cuidado y exactitud de los antecedentes, vida y conducta de los delincuentes que por primera vez comparecen ante los Tribunales. Asiste luego á los juicios, y cuando de sus indagaciones ha sacado el convencimiento de que alguno puede corregirse sin pena, ó que esta en él produciría más daños que beneficios, da á conocer á los jueces el resultado de su indagatoria, pidiéndoles que el sentenciado quede en libertad en situación de prueba (*on probation*). Si el Tribunal acepta esta proposición, para la cual es libre, la pena pronunciada se suspende y el culpable permanece en situación de prueba por dos años, al cabo de los cuales si se enmienda queda en libertad, sufriendo en otro caso la condena aplazada.

El *Probation Officer*, una vez que el Tribunal acuerda la suspensión, contrae el compromiso formal de que el delincuente cumplirá la condición fundamental que el aplazamiento supone, es decir, que no reincidirá. Desde entonces toma una intervención constante, pero discreta, en la vida del culpable. Este, por ejemplo, debe mantener con aquél cuantas comunicaciones orales ó escritas se le exijan, cumplir las órdenes que reciba, etc. El *Probation Officer*, por su parte, puede hasta detener al sujeto puesto á prueba, y todos los funcionarios de la policía tienen órdenes formales de auxiliarle.

Terminado el período de prueba, si dió buenos resultados, el *Probation Officer* comparece de nuevo ante el Tribunal que sentenció, pidiendo que el que pasó por ella sea descargado (*discharged*) de la pena que aun pesa sobre él. El Tribunal cancela entonces la sentencia. Sin embargo, en ciertos casos puede pedir y obtener que se prolongue el período *on probation*. Por último, si el sujeto en cuestión guarda mala conducta, no cumple las órdenes y deberes que se le imponen, etc., el Inspector de prueba obtiene la aplicación inmediata de la pena.

*Tipo inglés*. «Nada más sencillo que la ley inglesa de 8 de Agosto de 1887, cuyo título oficial es *An Act to permit the conditional Release of first offenders in certain cases*. Se reduce al perdón de los delitos más leves cometidos por personas sin pasado judicial. El magistrado, dice Tallack, parece decir las familiarmente: «por esta vez te perdono pero cuidado si vuelvo á verte la cara». El juez, por consiguiente, reconoce la culpabilidad del reo, pero no sentencia. Sólo en un plazo que la ley no fija, pero que la práctica ha hecho de dos años, recae ó no respecta las condiciones á que se subordina este beneficio, la pena está presta; sin más instrucción de causa ni pruebas, el juez condena».

*Tipo europeo*. «La ley belga de 31 de Mayo de 1888, autoriza á las audiencias y tribunales para conceder discrecionalmente la condena condicional en las circunstancias siguientes: a) que la pena, bien sea principal, bien accesoria ó compuesta de ambas, no exceda de seis meses de prisión (nuestro arresto mayor); b) que el condenado no haya sufrido otra cualquiera por crimen (delito grave) ó delito (delito menos grave). El plazo de la suspensión es de cinco años, y la condena se tiene por no dictada si durante el plazo el culpable no comete nuevo



crimen ó delito; pero en caso contrario, la pena ó penas aplazadas se acumulan con las impuestas en la nueva condena.

«Las leyes francesa, suiza, portuguesa y del Ducado de Luxemburgo, han reproducido esta organización fundamentalmente, salvo detalles que se verán más adelante. Sólo el sistema de ley noruega merece mención especial.

«En Noruega no es sólo la pena, bien de prisión ó pecuniaria lo que constitutivamente suspenden de un modo condicional los tribunales, sino también la indemnización al ofendido por el delito, es decir, una parte de nuestra responsabilidad civil, que tiende á convertirse en penal en el Derecho moderno. Se concede, además, no sólo en los casos que así lo determina el fallo de los tribunales, sino también cuando el Ministerio público y las Autoridades administrativas y de policía, imponen un *forelaeg*, mandamiento penal de que pueden hacer uso con consentimiento expreso del delincuente y por el que sólo pueden imponerse multas. Son requisitos necesarios: a) que la pena correspondiente al delito, sea pecuniaria ó de prisión; b) que concurren especiales circunstancias en el culpable: de edad (menor de diez y ocho años); buena conducta (no haber sido sentenciado anteriormente por ciertos delitos); escasa importancia de la infracción; condiciones en que se ha cometido (dolor justo, provocación, embriaguez accidental); confesión completa y sincera; satisfacción dada al ofendido; estar dispuesto á prestarla, etc. Pero ninguna de estas circunstancias es necesaria de tal modo, que en su defecto no pueda aplicarse la condena condicional. El plazo de suspensión es de tres años, durante los cuales la ejecución está subordinada á la reincidencia ó á la insolvencia en la indemnización; pero la reincidencia misma no siempre determina el cumplimiento de la sentencia, rasgo completamente nuevo del sistema. El Tribunal vuelve á decidir si se considera ó no resuelta la condena. En los casos de no reincidencia ó de satisfacción dentro del plazo la condena queda extinguida» (1).

La condena condicional ha sido acogida en las legislaciones de casi todos los países cultos. Además de las ya citadas leyes deben recordarse la ley francesa de 26 de Marzo de 1891, la ley del Gran Ducado de Luxemburgo de 10 de Mayo de 1892, la del cantón de Ginebra de 29 de Octubre de 1892, la portuguesa de 8 de Julio de 1893, la noruega de 2 de Mayo de 1894 y las disposiciones de su Código penal (§ 32 y sigts.), la del cantón de Vaud de 13 de Mayo de 1897, la del cantón de Valais de 13 de Mayo de 1899, el decreto-ley del cantón del Valais de 14 de Noviembre de 1900, la ley del cantón de Friburgo de 14 de Mayo de 1903, la ley del cantón de Neuchâtel de 28 de Marzo de 1904, la ley italiana de 26 de Enero de 1904, la ley del cantón de San Galo de 24 de Noviembre de 1905, la ley del cantón de Basilea de 25 de Septiembre de 1908, la del cantón de los Grisones de 25 de Abril de 1909, la del cantón de Suerna de 10 de Diciembre de 1909, la revisión del Código del cantón Obwalden (§ 34 bis). También han acogido la condena condicional el anteproyecto de Código penal alemán (§§ 8 á 41), el de Código penal federal suizo (art. 61) y el de Código austriaco (§§ 48 á 50) si bien éste limita su aplicación á los menores.

Aun cuando la condena condicional ha encontrado numerosos y entusiastas, defensores no ha dejado de tener adversarios que presentan contra ella numerosas objeciones. Los argumentos más capitales

(1) Bernaldo de Quirós, *Las nuevas teorías de la criminalidad*, p. 265 y sigts.



de sus partidarios, son: Las penas cortas de prisión, sobre todo para los delincuentes primarios, y especialmente para los jóvenes son, no solamente inútiles, pues ni mejoran ni intimidan, sino peligrosas, porque el preso sufre el influjo pernicioso de sus compañeros de pena. Este peligro se evita con la condena condicional, cuyo período de prueba tiene una eficacia educadora, pues durante él el condenado se habitúa á una vida conforme á la ley. Tal mejoramiento, dicen, puede alcanzarse más seguramente durante este tiempo de prueba que con una severa imposición del aislamiento celular. Además el condenado, durante el tiempo de la prueba no pierde su puesto, no se ve desposeído de su oficio, se impiden los desastrosos efectos que á la familia del encarcelado causan las penas de prisión, y disminuyendo la población de las cárceles proporciona al estado el ahorro de sumas de gran consideración (1).

Las principales objeciones presentadas contra la condena condicional pueden reducirse á las siguientes: Se ha dicho, en primer lugar, que contribuye á debilitar la represión. Cuche responde que la estadística demuestra que si algunos individuos han tenido presente, antes de delinquir la primera vez, la posibilidad de obtener la suspensión de la condena, su número es, sin embargo, bien inferior al número de los delincuentes primarios, condenados condicionalmente, que no han reincidido y que, probablemente, hubieran reincidido si, con la permanencia corruptora de la prisión, se les hubiese impuesto á su salida el estigma de los licenciados de presidio. La necesidad de intimidación y de prevención colectivas no se satisfacen plenamente con la suspensión de la condena, de esto no cabe duda; «pero, dice Cuche, lo que debe perseguirse, ante todo, es el resultado, es la disminución de la criminalidad; si queremos permanecer fieles á la orientación de la política criminal, hay que saber sacrificar las exigencias de la prevención colectiva á las de la prevención individual en aquellas circunstancias en las que ésta aparece como más eficaz en la lucha contra el crimen» (2).

También se reprocha á esta institución conferir á los jueces una arbitrariedad excesiva. Se ha respondido que los jueces han usado con gran prudencia el poder arbitrario que la ley les concede. La condena condicional, dice Cuche, es una de las numerosas medidas mediante las cuales penetrará en la legislación positiva la distinción entre delincuentes habituales y ocasionales hasta llegar á constituir el criterio de la oportunidad, de la naturaleza y de la severidad de la represión. Ahora, añade, mientras la antropología y la sociología criminal no suministren fórmulas lo bastante seguras para que el legislador las acepte y suministre á su vez al juez en un texto legal, los elementos de esta clasificación y los medios prácticos de realizarla, hay que resignarse, si no se quiere quedar indefinidamente retrasado en el movimiento de las ideas, á que el juez obre por su cuenta (3).

Otro inconveniente, sin duda el más grave, de la condena condicional, es el olvido en que se deja á la víctimas del delito. Desde este punto de vista, escribe Ferri, la condena constitucional constituye

(1) Von Liszt, *Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung en Vergleichender Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* Allgemeiner Teil 3. p. 45 y siguientes.

(2) Ob. cit. p. 202 y sigts.

(3) Ob. cit. p. 203 y 204.



la agravación del estado actual, pues los perjudicados ni siquiera podrán la satisfacción en los casos de hurto, lesiones, etc., de ver decretada la condena pronunciada contra sus ofensores. No vale decir, automáticamente, con Fayer, que la pena, aun condicional, es siempre una pena que implica desaprobación por parte de la autoridad pública, que produce reincidencia, y que de todos modos permanece en suspensión sobre el condenado hasta la expiración del plazo. Todo cosas muy hermosas, añade el criminalista italiano, pero todo cosas en el aire, meramente teóricas; lo esencial para los perjudicados es que el ofensor permanezca impune. Está bien, continúa, que para los delincuentes de ocasión, por miras de prevención especial, se tengan ciertas consideraciones; pero los hombres honrados víctimas del delito merecen más aún. Fundado en estas reflexiones pide, no como había propuesto Garofalo (1), que la concesión de la suspensión de la condena subrogue al consentimiento de la parte ofendida, sino que no se conceda mientras el delincuente no haya indemnizado ó dado seria garantía de indemnizar los daños causados por el delito (2).

Los defensores de la condena condicional reconocen que esta crítica encierra una parte de verdad, pero contestan que en las naciones civilizadas no puede inspirarse la penalidad en la satisfacción del sentimiento de venganza experimentado por la víctima del delito. «La pena es una venganza, es un remedio social de un mal social.» Sin embargo, admiten que en ciertos casos, en los que la suspensión de la condena podría parecer en contradicción con el sentimiento de justicia, debe exigirse, de acuerdo con lo que Ferri propone, como condición previa para la imposición de condena condicional, la indemnización á las víctimas del delito (3).

● La condena condicional es una de las instituciones más recientes de nuestro derecho penal.

En Enero de 1900, el Conde de Torrealaz ultimó un proyecto que establecía un plazo de suspensión de la condena de diez años de duración; aplicábase á las penas desde arresto mayor á prisión correccional en su grado mínimo, y excluía este beneficio en caso de concurrencia de alguna circunstancia agravante. En el proyecto de Código penal redactado en 1902 por el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Monilla, se instituyó la condena condicional para los delincuentes sin antecedentes penales y de buena conducta, cuando el delito ó la falta que hubieren cometido no procediese de móviles bajos ó vergonzosos. Se suspendían durante un plazo de cinco años las penas de privación de libertad que no excedían de seis meses.

En 1906, el entonces Ministro de Gracia y Justicia, conde de Romanones, en el discurso de apertura de los Tribunales, ocupándose de los grandes gastos originados por la prisión preventiva y por la de duración inferior á nueve meses, mencionaba el proyecto del conde de Torrealaz como medio adecuado para corregir estos males, y algún tiempo después en el seno del Consejo penitenciario, una ponencia formada por los Sres. Montero Ríos, Valdés y Rubio y Capdepón, comenzó á estudiar esta institución. Finalmente, por la ley de 17 de

(1) Bulletin de C. U. I. D. P. 1889, vol. I, p. 149.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, p. 916.

(3) Cuche, ob. cit., p. 205 y sigs.



Marzo de 1908 se implantó en nuestra legislación penal. He aquí las disposiciones más importantes:

Se confiere á los Tribunales ordinarios la atribución de otorgar motivadamente por sí, ó aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional que deja en suspenso la aplicación de la pena impuesta. El plazo de esta suspensión será de tres á seis años, que fijarán los tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la extensión de la pena impuesta (art. 1.º).

Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena:

Primera. Que el reo haya delinquido por primera vez.

Segunda. Que no haya sido declarado en rebeldía.

Tercera. Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año, ya esté impuesta como principal del delito ó como subsidiaria por insolvencia en caso de multa.

En los casos comprendidos en los tres números anteriores, los tribunales podrán aplicar ó no la condena condicional, según lo estime procedente, atendiendo para ello á la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución (art. 2.º).

Quedan exceptuados de la suspensión de condena los autores, cómplices y encubridores de los siguientes delitos:

Primero. Los que sólo pueden ser perseguidos previa querrela, denuncia ó consentimiento de la parte agraviada, de no solicitarlo expresamente la parte ofendida antes de comenzar á cumplirse la condena.

Segundo. Los de robo, cualquiera que sea la cantidad, y los de hurto y estafa en valor superior á 100 pesetas, ó concurriendo en el hurto, sea cualquiera su cuantía, la circunstancia modificativa del número 2.º del art. 533 (domesticidad ó grave abuso de confianza) del Código penal.

Tercero. Los de incendio y estrago no cometido por imprudencia.

Cuarto. Los cometidos por las autoridades ó funcionarios públicos en el ejercicio ó con ocasión de sus cargos.

Quinto. Los delitos de falsificación de títulos y moneda.

Sexto. Los de falsedad de documentos públicos y privados (artículo 3.º).

La condena condicional no será extensiva á las penas de suspensión de derecho de sufragio, cargo de jurado ú otro de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará á las responsabilidades subsidiarias enumeradas en el art. 49 del Código penal. No obstante, si el reo fuese insolvente, se suspenderá también el cumplimiento de la prisión subsidiaria establecida en el art. 50 del mismo Código respecto á las responsabilidades á que se refiere el citado artículo 49. Para el caso en que el reo viniere á mejor fortuna, se estará á lo dispuesto en el art. 52 (art. 4.º).

El Tribunal aplicará por ministerio de la ley la condena condicional en los casos siguientes:

Primero. Cuando en la sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de responsabilidad con arreglo al Código penal.

Segundo. Cuando el reo fuese mayor de nueve años y menor de quince, habiendo obrado con discernimiento. En este caso el tribunal acordará además los pronunciamientos previstos en el párrafo último del núm. 3.º del art. 8.º del mismo Código.



Tercero. En los casos comprendidos en el núm. 1.º del art. 3.º, si mediare solicitud expresa de la parte ofendida. Contra la resolución que se dicte en todos los casos á que se refiere este artículo se dará el recurso de casación (art. 5.º).

La suspensión de la condena se acordará tan pronto como sea firme la sentencia y previo informe del fiscal. Contra la resolución que se dicte no se dará recurso alguno, salvo el que fundado en error de hecho, podrá interponer en cualquier tiempo el Ministerio fiscal ante el Tribunal que otorgó la condena condicional (art. 6.º).

La suspensión será notificada al reo en audiencia pública del Tribunal sentenciador, cuyo presidente hará al procesado las advertencias y prevenciones oportunas, al tenor de lo dispuesto en esta ley. Cuando el procesado fuere menor de quince años, deberá comparecer acompañado de la persona que le tenga bajo su potestad ó guarda, y no hubiere para ello obstáculos atendibles á juicio del tribunal, y al haberlos, se extenderá á aquélla la notificación por los medios ordinarios de la ley. El secretario levantará el acta correspondiente (artículo 7.º).

Si á la segunda citación en forma no compareciese el sentenciado para la diligencia expresada en el artículo anterior, y no excusase debidamente las faltas de comparecencia, se dejará sin efecto la suspensión de la condena, y se procederá desde luego, á ejecutarla. Contra esta resolución sólo podrá acudir el interesado ante el propio Tribunal que resolverá sin ulterior recurso (art. 8.º).

El reo, en situación de condena condicional, no podrá trasladar su residencia sin ponerlo en conocimiento del Juez de instrucción ó del municipal, donde aquél no existiere. El Juez facilitará al reo documento acreditativo de haber cumplido con este requisito (art. 9.º).

El reo que cambiare de residencia quedará obligado á presentarse ante el Juez de instrucción, ó el municipio en su caso, del lugar á que se hubiere trasladado, dentro de los tres días siguientes al de su llegada. Siempre que cambiase de residencia sin observar lo dispuesto en este artículo y en el anterior, quedará sin efecto sin la suspensión de la condena y se procederá á dar á ésta cumplimiento. Contra la resolución en que así se acuerde podrá acudir el interesado al propio Tribunal sentenciador, que resolverá sin ulterior recurso (art. 10).

Si antes de transcurrir el plazo de duración de la condena condicional, el sometido á ella fuese de nuevo sentenciado por otro delito, se procederá á ejecutar el fallo en suspenso. Si cumpliere el plazo de la suspensión sin ser condenado, pero después lo fuere por hecho punible cometido dentro de aquel plazo, se le obligará á que cumpla la pena que fué suspendida, salvo el caso de prescripción (art. 14). No mediando causa en contrario al terminar el período de la suspensión, el Tribunal sentenciador notificará al reo la remisión de la condena. De ello se hará la oportuna anotación en el Registro Central de penados, en el del Tribunal y en el de los Juzgados respectivos (artículo 15).

La ley de 31 de Julio de 1910 hizo extensiva á los Tribunales de Guerra y Marina la aplicación de la condena condicional. Dispone esta ley que á los reos penados por los Tribunales de Guerra y Marina, con arreglo á las leyes comunes, se aplicarán las disposiciones de la ley de 17 de Marzo de 1908 (art. 1.º). En las causas falladas por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, corresponderá á este Tribunal acordar la suspensión de la condena. En los demás procedimientos, la decretará la autoridad judicial que haya aprobado la sentencia del



Consejo de Guerra de acuerdo con el respectivo auditor. Dejará sin efecto la suspensión de la condena cuando haya lugar á ello, el Tribunal ó la autoridad que la haya decretado (art. 2.º).

● He aquí resumidos los puntos de vista más importantes relativos á la materia expuesta.

Hace ya tiempo se ha manifestado un movimiento de reacción contra las penas de cárcel de corta duración. Entre los muchos inconvenientes que presentan los de más entidad, según sus adversarios, son su inutilidad, pues la permanencia durante un espacio de tiempo de algunos meses ó semanas en una prisión, por perfecto que sea el régimen penitenciario, no constituirá nunca un medio de regeneración moral. Además, las penas de cárcel son sumamente onerosas para la nación por el coste enorme de los detenidos en las prisiones. Tampoco causan efectos intimidativos sobre los criminales endurecidos y habituados á la vida carcelaria; y, por último, la pena de prisión degrada moralmente á los que no han perdido aún el sentimiento de la dignidad personal, les envilece ante los ojos de su familia y de la sociedad, les hace perder el empleo ó la colocación con que atienden á su sustento y al de los suyos.

En vista de estos inconvenientes se ha pensado en sustituir estas penas por otras medidas, y especialmente por la reprensión judicial y por la denominada condena condicional.

La reprensión judicial consiste en la amonestación que hace el Tribunal solemnemente, según las reglas del procedimiento penal, al condenado. Esta institución, que ya aparece en el Derecho romano, ha sido acogida por algunas legislaciones modernas.

El Derecho penal español conoce también esta institución que ya figuraba en el Código de 1822, y el vigente la ha acogido en su escala de penas dividiéndola en reprensión pública que tiene lugar en audiencia del Tribunal á puerta abierta y en reprensión privada que se verifica á presencia del Escribano y á puerta cerrada (art. 117 del Código penal).

Análoga en su espíritu es la caución cuyos orígenes remontan á tiempos muy antiguos. Tiene este medio penal escaso desarrollo actual; sin embargo, nuestro Código penal lo ha aceptado (art. 44).

Sin embargo, de todas las medidas propuestas para sustituir á las penas de prisión, ninguna ha alcanzado la importancia que hoy todos conceden á la condena condicional. Parece que ya era conocida en la Edad Media y que la Iglesia la practicó, pero su origen inmediato es muy reciente, pues aparece en el Estado Massachusetts (Estados Unidos) en 1869 aplicada á los delincuentes menores y algunos años más tarde, en Boston, se utiliza también para los adultos.

Esta institución consiste principalmente en la suspensión de la pena pronunciada. El delito se prueba, se prueba también la culpabilidad del acusado y se pronuncia la pena correspondiente; pero en lugar de proceder á su ejecución, ésta se suspende por un espacio de tiempo más ó menos largo. Si durante este plazo el delincuente no comete ningún otro delito, la pena suspendida se remite definitivamente; pero en caso de recaída, aquella pena se ejecuta con la agravación consiguiente.

La condena condicional ha recibido diferentes organizaciones según los distintos países, pero en general pueden referirse á tres tipos: el norteamericano, el inglés y el europeo continental.

El tipo *norteamericano* se caracteriza por la institución de un Ma-



graduado especial, el *Probation officer*, ó Inspector de prueba. Debe conocer todos los antecedentes relativos á los delincuentes que comparecen por primera vez ante los Tribunales, y cuando cree que su corrección es posible sin imposición de pena, pide que el sentenciado quede en libertad en situación de prueba. Si el Tribunal acepta esta proposición, la pena pronunciada se suspende y el culpable queda en libertad y durante un plazo de dos años permanece en relación constante con el Inspector de prueba que debe conocer minuciosamente su conducta. Transcurrido este plazo, si el delincuente aparece corregido al Tribunal, á petición del *Probation officer*, le descarga de la pena que aún pesa sobre él, pero en caso de mala conducta la pena propuesta y suspendida se ejecuta inmediatamente.

El tipo *inglés* (ley de 8 de Agosto de 1877), se caracteriza por la falta de sentencia. El Juez reconoce la culpabilidad del acusado, pero no sentencia. Mas si en un plazo fijado por la costumbre en dos años, el delincuente reincide, la pena está pronta, y sin instrucción de causa, ni pruebas, el Juez condena. El tipo  *europeo continental*, que es el más difundido en Europa, tiene como norma la ley belga de 31 de Mayo de 1888. Según esta ley, las condiciones exigidas para la suspensión de la condena son: *a*) que la pena, bien sea principal ó accesoria ó compuesta de ambas, no exceda de seis meses de prisión; *b*) que el condenado no haya sufrido otra cualquiera por crimen ó delito. El plazo de la suspensión dura cinco años y la condena se tiene por no dictada si durante dicho plazo no delinque nuevamente el culpable, pero en caso contrario la pena ó penas suspendidas se acumulan con las impuestas en la nueva condena.

Las leyes francesa, suiza, portuguesa y la mayor parte de las de los demás Estados europeos, reproducen esta organización. A este tipo debe referirse también nuestra ley de 17 de Marzo de 1908, cuyas principales disposiciones hemos reproducido en las líneas anteriores.

### Penas restrictivas de la libertad.

Estas penas restringen la libertad de elegir domicilio, imponiendo al condenado la obligación de residir ó no en un lugar determinado.

Los orígenes de esta clase de penas se encuentran ya en el derecho romano; el destierro, la *interdictio tecto, aqua, igni*, la *relegatio* y la *deportatio*, ya estudiadas en las páginas consagradas á la transportation, son todas ellas penas que limitan la libertad de domicilio. Sin embargo, tales medios penales, cuando no se emplearon como medidas de índole administrativa, tuvieron el carácter de penas principales y permanentes; mas hoy, por el contrario, en el derecho moderno generalmente se presentan como penas accesorias.

La sujeción á la vigilancia de la policía es una de las penas más importantes del grupo aquí estudiado. Admitida por el código Josefino de 1757, para los condenados por el delito de robo, y admitida poco después por otros códigos alemanes, encuentra su consagración en las legislaciones latinas con el derecho penal de la Revolución francesa, especialmente con el código de 1810. Actualmente la admiten algunos códigos como pena accesoria, y produce como efectos, además de la



intervención de la policía en la vida del condenado, la prohibición de residir en determinadas localidades, ó de permanecer en ciertos lugares (tabernas, restaurants, etc.), y hasta, tratándose de extranjeros, la expulsión del territorio nacional.

El código penal alemán y el italiano acogen este medio penal, pero hoy tiende á desaparecer. Su institución responde á la necesidad de proteger á la sociedad contra los delincuentes más temibles, especialmente en la primera época después de su liberación de los establecimientos penales, mediante una vigilancia especial, pero la práctica ha demostrado que tal medida no llenaba los fines de defensa social propuestos, sino que, por el contrario, dificultaba la rehabilitación del delincuente, le imposibilitaba para encontrar una ocupación lícita, pues la intervención policiaca en muchos actos de la vida del liberado ponía de manifiesto ante todo el mundo su condición de delincuente. El derecho penal moderno, que procura por todos los medios obtener la rehabilitación de los condenados, rechaza, naturalmente, esta institución. La libertad provisional combinada con una discreta y prudente intervención de las sociedades de patronato en la vida del liberado, es la única medida que puede llenar cumplidamente los fines de protección social que se invocan, pero nunca se alcanzarán con la vigilancia de la policía.

Pero la actual hostilidad contra ésta no es meramente un punto de vista teórico y científico, muéstrase también en la práctica y en el terreno legislativo. En Alemania se aplica cada vez más débilmente, mientras en 1882 fueron condenadas á la sumisión á la vigilancia de la policía 8.238 persona, en 1907 este número había descendido á 2.162 (1), y en el anteproyecto de código penal imperial tampoco figura esta pena. Francia la ha abolido mediante la ley de 27 de Mayo de 1886. Austria, por el contrario, la instituye en su anteproyecto de código penal.

Según el código penal italiano, la vigilancia de la policía más bien que una pena es una medida de policía; es una institución de policía, de prevención mediata, determinada por la oportunidad de no conceder una libertad completa á los delincuentes más peligrosos en el momento de terminar el cumplimiento de su pena; no se impone, pues, con el fin de reprimir el delito cometido por un individuo, sino exclusivamente para impedirle, en cuanto sea posible, la perpetración de nuevos delitos (2).

La vigilancia de la policía se restituye hoy por otras medidas más en armonía con el espíritu del moderno Derecho penal, especialmente por la restricción de la libertad de domicilio (*interdiction de séjour* *Aufenthaltsbeschränkung*). El Código penal francés la ha instituido con el carácter de pena accesoria por la citada ley de 27 de Mayo de 1885 que abolió la vigilancia de la policía, y su imposición impide al condenado residir en ciertas localidades designadas en la ley. El anteproyecto de Código penal alemán también la acoge.

La expulsión del territorio nacional es otra de las penas restrictivas de la libertad. El Código penal francés le admite ya como pena principal, ya como accesoria, y con este último carácter, y reservada á los extranjeros, la acogen los anteproyectos suizo y austriaco.

(1) Asctrott, *Strafen, Sichernde Massnahmen, Schadenersatz in Reform des Reichs strafgesetzbuchs*, vol. I, Berlin 1910 p. 167.

(2) Manzini, *Diritto penale* vol. 3<sup>o</sup> p. 122 y sigs.



En la legislación penal abundan las penas restrictivas de libertad. El Código penal de 1822 admitía la de destierro ó extrañamiento del territorio español, la de destierro perpetuo ó temporal de un pueblo ó distrito determinado y la de confinamiento en un pueblo ó distrito determinado, y, además, la sujeción á la vigilancia especial de la autoridad. Los Códigos de 1848 y de 1850 conservaron estas penas, si bien organizándolas de modo algún tanto diverso; en ellos, pues, encontramos, la relegación perpetua, la relegación temporal; el extrañamiento perpetuo y temporal; el confinamiento mayor y menor; el destierro y la sujeción á la vigilancia de la autoridad.

El Código penal vigente ha suprimido la sujeción á la vigilancia de la autoridad y ha conservado las demás, pero haciendo del confinamiento una sola pena. Pero lo que caracteriza nuestra legislación es que estas penas son principales, no imponiéndose ninguna como accesoria. Así, pues, en nuestro Derecho penal en vigor las penas de privación de libertad son: relegación perpetua y temporal, extrañamiento perpetuo y temporal, confinamiento, destierro. Las primeras son penas aflictivas, la última es correccional (art. 26).

Las penas de relegación perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno. Los reclusos podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la autoridad, á su profesión ú oficio dentro del radio á que se extiendan los límites de establecimiento penal (art. 111). El sentenciado á extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre si fuese perpetuo, y por el tiempo de la condena si fuese temporal (art. 112). Así, pues, una pena se ejecuta conduciendo el reo á la frontera, en la cual empieza verdaderamente su cumplimiento.

Los sentenciados á confinamiento á un pueblo ó distrito situado en las islas Baleares ó Canarias, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la autoridad. Los Tribunales para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la pena tendrán en cuenta el oficio, profesión ó modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia. Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, podrán ser destinados con su anuencia por el Gobierno al servicio militar. El sentenciado á destierro quedará privado de entrar en el punto ó puntos que se designen en la sentencia, fuera del radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros á lo menos y 250 á lo más del punto designado (artículo 116).

El Real decreto de 1.º de Septiembre de 1879 disponía en el art. 4.º que los condenados á relegación perpetua fuesen conducidos á los presidios de Ceuta, Alhucemas, Chafarinas, Melilla y Peñón de la Gomea, y los condenados á relegación temporal, á los de Palma de Mallorca, Cartagena, Santoña, Tarragona y Zaragoza. Estas disposiciones, como justamente observa el Sr. Silvela, no estaban en armonía con lo dispuesto en el Código; pues por una parte, ninguno de estos presidios reúne la circunstancia de estar colocado en Ultramar, y por otro se sujetaba al delincuente á la gravísima pena de hallarse en el mismo sitio donde se encuentran los mayores criminales, pudiendo apenas moverse dentro de un círculo estrechísimo é imposibilitado de dedicarse libremente, aunque bajo la vigilancia de la autoridad, como dispuso el legislador, á su profesión ú oficio; sobre todo si era trasladado á los presidios de Africa, que eran verdaderos puntos militares sujetos á un régimen especial.



● Resumen de los aspectos más importantes relativos á las penas de restricción de libertad.

Estas penas limitan la libertad de elegir domicilio, é imponen al condenado la obligación de residir ó no en una localidad determinada.

En el derecho moderno tienen generalmente el carácter de penas accesorias de otras de cierta gravedad. Las más importantes son la sujeción á la vigilancia de la policía, la prohibición de residir en determinadas localidades y la expulsión del territorio nacional.

La sujeción á la vigilancia de la policía impone al condenado, en los países que aun la conservan, la obligación de dar cuenta de sus actos á las Autoridades policiacas, de residir en ciertas localidades, y hasta la de abandonar el territorio nacional. Esta pena cuenta con numerosos adversarios, pues se considera que pone grandes obstáculos á la rehabilitación del delincuente; por esta causa va desapareciendo del sistema penal de los modernos Códigos. Alemania la conserva aún, y también la mantiene el proyecto de Código penal austriaco. Francia la ha abolido, y Alemania también la ha suprimido en el anteproyecto de Código penal imperial.

La prohibición de residir en ciertas localidades, ha sustituido en algunos países á la pena anterior. Francia la utiliza en sustitución de aquélla, é igualmente la ha instituído Alemania en el anteproyecto citado. La expulsión del territorio nacional como medida aplicable á los extranjeros, la admite el Código penal francés, ya como pena principal, ya como accesoria; con este último carácter se encuentra también en los proyectos suizo y austriaco.

En la legislación penal española abundan las penas de restricción de libertad; pero en nuestro Código son éstas penas principales. El Código vigente contiene como penas de este género: la relegación perpetua y temporal, el extrañamiento perpetuo y temporal, el confinamiento y el destierro. En cuanto á su ejecución, véanse las anteriores líneas.

### Penas infamantes.

● Las penas infamantes son las que recaen sobre el honor del condenado privando á éste jurídicamente de su dignidad. En el derecho antiguo eran muy numerosas: la exposición en la picota, en el cepo, la máscara de vergüenza, y otras muchas se emplearon frecuentemente por los antiguos Jueces y Tribunales para exponer á ciertos delincuentes á las burlas y al desprecio de sus conciudadanos. Además de estas penas infamantes en su esencia, existían otras cuya ejecución llevaba consigo la infamia, así en muchos países, mientras la muerte en la horca producía este efecto, la muerte por decapitación no era ignominiosa.

Los antiguos criminalistas distinguían la infamia de hecho (que viene de la opinión), de la infamia de derecho (que deriva de la ley), según que la deshonor sea infligida *ex iudicio hominum*, ó *ex legis sanctione*. La primera era llamada por Ulpiano *naturalis*, la segunda *civilis*. La primera, observa Woltaer, comienza desde el día del delito; la segunda, desde el día de la sentencia (1).

(1) Carrara, *Programma*, § 684.



El derecho moderno rechaza por completo estas penas, y desde el siglo XIX comienzan á desaparecer de las legislaciones. Se objeta con ellas que destruyen la dignidad humana cuando hoy se estima que la pena debe contribuir principalmente á reforzar la moralidad y el respeto de honra del condenado. Además, se dice, que son desigualmente sentidas, pues mientras causan una aflicción grande al hombre que posee aún restos de moralidad, dejan indiferente al desprovisto de sentimiento de dignidad personal, al profundamente desmoralizado y corrompido.

La infamia y el deshonor, dice Prins (1), provienen del delito y de la pena con que se le castiga; pueden nacer de la opinión, pero no de un texto legal. La infamia proclamada por el legislador es una pena peligrosa é inmoral; no es prudente excitar de un modo oficial á los muchedumbres al desprecio de los condenados.

Lo que sí puede hacer la legislación si quiere tener en cuenta el carácter más ó menos bajo é inmoral de los delitos, es dividirlos en grandes grupos, en consideración á los motivos que los determinan: unos, los originados por móviles groseros, egoistas y deshonorables; otros, los producidos por móviles no degradantes, y castigarlos con penas de distinto carácter y régimen. Este sistema que se denomina de penas paralelas ha sido adoptado en algunos Códigos como el alemán y en el italiano.

Las penas infamantes han desaparecido de la mayor parte de los Códigos hoy en vigor especialmente de los más modernos; sin embargo, algunas legislaciones no las han abandonado aún por completo, como el Código penal francés que admite en su sistema penal la pena de degradación (*degradation civique*).

En nuestro antiguo derecho fueron muy abundantes las penas que producían la infamia y la pérdida del honor. Las partidas las admitieron en su sistema de penas («la sesta es cuando dañan la fama de alguno, juzgándolo por enfamado»), y en la Novísima Recopilación también abundan los castigos de este género. El Código de 1822 conservó la pena de declaración de infamia y de ser indigno del nombre de español ó de la confianza nacional, y los Códigos de 1848 y 1850 establecieron la de degradación y la pena de argolla. En el vigente ha desaparecido ésta, pero se ha mantenido la degradación. El sentenciado á degradación será despojado por un alguacil, en audiencia pública del Tribunal, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones. El despojo se hará á la voz del Presidente que lo ordenará con esta fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de sus insignias y condecoraciones, de cuyo uso la ley le declara indigno; la ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo» (Art. 120).

El que sufre pública y solemnemente esta ceremonia ignominiosa queda envilecido y degradado para siempre. Es de desear que esta pena contraria al espíritu del moderno derecho penal, y que aparece entre nosotros como una supervivencia de edades pasadas, desaparezca para siempre de nuestro Código.

El Código de Justicia militar admite entre las penas accesorias la degradación militar, que se verifica de la siguiente manera: Cuando á una pena de muerte deba preceder la degradación militar, el sentenciado irá vestido de uniforme completo, llevando su espada, si fuese oficial, como de los soldados de la escolta. Colocado el reo en el centro del cua-

(1) *Science pénale et droit positif*, p. 475



dro frente á la bandera ó estandarte, dispondrá el Juez instructor que el Oficial sentenciado ciña la espada, é inmediatamente después que un sargento le despoje de ella, haciendo ademán de romperla y arrojándola al suelo. Así mismo le irá despojando sucesivamente de todas sus insignias y condecoraciones. El Instructor pronunciará previamente para el acto del despojo esta fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de sus armas, insignias y condecoraciones de cuyo uso la ley le declara indigno: la ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo». Cuando la degradación no preceda á la muerte, se verificará al frente del Cuerpo á que perteneciere el reo y de la tropa que designe el Jefe superior; y hecha, será entregado el reo á la Autoridad civil para el cumplimiento de las penas principales (art. 640 del Código de Justicia Militar).

También el Código penal de la Marina de Guerra admite la degradación militar entre las penas accesorias, y el condenado á ella será despojado de su uniforme, insignias y condecoraciones á presencia de la dotación de su buque ó tropas de su Cuerpo, ó de las que designe la autoridad de Marina si no perteneciese á ninguno (art. 101 del Código penal de la Marina de Guerra).

Para los eclesiásticos condenados por delitos de gravedad está aún en vigor las disposiciones de los arts. 5.º y 6.º del Real decreto de 17 de Octubre de 1835. El art. 5.º dispone: Dada la sentencia que merezca ejecución, en la que se imponga al reo alguna de las penas referidas, pasará el Juez testimonio literal de ella con el oportuno oficio, sin incluir ninguna otra cosa, al Prelado diocesano, para que por éste se proceda, en su caso, á la degradación correspondiente del reo en el preciso término de seis días. El art. 6.º dice: Si dentro de este término no se verificase la degradación, se procederá sin más dilación á la ejecución de la sentencia, cualquiera que sea la pena impuesta al reo, y si fuera la capital, será conducido al patíbulo en hábito laical y la cabeza cubierta con un gorro negro.

● A modo de resumen de las líneas anteriores:

Las penas infamantes son las que recaen sobre el honor del condenado privándole jurídicamente de su dignidad. En el antiguo derecho era muy frecuente su imposición, pero el derecho moderno las condena severamente, pues lejos de producir efecto benéfico alguno aniquila ó aminoran la dignidad humana; añádase á estos tristes efectos su desigualdad, pues mientras unos individuos las sienten honda y dolorosamente, á otros más degradados no causa impresión alguna su ejecución.

La mayor parte de los códigos y leyes penales han abolido estas penas; algunos, sin embargo, como el Código penal francés, las mantienen aún, si bien en reducida proporción.

El Código penal vigente, en pugna con el espíritu del derecho moderno, conserva la pena de degradación, cuya ejecución (art. 120) deshonra y envilece para siempre al que la sufre. El Código de Justicia militar dispone la ejecución de la degradación militar con arreglo á un ceremonial solemne y complicado (art. 640) y el de la Marina de Guerra también ha establecido esta pena, ejecutándola, sin embargo, con mayor sencillez (art. 101).



### Penas privativas de derecho.

● Cuando un individuo se muestra indigno ó incapaz para ejercer determinados derechos, nada más justo ni más lícito que la ley limite ó prohíba su ejercicio. También aparece legítima la interdicción de una profesión ú oficio á los individuos que carezcan de condiciones para desempeñarlos de un modo conforme á derecho. Pero la declaración de estas incapacidades, no constituye hoy día una agravación de la pena, ni tienen por fin marcar al penado con una nota de infamia; son sencillamente medidas encaminadas á impedir males futuros y á garantizar el ejercicio y la dignidad de ciertas funciones.

En las antiguas legislaciones se instituyó, para conseguir estos fines, una penalidad que hoy nos parece monstruosa y que ha desaparecido de los códigos de los pueblos modernos; se denominaba la muerte civil. El condenado á ella, se consideraba muerto para la Sociedad y su participación en la vida civil y política, cesaba por completo. Esta ficción bárbara, desataba los lazos familiares; la autoridad marital, la patria potestad, desaparecían; el condenado dejaba de ser ciudadano y hasta perdía sus derechos patrimoniales: se había sustraído su sucesión en favor de sus herederos naturales, y además no podía adquirir á título gratuito, por donación entre vivos, ni por testamento, ni podía disponer de los bienes que adquiriese con su trabajo. Esta pena se suprimió en todas partes, no sólo por inmoral, sino también por lesionar los derechos de personas inocentes, violando así el principio tan altamente proclamado de la personalidad de las penas.

Hoy día, las legislaciones positivas admiten solamente la pérdida ó privación de ciertos derechos, de la patria potestad, del derecho de tutor, del de formar parte del consejo de familia, etc., ó de ciertos derechos de carácter político, como el desempeño de determinados cargos, el derecho electoral activo y pasivo y otros análogos. Los códigos alemán, noruego, ruso, mejicano y venezolano, contienen numerosas penas privativas de derecho, pero en estos dos últimos, tienen el carácter de penas accesorias, que existen por sí, de un modo independiente, mientras que en los primeros son consecuencia de otras penas.

El antiguo derecho español, consagró en las Partidas la inhumana institución de la muerte civil (Partida 4.<sup>a</sup>, tít. XVIII, ley 2.<sup>a</sup>). Los condenados á labores en las obras del rey ó en sus minas, así como los desterrados á las islas, sufrían esta monstruosa disminución de su personalidad. «E por cualquier destas maneras sobredichas, que es alguno juzgado ó dañado á esta muerte, que es llamada civil, desatase por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos: e salen por ende de su poder. E como quier que el que es deportado, non sea muerto naturalmente: tienen las leyes que lo es quanto á la honrra, e á la nobleza e á los fechos deste mundo. E por ende non puede fazer testamento e non si lo auiesse ante fecho non valdría». Además, figuran en este cuerpo legal, privaciones relativas al ejercicio de ciertos oficios ó profesiones, como la de abogado ó personero. (Partida VII, tít. XXXI, ley IV) La ley 4.<sup>a</sup> de Toro concedió á los condenados á muerte civil facultad para testar.

El Código penal de 1822, conservó aun esta terrible pena. «Los condenados á las penas de trabajos perpetuos, deportación ó destierro perpetuo del reino, dice el art. 33, se considerarán como muertos para



todos los efectos civiles en España, después de nueve días contados desde la notificación de la sentencia que cause ejecutoria; los cuales se les concede para que puedan arreglar sus asuntos, hacer testamento y disponer libremente de sus bienes y efectos con arreglo á las leyes, sin perjuicio de las responsabilidades pecuniarias á que estuvieren sujetos; entendiéndose que podrán llevar consigo en dinero y muebles, todo aquello de que les sea lícito disponer por testamento, aun teniendo herederos forzosos. Pasado dicho término sin testar ni disponer de sus bienes, acciones y derechos, todos los que hubieren poseído en España pasarán á sus herederos legítimos, como en el caso de abintestato. El reo perderá en ellos todos los derechos de patria potestad, y los de la propiedad, excepto en lo que lleve consigo; y si estuviere casado se considerará disuelto el matrimonio en cuanto á los efectos civiles, y el otro cónyuge y los hijos menores, entrarán en el goce de sus derechos, como en el caso de muerte natural. «Pero la expresada disolución del matrimonio, no tendrá efecto ó dejará de tenerla, siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en su destierro ó deportación. Desde el momento de la notificación de la sentencia, será incapaz el reo de adquirir cosa alguna en España, por razón de sucesión ni por otro título, pero el deportado podrá, en el lugar, adquirir lo que gane por su trabajo ó industria». Este artículo prueba con qué dureza se aplicaba en pleno siglo XIX, una institución que estaba por completo en pugna con los sentimientos de humanidad (1). Además de la muerte civil, que no era más que una consecuencia de algunas penas, admitía el Código de 1822, como penas independientes y sustantivas las de inhabilitación, privación y suspensión para ejercer empleo, profesión ó cargo público.

El Código penal vigente, siguiendo en esto al de 1850, ha conservado como penas afflictivas: la inhabilitación absoluta perpetua, la inhabilitación absoluta temporal, la especial perpetua y la especial temporal para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio; como penas correccionales: la suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, etc.; y como acesoria la interdicción civil (art. 26).

La pena de inhabilitación absoluta p rpetua produce los efectos siguientes:

1.º La privación de todos los honores y de los cargos y empleos públicos que tuviese el penado, aunque fueren de elección popular.

2.º La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos de elección popular.

3.º La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos y derechos mencionados.

4.º La pérdida de todo derecho   jubilación, cesantía   otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes. No se comprenden en esta disposición los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la vinda   hijos del penado (artículo 32).

La pena de inhabilitación absoluta temporal, producirá los efectos siguientes:

(1) Esto no era exclusivo de España; en la misma época la muerte civil estaba en vigor en otros países; en Francia no desapareció de la legislación penal hasta la ley de 31 de Mayo de 1854.



1.<sup>o</sup> La privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fuere de elección popular.

2.<sup>o</sup> La privación del derecho de elegir y de ser elegido para cargos públicos de elección popular durante el tiempo de la condena.

3.<sup>o</sup> La incapacidad para obtener honores, empleos, cargos y derechos mencionados en el núm. 1.<sup>o</sup>, igualmente por el tiempo de la condena (art. 34).

La inhabilitación especial perpetua para cargos públicos producirá los efectos siguientes:

1.<sup>o</sup> La privación del cargo ó empleo sobre que recayere y de los menores anejos á él.

2.<sup>o</sup> La incapacidad de obtener otros análogos (art. 34).

La inhabilitación especial perpetua para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo público de elección popular sobre que recayere (art. 35).

La inhabilitación especial temporal para cargo público, producirá los efectos siguientes:

1.<sup>o</sup> La privación del cargo ó empleo sobre que recayere y de los menores anejos á él.

2.<sup>o</sup> La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena (art. 36).

La inhabilitación especial temporal para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo público de elección popular sobre que recayere (art. 37).

La suspensión de un cargo público inhabilitará al penado para su ejercicio y para obtener otro de funciones análogas (art. 38).

La suspensión del derecho de sufragio inhabilitará al penado igualmente para su ejercicio durante el tiempo de la condena (art. 39).

Cuando la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus clases, y la suspensión, recayeren en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos, derechos y honores que no tuvieren por la Iglesia, y á la asignación que tuvieren derecho á percibir por razón de su cargo eclesiástico (art. 40).

La inhabilitación perpetua especial para profesión ú oficio, privará al penado perpetuamente de la facultad de ejercerlos. La temporal le privará igualmente por el tiempo de la condena (art. 41).

La suspensión de profesión ú oficio producirá los mismos efectos que la inhabilitación temporal durante el tiempo de la condena (art. 42).

La interdicción civil privará al penado, mientras la estuviese sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos. Exceptúanse los casos en que la ley limita determinada-mente sus efectos (art. 43).

Estas penas que en la clasificación del Código aparecen como penas principales, ya afectivas, ya correccionales, las de inhabilitación y suspensión para cargos públicos y derecho de sufragio, son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley, declaran que otras penas las llevan consigo (art. 28). La pena de inhabilitación absoluta perpetua es accesoria de la pena de muerte cuando no se ejecutare por haber sido indultado el reo, á no ser que se hubiese emitido en el indulto (art. 53); también es accesoria de la cadena perpetua, de la reclusión perpetua, de la relegación perpetua, del extra-



fiamiento perpetuo y de la cadena temporal (arts. 54, 55, 56 y 57). La inhabilitación absoluta temporal es accesoria de las penas de presidio mayor, reclusión temporal, relegación temporal, extrañamiento temporal y confinamiento (arts. 58, 60, 61). La suspensión de todo cargo público, profesión, oficio ó derecho de sufragio es accesoria de las penas de presidio correccional, de la prisión mayor y correccional y del arresto mayor (arts. 59 y 62). La interdicción civil es accesoria de la cadena perpetua y de la temporal (arts. 54 y 57).

● Resumen de la doctrina anterior:

Ante el derecho moderno aparecen justas y legítimas las penas consistentes en la prohibición del ejercicio de determinados derechos ó de ciertos oficios ó profesiones. La imposición de dichas incapacidades no tiene un fin represivo, pues éstas son únicamente medidas preventivas encaminadas á garantizar el ejercicio y la dignidad de algunas funciones ó profesiones.

A este grupo de penas privativas de derechos pertenece la muerte civil, monstruosa ficción jurídica mediante la cual el condenado moría para la vida civil y política; se disolvía su matrimonio, se extinguía el poder sobre sus hijos, dejaba de ser ciudadano, perdía sus derechos patrimoniales. Muy frecuente en las legislaciones medioevales persistió hasta bien entrado el siglo XIX, época en la que desaparece definitivamente. Los modernos códigos sólo admiten la pérdida de ciertos derechos políticos y civiles y la prohibición de ejercer determinados oficios y profesiones, y mientras unos consideran estas medidas como penas accesorias, con una existencia autónoma, otros no ven en ellas sino meras consecuencias de otras penas.

En nuestro antiguo derecho, en las Partidas figura la muerte civil como pena aplicable á los condenados á trabajar en las obras del Rey y á destierro en una isla; figuran además en este Cuerpo legal privaciones del ejercicio de algunas profesiones. En el Código de 1829 se admite aún la muerte civil como consecuencia de la condena á ciertas penas, y además, pero con el carácter de penas independientes la inhabilitación, privación y suspensión para ejercer empleos, profesiones ó cargos públicos.

En el Código vigente se admiten la inhabilitación absoluta perpetua, la inhabilitación absoluta temporal, la inhabilitación especial perpetua y la especial temporal, para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio; estas penas tienen el carácter de afflictivas; como pena correccional, establece la suspensión para cargo público, derecho de sufragio, etc., y como accesoria, la interdicción civil.

Los efectos producidos por cada una de estas penas los determina el Código en los arts. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43. Estas penas, menos la interdicción civil, son penas principales, pero serán accesorias en los casos determinados en el art. 28.

### Penas pecuniarias.

● Las penas pecuniarias tuvieron un desarrollo considerable en el antiguo derecho, en las leyes germanas, especialmente, la indemnización del daño causado á la víctima del delito (*Wergeld*) y el pago de una cantidad al poder público (*Friedegeld*), constituyeron el fundamento



mento de la penalidad. El influjo de numerosas causas sociales y las transformaciones económicas que los pueblos experimentaron alteraron este estado de cosas y las penas patrimoniales fueron desapareciendo lentamente hasta ser sustituidas por completo por otras medidas represivas más en armonía con las nuevas condiciones de existencia.

La pena pecuniaria ha revestido, y reviste actualmente, dos formas: la confiscación y la multa.

La confiscación en las legislaciones antiguas consistía en la confiscación de bienes, privando al condenado de toda ó de gran parte de su fortuna, reduciéndole muchas veces á la indigencia. Esta pena, que fué admitida por el derecho romano y por las leyes francesas y alemanas del antiguo régimen, ha desaparecido de los códigos modernos. Su crueldad, pues reducía á la miseria á la familia inocente del condenado, está en contradicción con el espíritu humanitario del derecho moderno.

Los códigos actuales admiten, sin embargo, la confiscación de determinados objetos, instrumentos, etc.

La multa ha adquirido una considerable importancia como medio represivo. En las antiguas leyes, la multa, en cuanto á su imposición, quedaba al arbitrio de los jueces, ellos medían su cuantía sin ajustarse á ningún precepto legal, adecuándola solamente á la naturaleza del delito y á las circunstancias del delincuente. Los modernos códigos regulan la multa de modo muy diverso; la ley fija la cantidad en cada caso, dentro de un máximo y un mínimo, dejando muy poco al arbitrio del juzgador.

En los últimos tiempos se ha estudiado con gran interés por los penalistas y penitenciaristas la función de la multa como medio represivo, y sus defensores aducen en su favor ventajas serias y de gran utilidad que merecen ser expuestas:

a) Esta pena, se ha dicho, lleva consigo una privación, y por consiguiente, un sufrimiento. Como Labbe escribía, algunos se habitan á la cárcel, pero nadie se acostumbra á la multa. Mientras que muchos individuos no sólo no temen la prisión, sino que la buscan en ciertos momentos, no se encuentran gentes que permanezcan indiferentes ante una condena al pago de una multa. En resumen, la multa siempre es aflictiva.

b) La multa es una pena sumamente divisible, flexible cual ninguna otra; puede adaptarse perfectamente á las condiciones de fortuna del condenado, aumentando ó disminuyendo su importe proporcionalmente al patrimonio del multado. Para conseguirlo, no sería preciso que el juez se entregase á una inquisición de las fortunas, bastaría tomar como punto de partida el impuesto pagado sobre la renta (1).

c) La multa á diferencia de la cárcel, no degrada al condenado ni deshonra á su familia; no es obstáculo á su rehabilitación social. El multado permanece entre los suyos, puede proveer á su subsistencia, no pierde su empleo ni su ocupación.

d) La multa es, además, una pena recomendable desde el punto de vista económico, por dos razones: puede constituir una fuente de in-

(1) El Dr. Aschrott combate que este impuesto se tome como punto de partida para regular la multa. *Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, p. 116



grosos para el Estado, y puede contribuir á indemnizar el daño sufrido por la víctima del delito; por otra parte, mientras la pena de prisión cuesta enormes sumas al erario público, la ejecución de esta pena no entraña gasto alguno.

Sin embargo, no obstante estas ventajas que se señalan en la práctica, sucede que, á causa de la insolvencia de la mayor parte de los condenados, ésta se transforma en una pena de prisión impuesta subsidiariamente.

Con el fin de evitar los numerosos inconvenientes que esta transformación lleva consigo, propónense hoy varias soluciones. Una de ellas consiste en facilitar el abono de la multa mediante la posibilidad de verificar su pago en pequeñas cantidades. Otra, aplicable á los individuos completamente insolventes que no puedan satisfacer la multa, ni aun mediante pagos parciales, sería sustituirla por una prestación de trabajo. Así como hoy en caso de insolvencia se impone subsidiariamente una pena de prisión, se impondría también subsidiariamente, en caso de falta de pago, una cantidad de trabajo exigida al condenado. Este principio ha sido admitido por varias legislaciones. La ley forestal francesa de 18 de Junio de 1859, dispone en su artículo 21.<sup>o</sup>: «La administración forestal podrá permitir á los delincuentes liberarse de las multas, restituciones, reparaciones y gastos mediante prestaciones consistentes en trabajos de mejoramiento y conservación en los bosques ó en los caminos vecinales». La ley prusiana de 15 de Abril de 1878 sobre delitos forestales, dice, § 14: «El condenado, sin ser encarcelado, podrá ser obligado á trabajos forestales ó comunales adecuados á su capacidad». El Código penal italiano ordena en su art. 19, § 5: «La detención podrá ser sustituida con la prestación de un trabajo determinado en servicio del Estado, de la provincia, ó del Municipio; dos días de trabajo equivalen á un día de detención». Los anteproyectos de Código penal alemán y de Código penal federal suizo han acogido también el trabajo personal como sustitución al pago de la multa (1).

En el antiguo derecho español las penas pecuniarias son abundantísimas. La base de la penalidad de la mayor parte de nuestros fueros municipales, consiste en penas de esta índole y se imponen, no solamente en el caso de delitos de poca entidad, sino hasta para los crímenes más graves como el homicidio y el asesinato. En las Partidas también hallaron amplia acogida. Aquí se admiten la confiscación impuesta á ciertos desterrados perpetuamente á una isla (Partida 7.<sup>a</sup>, ley 3.<sup>a</sup>, tít. 31), á los traidores (Partida 7.<sup>a</sup>, ley 2.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>) y á algunos otros delincuentes. Establécese la pena de multa consistente en pagar á la Cámara del Rey una cantidad en libras de oro, de plata ó en maravedises, ó el doble, el triple ó el cuádruplo de cierta cantidad que la ley señala (Partida 7.<sup>a</sup>, ley 12, tít. 9.<sup>o</sup>; leyes 28 y 30, tít. 14; ley 7.<sup>a</sup>, título 7.<sup>o</sup>; ley 3.<sup>a</sup>, tít. 12, etc.).

El Código de 1822 bajo la denominación de penas pecuniarias, admitía: 1.<sup>a</sup> La multa. 2.<sup>a</sup> La pérdida de algunos efectos. El Código vigente, con el que concuerdan los de 1848 y 1850, admite: la multa (2).

(1) Cuche, ob. cit., p. 211 y sigt; Prins, ob. cit., p. 478 y sigts; Aschaffenburg, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, p. 235 y sigts.

(2) La pena de confiscación, dice el art. 10 de la Constitución, no se impondrá jamás.



perdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito y el pago de costas (art. 26).

La multa consiste en el pago de una cantidad en dinero que ingresa en el Erario público. Cuando se impone como pena principal, se reputará aflagante si excediere de 2,500 pesetas; correccional, si no excediere de 250 pesetas y no bajare de 125, y leve, si no llegare á 125 pesetas (art. 27). En la aplicación de esta pena los Tribunales pueden recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal ó facultades del culpable (art. 84).

Las costas comprenden los derechos é indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, ya consistan en cantidades fijas ó inalterables por hallarse anticipadamente determinadas por las leyes, reglamentos ó Reales órdenes, ya no estén sujetas á Arancel. El importe de los derechos é indemnizaciones que no estuvieren señalados anticipadamente en los términos prescritos anteriormente se fijarán por el Tribunal en la forma que establezca la ley de Enjuiciamiento criminal (arts. 47 y 48). Cuando los bienes del penado no fueren bastantes á cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por orden siguiente:

- 1.º La reparación del daño causado é indemnización de perjuicios.
- 2.º La indemnización al Estado por el importe del papel sellado y demás gastos que se hubieren hecho por su cuenta en la causa.
- 3.º Las costas del acusador privado.
- 4.º Las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.
- 5.º La multa.

Quando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse á instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia á la indemnización del Estado (art. 4).

Si el sentenciado no tuviese bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los núms. 1.º, 3.º y 5.º del artículo anterior, quedará sujeto á una responsabilidad personal subsidiaria, á razón de un día por cada cinco pesetas, con sujeción á las reglas siguientes:

- 1.ª Cuando la pena principal impuesta se hubiere de cumplir por el reo encerrado en un establecimiento penal, continuará en el mismo, hasta que pueda exceder esta detención de la tercera parte del tiempo de condena y en ningún caso de un año.
- 2.ª Cuando la pena principal impuesta se hubiere de cumplir por el reo encerrado en un establecimiento penal y tuviere fijada su duración, continuará sujeto por el tiempo señalado en el número anterior á las mismas privaciones en que consiste dicha pena.
- 3.ª Cuando la pena principal impuesta fuese la de reprensión, multa ó caución, el reo insolvente sufrirá en la cárcel de partido una detención, que no podrá exceder en ningún caso de seis meses cuando se hubiere procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiere sido por falta (art. 50). El comiso es el acto por el cual el Estado se apodera de un objeto que pertenecía al delincuente; de manera que perdiendo éste el dominio, pasa á ser propiedad del Estado.

● Resumiendo los puntos de vista más importantes expuestos anteriormente, diremos:



Las penas pecuniarias revistieron en la antigüedad principalmente dos formas: la confiscación y la multa. Mediante la confiscación se privaba al condenado de todos sus bienes, lesionando así los intereses de sus hijos y parientes; precisamente este aspecto injusto de dicha pena ha sido la causa de su desaparición de los Códigos modernos. La única forma de confiscación que hoy se admite es la de determinados objetos. La multa cuya fijación dependía antes del arbitrio del Tribunal, hoy se halla fijada en las leyes, y este arbitrio solamente puede ejercerse entre un *máximum* y un *mínimum*. En los últimos tiempos se ha originado un movimiento favorable al empleo de este medio penal, cuyas principales ventajas son, según sus defensores: Siempre es una pena aflictiva, pues mientras para muchos delinquentes la cárcel no produce efecto intimidativo alguno, lo produce siempre el pago de una cantidad. Es además, una pena extraordinariamente adaptable á la situación de fortuna del condenado. No degrada á éste, como la cárcel, ni deshonra á su familia, ni se opone á su rehabilitación social. Su inconveniente principal consiste en la insolvencia de gran parte de los condenados, en cuyo caso se transforma subsidiariamente en una pena de prisión. Para evitar esta perjudicial transformación se ha propuesto que el pago de la multa se verifique en pequeñas cantidades, y en caso de completa insolvencia, se sustituiría por una prestación de trabajo. Esta proposición ha sido consagrada por las legislaciones de algunos países y aceptadas por proyectos recientes.

Nuestro antiguo Derecho, especialmente las Partidas, acogieron en su sistema de penas la confiscación y la multa. El Código vigente no establece más que las siguientes penas pecuniarias: la multa, la pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito y el pago de costas. Toda nuestra doctrina legal referente á esta materia se halla contenida en los art. 26, 27, 47, 48, 49, 50, 84 del Código penal.

### El tratamiento correccional de los menores delincuentes.

● El cuidado extraordinario que dedican los Códigos modernos al problema de la educación y mejoramiento de los niños y adolescentes criminales, data de fecha muy reciente. En tiempos remotos, los menores no gozaban los amorosos cuidados que les dispensan las legislaciones actuales y sufrían penas, á veces crudelísimas, como los malhechores adultos, como los delinquentes envejecidos en el crimen. En las cárceles se les hacinaba en lóbregos calabozos ó en cuadras precarias, con los reincidentes más temibles, con los asesinos, con los ladrones, en una palabra, con todos los representantes de la rica fauna delincuente, sin pensar un momento que esto era preparar su corrupción y su definitiva pérdida moral.

En Alemania, no obstante algunos esfuerzos hechos en el siglo xv y á principios del xvi, encaminados á la salvación de los niños abandonados y de los jóvenes delincuentes, se encuentran en el siglo xvii casos de crueldad penal inaudita respecto de los menores. De las investigaciones llevadas á cabo por Soldan en el obispado de Bamberg, uno de los más pequeños principados de Alemania, resulta que entre 600 mujeres quemadas, desde 1625 á 1630, por el delito de hechicería, había 23 niñas de siete, ocho, nueve y diez años. En Wurtemberg, según cálculos del mismo autor, desde 1627 á 1629 murieron en la guerra 16 niños de ocho á doce años, en 1670 otros 15 sucumbieron de



al modo. Oxenbrücken ha encontrado en el antiguo derecho alemán sentencias de muerte ejecutadas en menores de once y doce años. Era menor la dureza de las penas en otros países; en Inglaterra, según Blackstone, que en su tiempo (siglo XVIII), se pronunció la pena de muerte contra menores diez años (1).

En Francia, durante los siglos XVII y XVIII, no se contemplaron menores horrores. En los casos de delitos de lesa majestad, asesinato y otros graves, se imponía la pena de muerte sin considerar la edad del delincuente. Existían algunas penas, como el *fonet sous la guilotine*, y la suspensión por las axilas, reservadas á los menores; pero mientras la primera no era más que una medida de carácter correccional, la segunda era un medio represivo de extraordinaria dureza (2).

Este período inhumano de rigor penal respecto de los menores pasó para siempre; actualmente casi todos los países organizan, ó han organizado de un modo cuidadoso el tratamiento educativo de esos delincuentes. Las medidas de reeducación que se proponen son cada vez más numerosas; pero generalmente consiste en la colocación ó entrega del menor á una persona ó familia que presente garantías de honradez, ó á su misma familia si reúne condiciones de moralidad, ó su internamiento en instituciones de correcciones ó en establecimientos para la curación de anormales. A los adolescentes más peligrosos se les interna en instituciones correccionales, cuyo régimen disciplinario es de mayor dureza.

La colocación en familia tiende á suministrar al menor un ambiente familiar sano y moral en el que eduque y forme su carácter para una vida honrada y laboriosa. Este medio educativo tiene muchos partidarios; uno de los más entusiastas, M. Bruyre, dice de esta medida: «Por los millares de niños de los que hemos tenido que ocuparnos, hemos adquirido la íntima convicción de que la moralidad del niño es idéntica en su conjunto á la de sus padres ó á la de sus educadores. Hemos colocado en el campo á niños abandonados, y se han convertido en campesinos de espíritu lento y pesado, pero de juicio sólido y grave; les hemos colocado en las ciudades en familias de obreros, y se han transformado en pilletes vivos, precoces, ávidos de placeres; hemos hecho educar muchachos en internados bien dirigidos, y hemos confirmado que á la salida llegaban á ser esposas y buenos modelos. Durante este tiempo sus hermanos y hermanas que habían permanecido en la casa paterna, en un medio corrompido, se convertían en malhechores y viciosos. La causalidad de su medio educativo había, pues, decidido su moralidad. En resumen: el niño es el producto del medio en que vive (3).»

Actualmente la colocación en familia está muy en boga; baste re-

(1) Comunicación de Moldenhawer al Congreso Penitenciario Internacional de Roma de 1884.

(2) «Para que esta pena no sea mortal, dice Muyart de Vouglans, célebre Magistrado francés del siglo XVIII, los jueces deben procurar no ordenarla más que por una hora. Tenemos el ejemplo del hermano pequeño de Cartouche, á quien se le aplicó durante dos horas, y murió á consecuencia de ello. Sin embargo, Brumeau condenó á la misma pena durante dos horas á un muchachito de Ferté, Bernard que no murió y fué conducido al Hospital general». *Les loix criminelles de la France dans leur ordre naturel*. Paris, 1780.

(3) *Rev. Penitentaire*, 1897, p. 1.807.



cordar las numerosas leyes que en Francia, Bélgica, Alemania, Estados Unidos etc., la instituyen. Esta medida, sin embargo, no puede aplicarse indistintamente á todos los menores. Cuando la transposición del precoz delincuente á una familia honrada se hace durante su infancia, existen grandes probabilidades de que el niño se convierta en un hombre honrado; pero cuando se trata de jóvenes de cierta edad en quienes los hábitos del vicio están profundamente arraigados, es muy difícil conseguir, solamente por este medio, un cambio radical de su moralidad. «Y aun respecto de los niños de corta edad, como Thulié, la colocación en familia está muy lejos de ser infalible. M. Brueyre no tiene en cuenta la herencia, que juega en la vida moral, como en la constitución física, un papel tan considerable» (1). En tales casos no debe esperarse la corrección de estos delinquentes cargados de taras hereditarias, por el solo hecho de conducirlos al seno de una familia de moralidad intachable; lo más probable será, en ese caso, que estos niños corrompan á los hijos de los patronos donde son colocados. Estas consideraciones no han caído en el vacío; así no pocos estudiosos de este problema, por ejemplo, Levoz (2), son partidarios de la colocación en familia solamente para los niños de corta edad (Levoz la fija en diez años), siempre que no estén atacados de enfermedades contagiosas ó sufran graves taras hereditarias, á menos que hayan sido curados ó suficientemente enmendados en establecimientos especiales.

Sería largo y enojoso citar todas las leyes vigentes que autorizan la colocación en familia de los niños pervertidos y delinquentes: en Bélgica (leyes de 27 de Noviembre de 1891 y de 15 de Mayo de 1900) los menores de diez y ocho años pueden ser colocados en familias; en Alemania (la ley prusiana de 2 de Julio de 1900, extendida hoy por casi todo el imperio) también existen disposiciones análogas respecto de los muchachos de la misma edad; en Noruega (ley de 6 de Junio de 1896) también se adoptan estas medidas respecto de los menores de diez y seis años; en Francia (ley de 19 de Abril de 1896 y la reciente de 22 de Julio de 1912), y en otros varios países que sería ocioso citar.

Muchos jóvenes á su salida de los establecimientos de educación correccional, de los patronatos ó de otras instituciones de este género son colocados, especialmente como agricultores, en familias campesinas, recibiendo un salario proporcionado á su habilidad profesional; las muchachas son colocadas, generalmente, como criadas y á veces como amas de gobierno, pero siempre en ambientes domésticos de honradez reconocida. Como modelo de este género de colocaciones se citan las hechas por la célebre institución inglesa fundada por el Dr. Barnardo, que ha enviado y envía al Canadá miles de niños de ambos sexos convertidos en ciudadanos honrados y laboriosos. En los Estados Unidos, en el estado de Michigán, por no citar más que un ejemplo, los pupilos del estado, después de una permanencia más ó menos larga en establecimientos de educación, son colocados en granjas, comercios ó talleres bajo la vigilancia de los inspectores del gobierno.

Una medida de preservación que parece tener hoy día gran aceptación, es la denominada *libertad vigilada*. Consiste sencillamente en dejar en libertad en su familia ó bajo la guarda de otra persona ó de una institución de caridad, á determinados jóvenes delinquentes re-

(1) *Orthopnépedie*, Paris, 1900, p. 361.

(2) *La protection de l'enfance en Belgique*, Bruselas, 1902, p. 290.



pecto de los cuales no es preciso tomar otra medida correccional más severa. Los menores en esta situación son observados por inspectores especiales encargados de ejercer sobre ellos una discreta vigilancia. En Francia el *Patronage de l'Enfance et de l'Adolescence* la aplicó por iniciativa de M. Rollet, y los resultados obtenidos fueron excelentes, según prueban las estadísticas publicadas por el patronato (1). Recientemente se ha consagrado de un modo oficial por la ley de 22 de Julio de 1912 (tit. III), relativa á la organización de tribunales para niños de la libertad vigilada. Inglaterra, mediante una ley de 1907, *Probation of offenders Act*, la ha establecido creando unos funcionarios especiales encargados de la vigilancia de los niños colocados en su familia, *children's probation officers*, cuya misión es muy análoga á la de los oficiales de prueba americanos. Hungría, por la ley XXVI de 1908, que ha reformado del modo más progresivo la legislación penal de los menores, ha instituido también el sistema de libertad vigilada.

Para muchos de los menores pervertidos moralmente y para los jóvenes delincuentes, muchas veces la colocación en familia no produce resultados apreciables. Cuando se trata de verdaderos caracteres criminales, de muchachos profundamente corrompidos ó afligidos por cualquier género de tara psíquica, es necesario el empleo de ciertas medidas que no pueden aplicarse en el seno de una familia de trabajadores; estos menores requieren un tratamiento especial que exige su internamiento en instituciones adecuadas que dispongan de un *outillage* conveniente. Dichas instituciones que reciben nombres muy diversos: escuelas de reformas, reformatorios, escuelas de beneficencia, colonias correccionales, etc., responden todas ellas á un fin de reeducación, y de tal modo se hallan influídos por este espíritu, que hasta en los detalles exteriores, como muros, rejas, cerrojos, etc., se procura hacer olvidar á los adolescentes que se encuentran en un lugar de pena, y así se han hecho y se hacen todo género de esfuerzos para suprimir en estos establecimientos el aspecto atemorizador y el recuerdo de las prisiones legendarias, y allí ya no se encuentran calabozos lóbregos, ni gruesos barrotes en las ventanas, ni puertas gigantescas guardadas por triples cerraduras, sino alegres y claras habitaciones, espaciosos talleres, escuelas higiénicas y atractivas gimnasios, campos de juego, todo lo cual proporciona al visitante una impresión alegre y placentera.

Los menores reciben en estas casas una educación moral, intelectual, profesional y física, y, cuando su estado de salud lo requiere, el tratamiento médico apropiado. Naturalmente, no todos los países cuentan con instituciones donde puede aplicarse de modo tan perfecto una serie de medidas de mejoramiento individual que la educación correccional supone, pero en todas partes gobiernos y particulares comienzan á preocuparse de la erección y organización de estos establecimientos con un celo verdaderamente laudable.

Los tipos de instituciones correccionales son muy diversos; puede decirse que cada país tiene el suyo. Inglaterra nos presenta las denominadas *Industrial Schools*, *Day Industrial Schools* y *Truant Schools* (escuelas para vagabundos), establecimientos destinados á los menores abandonados, vagos ó viciosos; para los menores delincuentes existen los reformatorios *Reformatory School* y las recién creadas instituciones Borstal. Estas, que fueron creadas por la ley de 21 de

(1) *Revue Penitentiaire*, 1906 p. 452 y 1910 p. 513.



Diciembre de 1908 para la prevención de la criminalidad (*Prevention of crime act*) constituyen el denominado *Borstal system*. Este sistema combina «una disciplina estricta con un entrenamiento intensivo físico y moral, y una gradación de recompensas para los que los menores llegan á adquirir su *self control*».

El régimen es aquí más severo que en los reformatorios; los menores destinados á estas instituciones son jóvenes de diez y seis á veintitrés años, autores de verdaderos delitos. Aquí reciben, ante todo, una seria educación profesional; frecuentan ciertas clases; oyen sermones y conferencias encaminados á enderezar su sentido moral, y están sometidos á continuos ejercicios (gimnásticos, deportivos) que contribuyen á su robustecimiento físico. Aquellos que por su buena conducta aparecen corregidos, son puestos en libertad provisional bajo la vigilancia de la Comisión de la institución.

Otros países poseen tipos de establecimientos en los que domina un régimen que recuerda el de la familia. Este sistema de familias, que tiene hoy muchos defensores, excluye los grandes efectivos, y admite en cada institución un número reducido de niños. Este régimen, dice André, se presenta como el régimen ideal para los menores; para llevar á cabo la obra de su reeducación hay que colocarlos en el medio que normalmente es el suyo, en el que podrán encontrar libre curso afecciones y sentimientos que nunca han podido nacer en ellos (1). Suiza tiene numerosas casas de educación correccional en las que impera el sistema de familia. En medio de los bosques y de los campos se levantan estas instituciones formadas por grupos de sencillos châteaus de madera, donde se alojan los niños en grupos de catorce ó quince. Cada grupo está colocado bajo la dirección de un Maestro, denominado «padre de familia», que hace con los niños vida común, duerme en el mismo local, come en su compañía, toma parte en sus juegos y no solamente se ocupa de su educación intelectual, sino también de su instrucción manual. En Alemania, especialmente en Baden, existen varios establecimientos de este tipo; también se ha adoptado en Hungría.

En otros países, los establecimientos de corrección están destinados á la admisión de efectivos más numerosos, el régimen pierde, en este caso, el sentido familiar y tutelar que caracteriza el sistema anterior con grave peligro del fin correccional. Bélgica, que posee establecimientos verdaderos modelos de este tipo, acoge en sus instituciones de 400 á 500 niños, número excesivo que es criticado por los penitenciarios, y Francia, cuyas colonias correccionales públicas gozan de mediano renombre, también sigue este sistema.

En América, en los Estados Unidos, existen instituciones caracterizadas por su originalidad americana. Además de los numerosos reformatorios, escuelas industriales, etc., que tienen gran semejanza con las instituciones europeas, se han creado otras características de este país. La más notable, es la *Junior Republic* (2), creada en Freeville, en 1895. Su fundador, M. Georges, ha partido del principio de que es preciso procurar desarrollar en el niño el sentimiento de responsabilidad y darle los medios de ejercerla. Para darle el hábito del trabajo hay que hacerle comprender que nada puede obtenerse sin trabajo; para inculcarle el respeto á la ley, es preciso darle la ocasión

(1) *La lutte contre la criminalité juvenile*, Paris 1912, p. 310.

(2) En Alemania, en Sieversdorf existe una colonia análoga. Vid. *Seitend für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXX, 1909.



practicar el *self government*. El establecimiento recibe menores de los sexos, de catorce á diez y ocho años. Estos se convierten en ciudadanos de esta libre República en la que ninguna regla les obliga bajar, pero para vivir, deben procurarse medios de subsistencia mediante su trabajo. La población se encuentra repartida por grupos de *cottages*, bajo la vigilancia de un Maestro ó de una Maestra. La laboriosidad se recompensa con beneficios materiales que suponen una vida más comfortable. Los menores internados en esta institución son ellos mismos su gobierno y sus jueces (1).

El espíritu tutelar y protector que domina por completo en el tratamiento jurídico de los menores delincuentes, ha determinado también algunos cambios en el procedimiento penal, especialmente en los elementos del sumario y en el juicio.

En algunos países se ha llegado á la especialización de la magistratura encargada de los asuntos referentes á los menores, creyendo en la razón que si el Juez es un verdadero especialista en la materia, podrá encontrar más fácilmente las medidas necesarias á la reeducación y mejoramiento de los menores que comparecen ante él. El primer ensayo de especialización tuvo lugar en París y después fué imitado en otras grandes ciudades francesas. En Italia y en Hungría también se ha verificado esta especialización en gran número de tribunales.

En muchos países los jueces deben, durante la instrucción de la causa, informarse de la completa individualidad del menor, de sus ocupaciones, de su medio familiar, de sus amistades, de la manera como cumple sus obligaciones escolares, en fin, deben conocer íntimamente cuanto se relaciona con su personalidad y con el ambiente en que vive para tomar después las disposiciones más adecuadas al fin de conseguir la salvación moral del menor. En Italia una circular del Ministro de Justicia, Orlando, de 11 de Mayo de 1908, disponía: «En todo procedimiento penal relativo á menores es de desear que el Juez instructor no se limite á establecer el hecho delictuoso en su materialidad, sino que proceda á verificar aquellas investigaciones que le permitan conocer la situación familiar del menor acusado, el género y condiciones de su existencia, los lugares que frecuenta, sus amistades, la manera de ser y el carácter de los que ejercen sobre el de la autoridad paternal ó tutelar y los medios eventualmente empleados para separarlo del mal camino; en una palabra, que busque todas las indicaciones que puedan suministrarle un criterio exacto de las causas directas e indirectas, antiguas ó recientes, que le han impulsado á violar la ley (2). Las informaciones exigidas, según las instrucciones dadas en esta circular, son muy completas. Además de las noticias relativas al estado civil, contiene datos muy precisos desde el punto de vista antropológico y psicológico. Los datos relativos á este doble punto de vista son suministrados por los maestros ó por los miembros de las sociedades de patronato. Las indicaciones sobre el menor y su familia vienen acompañadas de una apreciación del Juez sobre su actitud durante el sumario y del Presidente sobre su conducta en la Audiencia. En Bélgica, una circular del 30 de Septiembre de 1892, dada por el Ministro

(1) H. Joly. *A la recherche de l'éducation correctionnelle à travers l'Europe*. París 1902; Hastings H. Hart. *Preventive treatment of neglected children*, New York 1910.

(2) P. Casablanca. *Les procédures d'information relatives aux mineurs délinquants*, pág. 44.



de Justicia M. Le Jeune, se ordena á los jueces se informen de si el niño puede dejarse confiado á su familia, si puede entregarse á alguna sociedad de patronato, si debe colocársele bajo la tutela administrativa ó si debe ser condenado. En estas investigaciones le ayuda el defensor del menor, que en este caso no es, como en los juicios ordinarios un adversario del Fiscal, sino un colaborador suyo y del juez instructor para la realización de un objeto común: la protección del menor. Se procura que el defensor del niño, perteneciente siempre á un *Comité de defense des enfants traduits en justice*, tenga su domicilio cercano al de su defendido para que sean más fáciles y verídicas las informaciones que obtenga (1). En Holanda, merced á lo dispuesto

(1) La información realizada por el abogado designado por el *Comité de defense des enfants traduits en justice* tiene lugar según el siguiente cuestionario planteado en Bruselas.

*Boletín de noticias relativas á...*

(Estrictamente confidencial.)

Nombre, apellido, edad, domicilio.

Defensor.

Sustituto.

Juez de instrucción.

I. — *El niño.*

I. ¿En qué casa y con quién habita?

Valor de su alojamiento desde el punto de vista higiénico y sanitario.

II. ¿Asiste á la escuela?

¿Tiene oficio?

¿Quién es su patrón?

III. Estado de salud (Examen médico).

IV. Carácter. Moralidad. Tendencias. Hábitos (Vagancia).

V. ¿Ha sido procesado ó condenado anteriormente?

II. — *El medio.*

A. — *Padres.*

I. Nombre, apellido, profesión y domicilio del padre y de la madre.

II. Su estado de salud.

III. Situación económica.

IV. ¿Cuántos niños viven con los padres? ¿Hay niños de otros matrimonios?

V. Moralidad de los padres (alcoholismo).

VI. Conducta de los padres para con sus hijos.

VII. ¿Cómo desempeñan, respecto de ellos, los deberes de guarda, sustento y educación?

VIII. ¿Consienten en enviar al niño á una Escuela de Beneficencia.

B. — *Relaciones.*

I. Nombre, apellido, edad y moralidad de sus compañeros habituales. ¿Tiene su influencia?

II. Nombre, apellido y domicilio de los encubridores.

III. — *Conclusiones.*

I. Medidas que deben tomarse.

IV. — *Término del procedimiento.*

A. Decisión.



por la nueva legislación protectora de la infancia, especialmente por la ley de 12 de Febrero de 1901, en la instrucción de los asuntos relativos a los menores se practican informaciones análogas (1); el mismo ejemplo se sigue en Hungría (2).

En el nuevo procedimiento penal creado respecto de los menores inculcentes, ninguna medida presenta el interés que los denominados *tribunales para niños* (3).

Esta institución nació en Chicago en 1899, inspirada en el principio paternal y benigno de que el estado debe obrar *in loco parentis* respecto del niño.

Con el fin de separarlos del odioso espectáculo de las salas de los tribunales de justicia, llenas de una muchedumbre pervertida, y de privarles la ignominia de comparecer ante el tribunal en el mismo lugar que los ladrones, los asesinos y los criminales más depravados, se hace que los menores fuesen juzgados en locales especiales donde pudieran evitarse todo género de contactos corruptores. Pero esta institución, en su país de origen, en los Estados Unidos, es algo más que un tribunal donde uno ó varios jueces toman éstas ó aquellas medidas respecto de los menores; existe aquí, además, un órgano especial, el *probation officer*, un funcionario, hombre ó mujer, gratuito ó retribuido por el Estado, cuya misión consiste en averiguar las causas y circunstancias que han originado el delito del menor y en exponer al tribunal su opinión sobre el tratamiento que debe aplicársele.

Cuando el ambiente familiar no es malo, el niño puede quedar en libertad, en situación de prueba, *on probation*, durante cierto tiempo, en el que este funcionario debe intervenir en su vida, vigilar si asiste a la escuela y si se ocupa de un modo constante; todo ello de una manera prudencial y afectuosa hasta que expire el plazo de prueba. En el caso contrario, que se evita todo lo posible, los niños son colocados en casas especiales de detención, cuya organización recuerda la del hogar doméstico.

Los jueces de estos tribunales para desempeñar con éxito su difícil misión, tienen que poseer extraordinarias condiciones de carácter, ser personas inteligentes, afectuosas, que sepan captarse la confianza del niño. Siempre he procurado obrar — decía un juez de Chicago — como si en el despacho de mi casa hubiese tenido ante mí á mi propio hijo acusado de un delito. Así estos jueces, en lugar de ser mirados como enemigos, son, como en Denver, el amigo y el aliado que protege á los niños contra las vejaciones de la policía.

La importancia adquirida por estos tribunales es tan considerable

#### Ejecución.

Fecha del ingreso en la Escuela de Beneficencia.

#### V. — Observaciones

(1) Van Swinderen, *Esquisse du droit penal actuel dans les Pays Bas*, vol. V. Groningen, 1903, p. 186 y sigt.; D. O. Engelen, *L'enfance abandonnée dans les Pays Bas*, *Rev. Penit* 1902, p. 65; Van Hamel, *La nouvelle législation pour la protection de l'enfance*, *Rev. Penit*, 1905, p. 1.119.

(2) Rapport de Balogh, profesor de la Universidad de Budapest al Con. Penit. Internacional de Washington (1910)

(3) Estos tribunales reciben diversos nombres: *Jugendgericht* en Alemania, *juvenile courts* en Inglaterra, tribunales para jóvenes. En Bélgica la reciente ley de Mayo de 1912 que ha instituido el juez único para los menores, emplea la expresión *Juge d'enfants*.



que en el momento actual, 30 Estados de los 45 que forman la Unión Americana, han adoptado esta institución.

Inglaterra creó su primer tribunal para niños en 1905 en Birmingham, y en Alemania en 1908 se instituyó la primera jurisdicción especial para menores en Francfort sobre el Mein. Su organización, tanto en Alemania como en Inglaterra, es muy análoga á la americana. Se han difundido rápidamente, y muchas ciudades inglesas y alemanas poseen actualmente tribunales de este género. Otros países también han adoptado estas instituciones: Dinamarca (ley de 14 de Abril de 1905), Egipto (desde 1905), Hungría (desde 1.º de Enero de 1909), Francia (desde hace algunos años uno de los tribunales de París consagraba una audiencia semanal á los menores; actualmente la ley de 22 de Julio de 1912 los ha instituído en toda la nación), Bélgica (ley del 15 de Mayo de 1912), Rusia (desde Enero de 1910). En Italia, aun cuando no hay propiamente tribunales para niños, existen audiencias especializadas para juzgar á los menores. En Suiza existe desde hace algunos años un movimiento considerable en pro de su creación (1), y en otros muchos países.

Como entre los menores delincuentes es bastante crecido el número de anormales idiotas, imbeciles, débiles mentalmente, atrasados, etc., (2) necesitados de un tratamiento médico adecuado á su estado, en algunos países comienzan á colocarse estos niños y jóvenes en establecimientos especiales. Para tales muchachos, no es suficiente el tratamiento aplicado á los demás no afligidos por taras mentales. Estos degenerados necesitan tanto del médico, como del educador; es preciso someterlos á una verdadera cura física, que fortifique su salud mental, para aplicarles con esperanzas de éxito, el régimen moralizador que se considere adecuado, y para la actuación de este tratamiento mixto, es preciso la creación de instituciones médico-pedagógicas, dirigidas por psiquiatras y educadores. Instituciones de este género existen en muchos países, aun cuando, según mis noticias, las haya aún reservadas especialmente para los delincuentes menores. Sin embargo, ya existen códigos y leyes que ordenen el internamiento de los menores anormales delincuentes en asilos curativos. El proyecto de código penal federal suizo, por ejemplo, dispone que los delincuentes menores de catorce años, atacados de enfermedad mental, débiles de espíritu, sordomudos ó epilépticos necesitados de un tratamiento especial, serán entregados á las Autoridades administrativas.

(1) Hastings H. Hart, *Preventive treatment of neglected Children*, Part Six, *Juvenile Court* New York 1910; *Amerikanische Jugendgerichte*, por J. Stammar, Berlín 1908; *Kleine Les Tribunaux pour enfants en Angleterre*, Paris, 1908; *Verhandlungen des ersten Jugendgerichtstages* 15 bis 17 Marzo 1909, Berlín y Leipzig, Teubner, 1909; *1.ºr Congrès International des Tribunaux pour enfants* Actes du Congrès por M. Klein, Paris, 1912; *Les Tribunaux spéciaux pour enfants*, por Juhliet, Rollet, etc., Paris 1906; Dr. Köhne, *Die Tätigkeit des Jugendgerichts*, Mitte im Jahre 1909 en *Deutsche Juristen Zeitung*, 1910, col 525 y 526; *Les Tribunaux pour mineurs à Saint-Petersbourg*, Dr. Heinrich Reicher, *Bibliographie der Jugendfürsorge*, 1, Heft, Wien, 1908; 2, Heft, Wien 1910.

(2) Demoor, *Les enfants anormaux et la criminologie* en *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1899, p. 487 y sigs; Shuttleworth *Les enfants anormaux au point de vue médical*, Bruxelles 1904; Manheimer, *Les troubles mentaux de l'enfance*, Paris 1904; Dr. Voisin, *Comunicación al Congreso de Antropología criminal de Amsterdam* (1901). *Compte rendu des travaux*, Amsterdam, 1901, p. 362.



Todas las benéficas instituciones hasta aquí enumeradas, no proporcionarían los excelentes resultados que en todas partes producen á no ser por las asociaciones de patronato, cuya misión es dirigir los primeros pasos del joven en la vida de libertad, facilitándole trabajo, apartándole de las malas compañías, de la frecuentación de tabernas, casas de prostitución, auxiliándole mediante consejos, en una palabra, procurando por todos los medios posibles evitar al joven una recaída en el mal y consolidando la obra de regeneración verificada. Estas sociedades suelen perseguir, además, otros fines relacionados con la salvación moral de la infancia delincuente, como la protección de los abandonados de los niños maltratados, la prevención de la prostitución de las jóvenes, etc. En algunos países, estas instituciones tienen una organización casi oficial, pero generalmente son obras privadas. Algunas forman asociaciones de extraordinaria importancia como la *National Society for the prevention of cruelty to children* que en Inglaterra ha libertado de brutalidades y de crueldades sin cuento miles de niños. En este país, es célebre la ya citada obra del Doctor Barnardo, que, además de asilos para abandonados, comprende dispensarios médicos gratuitos, agencias de colocación, etc. En los Estados Unidos, existen también numerosas *Child Helping Societies*, asociaciones que se proponen los mismos fines humanitarios. Las obras de patronato, se encuentran también muy difundidas en Alemania, Suiza, Holanda, Bélgica y en algunos otros países.

● Las primeras noticias referentes á instituciones españolas destinadas al mejoramiento moral de jóvenes delincuentes remontan al siglo XII, época en la que existía en Valencia la institución denominada *Padre de huérfanos*, cuyo principal objeto consistía en cuidar y proteger á los menores abandonados.

Podría suponerse que en estos tiempos lejanos los niños y los adolescentes autores de hechos punibles, serían encerrados en las cárceles en la desmoralizadora compañía de rufianes, ladrones y criminales de todas clases; sin embargo, por lo que al siglo XVI se refiere, ni la famosa relación del Licenciado Chaves «La cárcel de Sevilla», ni en el libro de Cerdán de Tallada «Visita de la cárcel y de los presos», se encuentra la menor indicación relativa á menores encarcelados.—Es muy posible que la prisión se aplicase raramente á los jóvenes, pues á juzgar por los datos que suministra la novela picaresca, excelente fuente de información en esta materia, el castigo que con más frecuencia se les imponía eran los azotes ó los azotes combinados con el destierro. Por estos tiempos ya aparece algún esclarecido filántropo como el Doctor Cristóbal Pérez de Herrera, que en un interesante libro (1) expuso un sistema completo de reeducación de los niños abandonados y viciosos basado en su colocación en familias autorizadas ó en determinadas manufacturas.

En 1725 se instituyó en Sevilla por Toribio de Velasco una casa destinada á corregirlos y educarlos; pero su vida fué efímera, pues no obstante haber vivido prósperamente durante algunos años, en 1834 se hallaba en la decadencia anunciadora de su muerte que llegó al poco tiempo debida principalmente á la intervención gubernativa (2).

(1) Discurso del amparo de los legítimos pobres y reducción de los fugidos, y de la educación y principio de los albergues de estos Reinos y amparo de la milicia dello, Madrid, 1698.

(2) Fr. Gabriel Baca, *Los Toribios de Sevilla*, Madrid, 1876. Reimpresa por la



En este siglo merecen señalarse las excelentes ideas expuestas sobre la educación de los abandonados por el insigne criminalista D. Manuel de Lardizábal y Uribe (1) y los sabios preceptos encaminados también á la corrección de los niños viciosos y desvalidos contenidos en algunas disposiciones de Carlos III (2).

Durante el siglo XIX se presentaron un gran número de proyectos para la institución de establecimientos de educación correccional. Entre otros citaré el del Marqués de la Vega de Armijo que en 1861 propuso al Ministro de la Gobernación la creación de un establecimiento correccional en Madrid en la denominada Casa de Pabellones. Por la misma época el Ayuntamiento de Cervera ofreció el abandonado edificio de su antigua Universidad para el mismo fin (3). Finalmente, en 1883, por ley de 4 de Enero, se fundó en Carabanchel el Asilo de Santa Rita dirigido por religiosos Terciarios Capuchinos. En esta institución se admiten (art. 2.º del Reglamento): 1.º Los hijos de familia y los menores de edad varones que con arreglo á las prescripciones del Código civil, sean objeto de corrección impuesta por sus padres. 2.º Los jóvenes viciosos, sin ocupación ni medios lícitos de subsistencia, varones menores de diez y ocho años, de la provincia de Madrid, que sean objeto de educación correccional gubernativa. 3.º Los varones mayores de nueve años que, con arreglo á las disposiciones vigentes del Código penal, ó que rigieren en lo sucesivo, sean objeto de la declaración expresa de irresponsabilidad por haber obrado sin discernimiento en causas falladas por la Audiencia de Madrid (4). Posteriormente á Santa Rita y dirigidos también por Terciarios Capuchinos, se han instituido dos establecimientos análogos, uno en Dos Hermanas (Sevilla) y otro en Torrente (Valencia).

En Barcelona existe una excelente institución destinada á la reforma de jóvenes rebeldes, depravados y delinquentes, el Asilo Toribio Durán, donde son internados muchachos pertenecientes á las categorías antes citadas. La Junta de protección á la infancia, colocada en este establecimiento á aquellos muchachos que por abandono de sus padres ó por falta de ellos son recogidos en las calles cometiendo raterías ú otros desmanes; otros ingresan por conducto de la Junta de Patronato del Asilo, otros son enviados directamente por sus familias que satisfacen los gastos de su pensión. La instrucción intelectual se halla perfectamente organizada, y la profesional la reciben los niños en los numerosos talleres de la institución. La dirección del establecimiento está confiada á religiosos de San Pedro Advíncula. Además, existe en Barcelona una obra que merece ser citada, la «Casa de familia», destinada á prestar ayuda moral á los libertos jóvenes y á los muchachos abandonados.

Asociación de Católicos de España. Madrid, 1880; Vicente Lafuente. *Los Toribios de Sevilla*. Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, vol. V, página 329.

(1) *Discurso sobre las penas contraído á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, 1782.

(2) Res. á Cons. de 22 de Marzo, y Cédula del Consejo de 12 de Julio de 1761. *Novísima Recopilación*, Lib. XII, tit. XXXI, ley X.

(3) En el presidio de Valencia, dirigido por Montesinos, existía una sección destinada á jóvenes penados y á muchachos enviados por sus padres para ser recogidos. Sus resultados eran excelentes. Salillas. *El Coronel Montesinos*, p. 387 siguientes.

(4) *Reglamento para la Escuela de Reforma de Santa Rita*. Madrid, 1899.



En Tarragona existe la Casa Asilo de San José, destinada á escuela de reforma para los menores abandonados, viciosos ó delincuentes de dicha capital, y para aquellos cuyo internamiento sea decretado por los tribunales de la misma.

Para los adolescentes delincuentes, existe en Alcalá de Henares un establecimiento denominado Reformatorio de jóvenes delincuentes, creado por Real decreto de 17 de Junio de 1901 que intentó transformar el presidio de esta localidad, donde desde 1885 cumplían condena, mezclados con adultos, los menores de diez y ocho años, en «Escuela central de reforma y corrección penitenciaria». En el momento actual conforme á las disposiciones del Real decreto de 5 de Mayo de 1913 (art. 195), se destina exclusivamente al cumplimiento de todas las condenas impuestas á los menores de veinte años en el momento de dictarse la sentencia, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> La de ser menor de quince años cualquiera que sea la naturaleza de la pena impuesta, con excepción de los casos en que dicha pena consista de arresto ó de prisión correccional, las cuales han de cumplirse en las Prisiones de partido ó provinciales. Estos menores formarán una sección de tratamiento especial dentro del Reformatorio.

2.<sup>a</sup> La de ser mayor de quince años y menor de diez y ocho, excepción de aquellos reos que fueran condenados á penas de arresto, prisión correccional, cadena temporal ó cadena ó reclusión perpetua.

3.<sup>a</sup> La de ser mayor de diez y ocho años y menor de veinte, con la misma exclusión de condenas expresada en el número anterior, cuando no concurren en los mismos a) la reincidencia establecida en el apartado 18 del art. 10 del vigente Código penal; b) la reiteración establecida y definida en el apartado 17 del mismo art. 10 de dicho Código; c) la imposición de más de una pena cuyo lapso de cumplimiento exceda de seis años de prisión.

El art. 196 del citado Real decreto, dispone que los penados que por su edad y condiciones ingresen en el Reformatorio, continuarán en el mismo hasta la completa extinción de sus condenas, aun cuando cambien la mayoría de edad civil y política, excepto en los casos que expresan á continuación:

1.<sup>o</sup> Los que durante la condena volviesen á delinquir, siéndoles imputada por su nueva delincuencia pena superior á la de arresto mayor.

2.<sup>o</sup> Los que en el transcurso del tratamiento reformador demuestran de una manera explícita y fehaciente su irreductible inaptabilidad al mismo. En uno y otro caso, estos reclusos serán destinados á cualquiera de las prisiones centrales que se hallen establecidas ó que se establezcan en lo sucesivo para ello; el Director del Reformatorio hará propuesta, que la Dirección general de Prisiones resolverá una vez justificada por la conducta del reo ó su nueva delincuencia.

3.<sup>o</sup> Los sentenciados á prisión mayor y reclusión temporal, que por su edad ó cualquier otra circunstancia no convenga sigan en el Reformatorio, serán trasladados á la Colonia penitenciaria del Dueso, é ingresarán en la sección de delincuentes menores de edad al efecto creada en dicha Colonia para ampliar y complementar la educación excepcional de que han de ser objeto esta clase de penados, los que estarán completamente separados de los demás, dedicándose á los trabajos agrícolas é industriales, teóricos ó prácticos establecidos en la Colonia, por cuya razón se exceptúan de dicho traslado los inútiles ó que padezcan algún impedimento para el trabajo al que se han de dedicar.



El artículo 197 del referido Real decreto, establece que no obstante lo dispuesto en el artículo precedente, los penados mayores de diez y ocho años dejarán de ingresar en el Reformatorio cuando la Administración penitenciaria, haciendo práctico el régimen de tutela y tratamiento correccional establezca un Reformatorio para adultos.

Para remediar á la espantosa situación de los menores en las cárceles de antiguo sistema de aglomeración, donde se hallaban reunidos con delinquentes adultos profesionales y reincidentes, se dió la ley de 31 de Diciembre de 1908, relativa á la prisión preventiva de los menores de quince años. Allí se dispone que los menores de esta edad, contra quienes se dicte auto de procesamiento, no sufrirán la prisión preventiva en las condiciones establecidas para los demás procesados. Se exceptúan de esta regla los menores que á juicio del Juez revelen especial perversidad ó manifiesta predisposición á la delincuencia, y cuando fuesen reincidentes ó reiterantes (art. 1.º). Aquellos menores quedarán en libertad durante el procedimiento, bajo la garantía de sus padres tutores y guardadores, y si no los tuvieren ó no se presentare persona alguna abonada que se encargue de su vigilancia y custodia, ingresarán en establecimientos benéficos de índole análoga, donde puedan ser reclusos con separación completa de los asilados, quedando sometidos al cuidado del jefe y personal de la institución respectiva y al régimen disciplinario y educativo que se considere más provechoso. En las poblaciones donde no haya establecimientos de las clases indicadas si no hubiera persona á quien corresponda la guarda del menor ó que voluntariamente se encargare de guardarle, podrá ser recluso en la cárcel; pero el Juez adoptará las medidas necesarias para que no se halle en contacto con los demás reclusos y reciba el trato y educación que sean más apropiados á su edad y circunstancias (artículo 2.º). Cuando el procesado menor de quince años, respecto del cual se hubieren aplicado los beneficios señalados anteriormente, delinquiere de nuevo durante la sustanciación del proceso, podrá acordarse su ingreso en la cárcel (art. 3.º). El tiempo que el menor de quince años hubiere permanecido detenido ó preso en alguno de los establecimientos antes mencionados, se le abonará para el cumplimiento de la condena que se le impusiere, con sujeción á las reglas de la ley de 17 de Enero de 1901, y respecto de los menores que aparezcan especialmente perversos, ó sean reincidentes ó reiterantes, les será de abono las dos terceras partes del tiempo de prisión preventiva; y si hubiese pasado de un año, la totalidad de lo que exceda, quedando á su favor cualquiera fracción que resultase al hacer el cómputo (art 4.º).

Los Tribunales para niños aun no han sido creados en nuestro país. Un proyecto de ley para su institución fué presentado al Senado el 28 de Octubre de 1912 por el entonces Ministro de Gracia y Justicia Sr. Arias de Miranda. El objeto de este proyecto de ley es no solamente el establecimiento, por vía de ensayo, de Tribunales especiales para niños, sino también el fomento de Sociedades de patronato y de protección de la infancia abandonada y delincuente. Se crean estos Tribunales en todas las Audiencias de lo criminal establecidas en las capitales de provincia y en los Juzgados de instrucción de las demás poblaciones cuyos Ayuntamientos lo soliciten. Estos Tribunales actuarán en los delitos y faltas atribuidos á niños hasta la edad de quince años cumplidos. El Tribunal infantil será unipersonal y se designará juez de niños.



He aquí á modo de resumen los principales puntos de vista relativos al tratamiento de menores delincuentes:

En oposición con el espíritu duro é inhumano que predominó en la penalidad de los menores en el antiguo derecho, las medidas penales aplicadas hoy á los menores, se caracterizan por su espíritu paternal y tutelar. Las más importantes entre las hoy día aplicadas, son:

La colocación del menor en una familia honrada, medida que tiende á procurar al menor un ambiente moral en el que pueda formarse su carácter para una vida honrada y ajustada á la ley. La difusión de este procedimiento de educación es muy grande; sin embargo, no se aconseja su empleo respecto de los adolescentes en quienes el vicio se halla profundamente arraigado, y de los anormales.

La libertad vigilada. Respecto de ciertos menores se aconseja dejarlos en libertad en su misma familia, si ésta inspira su confianza, ó bajo la guarda de otra persona, ó de una institución de caridad. Los menores colocados en esta situación, son sometidos á una vigilancia secreta.

La colocación en establecimientos de educación correccional en los que los menores reciben una educación moral, intelectual, profesional y física, y hasta un tratamiento curativo adecuado si su salud lo exige. Hoy casi todos los países civilizados rivalizan en crear instituciones de este género, pero sin duda alguna, los países en los que estos establecimientos presentan una organización más perfecta, son: Inglaterra (que posee las denominadas *Industrial Schools*, *Day Industrial Schools* y *Truant Schools* para menores abandonados, vagos y viciosos, y las *Reformatory School* y las recién creadas instituciones de hospital para los jóvenes delincuentes), Suiza, Alemania (países en los que abundan los establecimientos cuyo régimen recuerda el hogar doméstico), Bélgica (cuyas escuelas de beneficencia son el tipo de los establecimientos de gran número de internados) y los Estados Unidos (país de las instituciones originales como la *George Junior Republic*).

La organización de un procedimiento especial para los menores. Cuando estos comparecen ante el Juez en muchos países, cada día más, este ó el Abogado defensor, ó ambos se entregan á una seria indagación relativa á los antecedentes familiares del joven, á sus amistades, á su asistencia al taller ó á la escuela, en una palabra, á todo cuanto pueda contribuir á poner en claro la personalidad del acusado y del ambiente en que ha vivido. Además existen ya en casi todas las naciones civilizadas Tribunales especiales reservados exclusivamente para los menores, en casi todas partes se denominan Tribunales para niños. El objeto de su creación fué el evitar á los menores la ignominia de comparecer ante los Jueces en el mismo sitio que los criminales más depravados y temibles. En algunos países, como en los Estados Unidos, estos Tribunales llevan aneja una seria organización de la libertad vigilada de los menores que por decisión judicial no son internados en establecimientos.

El tratamiento físico en establecimientos *ad hoc* para los menores anormales, idiotas, imbeciles, atrasados, etc.

La organización de sociedades de patronato destinadas á proteger y tutelar moralmente á los corrigendos á su vuelta á la vida de libertad, y á los abandonados y necesitados de ayuda.

En España, en el momento actual apenas pueden citarse obras denominadas á la educación correccional de los menores viciosos, abandonados y delincuentes. En Barcelona existe el Asilo Toribio Durán



destinado al internamiento de estas tres categorías de menores, y además las casas de Santa Rita en Carabanchel, la de Torrente y Dos Hermanas y el Asilo de San José de Tarragona. Los menores de veinte años son conducidos al Reformatorio de Alcalá de Henares; el Real decreto de 5 de Mayo de 1918 determina las normas que regulan la admisión de estos jóvenes en dicho establecimiento. Las disposiciones relativas á la prisión preventiva de los menores de quince años se hallan contenidas en la ley de 31 de Diciembre de 1908, cuyos preceptos hemos reproducido en las líneas anteriores.

En Octubre de 1912 el Ministro de Gracia y Justicia presentó al Senado un proyecto de ley creando Tribunales especiales para niños en las capitales de provincia y en los Juzgados de instrucción que lo soliciten.

---



APÉNDICE







## LEY

---

DON FRANCISCO SERRANO Y DOMINGUEZ, REGENTE DEL REINO POR LA VOLUNTAD DE LAS CORTES SOBERANAS, Á TODOS LOS QUE LAS PRESENTES VIEREN Y ENTENDIEREN, SALUD; LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA NACION ESPAÑOLA, EN USO DE SU SOBERANÍA, DECRETAN Y SANCIONAN LO SIGUIENTE:

Artículo único. Se autoriza al Ministro de Gracia y Justicia para plantear como ley provisional el adjunto proyecto reformando el Código penal.

La Comisión nombrada por las Cortes para informar sobre esta autorización propondrá dictamen definitivo acerca de la reforma, el cual se discutirá con preferencia á otros asuntos, tan pronto como las Cortes reanuden sus sesiones.

De acuerdo con las Cortes, se comunica al Regente del Reino para su promulgación como ley.

Palacio de las Cortes 17 de Junio de 1870.

Portanto:

Mando á todos los Tribunales, Justicias, Jefes, Gobernadores y demás Autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, de cualquiera clase y dignidad, que lo guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar en todas sus partes.

Madrid 18 de Junio de 1870.—FRANCISCO SERRANO. · El Ministro de Gracia y Justicia, EUGENIO MONTERO RÍOS.



## DECRETO

Usando de la autorización concedida al Gobierno por la ley de 17 de Junio último, y conformándome con el parecer del Consejo de Ministros,

Como Regente del Reino, vengo en decretar lo siguiente:

Artículo único. El Código penal, reformado y aprobado por la ley de 17 de Junio último, se observará en la Península é Islas adyacentes desde su publicación oficial, á tenor de lo dispuesto en la ley de 28 de Noviembre de 1837.

Dado en Madrid á 30 de Agosto de 1870.— El Ministro de Hacienda, interino de Gracia y Justicia, LAUREANO FIGUEROLA.



# CÓDIGO PENAL

---

## LIBRO PRIMERO

*Disposiciones generales sobre los delitos y faltas,  
las personas responsables y las penas.*

---

### TITULO PRIMERO

de los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen  
de responsabilidad criminal, la atenúan ó la agravan.

### CAPITULO PRIMERO

#### DE LOS DELITOS Y FALTAS

Artículo 1.º Son delitos ó faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.

Las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

El que cometiere voluntariamente un delito ó falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.

Art. 2.º En el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

Del mismo modo acudirá al Gobierno, exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código resultare notablemente excesiva la pena, atendido el grado de malicia y el daño causado por el delito.

Art. 3.º 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 debieran producir el delito, por causa de un accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento.

Art. 4.º La conspiración y la proposición para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.

La conspiración existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito, propone su ejecución á otra ú otras personas.

Art. 5.º Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.

Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas ó la propiedad.

Art. 6.º Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas que en su grado máximo sean correccionales.

Son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves.

Art. 7.º No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales.

## CAPITULO II

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art. 8.º No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El imbécil y el loco, á no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón.

Cuando el imbécil ó el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

Si la ley califique de delito menos grave el hecho ejecutado por el imbécil ó el loco, el Tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, ó entregará al imbécil ó loco á su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia.

2.º El menor de nueve años.

3.º El mayor de nueve años y menor de quince, á no ser que haya obrado con discernimiento.

El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, ó declararlo irresponsable.

Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado á su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado á un establecimiento de beneficencia destinado á la educación de



hermanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos.

4.º El que obra en defensa de su persona ó derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión ilegítima.

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir ó repelerla.

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se ofende.

5.º El que obra en defensa de la persona ó derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes ó hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, de sus afines en los mismos grados, y de sus conyugueos hasta el cuarto civil, siempre que concurren la primera y la segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.

6.º El que obra en defensa de la persona ó derechos de un extranjero, siempre que concurren la primera y la segunda circunstancias prescritas en el núm. 4.º y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo.

7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Realidad del mal que se trata de evitar.

Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

8.º 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.

9.º El que obra violentado por una fuerza irresistible.

10. El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor.

11. El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo.

12. El que obra en virtud de obediencia debida.

13. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.

### CAPITULO III

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUÁN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art 9.º Son circunstancias atenuantes:

1.ª Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, en sus respectivos casos.

2.ª La de ser el culpable menor de dieciocho años.



3.<sup>a</sup> La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

4.<sup>a</sup> La de haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza adecuada de parte del ofendido.

5.<sup>a</sup> La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, ó afines en los mismos grados.

6.<sup>a</sup> La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito.

Los Tribunales resolverán, con vista de las circunstancias de las personas, y de los hechos, cuando haya de considerarse habitual la embriaguez.

7.<sup>a</sup> La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación.

8.<sup>a</sup> Y últimamente, cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las anteriores.

## CAPÍTULO IV

### DE LAS CIRCUNSTANCIAS

#### QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Art. 10. Son circunstancias agravantes:

1.<sup>a</sup> Ser el agraviado cónyuge ó ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural ó adoptivo, ó afín en los mismos grados del ofensor.

Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito.

2.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho con alevosía.

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.

3.<sup>a</sup> Cometer el delito mediante precio, recompensa ó promesa.

4.<sup>a</sup> Ejecutarlo 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.

5.<sup>a</sup> Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo que facilite la publicidad.

Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante ó atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito.

6.<sup>a</sup> Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución,



- 7.<sup>a</sup> Obrar con premeditación conocida.
- 8.<sup>a</sup> Emplear astucia, fraude ó disfraz.
- 9.<sup>a</sup> Abusar de superioridad, ó emplear medio que debilite la

- 10.<sup>a</sup> Obrar con abuso de confianza.
- 11.<sup>a</sup> Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
- 12.<sup>a</sup> Emplear medios ó hacer que concurran circunstancias que  
dan la ignominia á los efectos propios del hecho.
- 13.<sup>a</sup> Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio ú otra  
humidad ó desgracia.

- 14.<sup>a</sup> Ejecutarlo con auxilio de gente armada ó de personas que  
seguren ó proporcionen la impunidad.
- 15.<sup>a</sup> Ejecutarlo de noche ó en despoblado, ó en despoblado y en  
adrilla.

Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales  
según la naturaleza y accidentes del delito.

- 16.<sup>a</sup> Ejecutarlo en desprecio ó con ofensa de la Autoridad pú-  
blica.

- 17.<sup>a</sup> 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  
ella señale pena menor.

Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales,  
según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efec-  
tos del delito.

- 18.<sup>a</sup> Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito,  
hubiere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el  
mismo título de este Código.

- 19.<sup>a</sup> 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.

- 20.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respecto que  
se le debe por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada,  
cuando no haya provocado el suceso.

- 21.<sup>a</sup> Ejecutarlo con escalamiento.

Hay escalamiento cuando se entra por una vía que no sea la des-  
tinada al efecto.

- 22.<sup>a</sup> Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó  
con fractura de puertas ó ventanas.

- 23.<sup>a</sup> Ser vago el culpable.

Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce  
habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, in-  
dustrial, ocupación lícita ó algún otro medio legítimo y conocido de  
subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.



## TÍTULO II

De las personas responsables de los delitos y faltas.

## CAPITULO PRIMERO

DE LAS PERSONAS RESPONSABLES CRIMINALMENTE  
DE LOS DELITOS Y FALTAS

Art. 11. Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1.º Los autores.
- 2.º Los cómplices.
- 3.º Los encubridores.

Son responsables criminalmente de las faltas:

- 1.º Los autores.
- 2.º Los cómplices.

Art. 12. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior, los delitos y faltas que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación. De dichos delitos responderán criminalmente sólo los autores.

Art. 13. Se consideran autores:

- 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.
- 2.º Los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo.
- 3.º Los que cooperan á la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere efectuado.

Art. 14. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán autores de los delitos mencionados en el artículo 12 los que realmente lo hayan sido del escrito ó estampa publicados. Si éstos no fueren conocidos ó no estuvieren domiciliados en España ó estuvieren exentos de responsabilidad criminal con arreglo al art. 8.º 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 éstos, 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.

Se entiende por impresores, para el efecto de este artículo, los directores ó jefes del establecimiento en que se haya impreso, grabado ó publicado por cualquiera otro medio, el escrito ó estampa criminal.

Art. 15. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art. 13, cooperan á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos.

Art. 16. Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como auto-



ni cómplices, intervienen con posterioridad á su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1.º Aprovechándose por sí mismos ó auxiliando á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

2.º Ocultando ó inutilizando el cuerpo, los efectos ó los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

3.º Albergando, ocultando ó proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, regicidio, patricidio, asesinato ó reo conocidamente habitual de otro delito.

4.º Denegando el cabeza de familia á la Autoridad judicial el permiso para entrar de noche en su domicilio á fin de aprehender al delincuente que se hallare en él.

Art. 17. Están exentos de las penas impuestas á los encubridores los que lo sean de sus cónyuges, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales y adoptivos, ó afines en los mismos grados, con sólo la excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el núm. 1.º del artículo anterior.

## CAPITULO II

### DE LAS PERSONAS RESPONSABLES CIVILMENTE

#### DE LOS DELITOS Y FALTAS

Art. 18. Toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente.

Art. 19. La exención de responsabilidad criminal declarada en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10 del art. 8.º, no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción á las reglas siguientes:

Primera. En los casos 1.º, 2.º y 3.º, son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco ó imbecil y el menor de nueve años, ó el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad ó guarda legal, á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.

No habiendo persona que los tenga bajo su potestad ó guarda legal, ó siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos locos, imbeciles ó menores, salvo el beneficio de competencia, en la forma que establezca la ley civil.

Segunda. En el caso del núm. 7.º son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal á proporción del beneficio que hubieren reportado.

Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder.



Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se estiende al Estado ó á la mayor parte de una población, y en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado con el asentimiento de la Autoridad ó de sus agentes, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes ó reglamentos especiales.

Tercera. En el caso del núm. 10 responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo, y subsidiariamente, y en defecto de ellos, los que hubiesen ejecutado el hecho, salvo, respecto á estos últimos, el beneficio de competencia.

Art. 20. Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas ó empresas, por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte ó la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales ó especiales de policía.

Son además responsables subsidiariamente los posaderos de la restitución de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas ó los que se hospedaron en ellas, ó de su indemnización, siempre que éstos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero, ó al que lo sustituya en el cargo, del depósito de aquellos efectos en la hospedería, y además hubiesen observado las prevenciones que los dichos posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. No tendrá lugar la responsabilidad en caso de robo con violencia ó intimidación en las personas, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero.

Art. 21. La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior, será también extensiva á los amos, maestros, personas y empresas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos ó faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes en el desempeño de sus obligaciones ó servicio.

### TÍTULO III

#### De las penas.

### CAPÍTULO PRIMERO

#### DE LAS PENAS EN GENERAL

Art. 22. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley anterior á su perpetración.

Art. 23. Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.

Art. 24. El perdón de la parte ofendida no extingue la acción



penal. Esto no se entiende respecto á los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia ó consentimiento del agraviado.

La responsabilidad civil, en cuanto al interés del condonante, se extingue por su renuncia expresa.

Art. 26. No se reputarán penas:

1.º La detención y la prisión preventiva de los procesados.

2.º La suspensión de empleo ó cargo público acordada durante el proceso ó para instruirlo.

3.º Las multas y demás correcciones que en uso de las atribuciones gubernativas ó disciplinarias impongan los superiores á sus subordinados ó administrados.

4.º Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma legal establezcan las leyes civiles.

## CAPÍTULO II

### DE LA CLASIFICACION DE LAS PENAS

Art. 26. Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente

#### ESCALA GENERAL

##### *Penas aflictivas.*

Muerte.

Cadena perpetua.

Reclusión perpetua.

Relegación perpetua.

Extrañamiento perpetuo.

Cadena temporal.

Reclusión temporal.

Relegación temporal.

Extrañamiento temporal.

Presidio mayor.

Prisión mayor.

Confinamiento.

Inhabilitación absoluta perpetua.

Inhabilitación absoluta temporal.

Inhabilitación especial

perpetua. . . . .

Inhabilitación especial

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

perpetua. . . . .

temporal. . . . .

para } Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio.

##### *Penas correccionales.*

Presidio correccional.

Prisión correccional.

Elementos de Derecho penal.



Destierro.  
 Reprensión pública.  
 Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio.  
 Arresto mayor.

*Penas leves.*

Arresto menor.  
 Reprensión privada.

*Penas comunes á las tres clases anteriores.*

Multa.  
 Caución.

*Penas accesorias.*

Degradación.  
 Interdicción civil.  
 Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.  
 Pago de costas.

Art. 27. La multa, cuando se impusiere como pena principal, se reputará aflictiva si excediere de 2.500 pesetas; correccional si no excediere de 2.500 y no bajare de 125, y leve si no llegare á 125 pesetas.

Art. 28. Las penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos y derecho de sufragio son accesorios en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, declara que otras penas las llevan consigo.

Las costas procesales se entienden impuestas por la ley á los criminalmente responsables de todo delito ó falta.

### CAPÍTULO III

#### DE LA DURACIÓN Y EFECTOS DE LA PENA

##### SECCIÓN PRIMERA

###### Duración de las penas.

Art. 29. Los condenados á las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y á la de extrañamiento perpetuo, serán indultados á los treinta años de cumplimiento de la condena, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves no fuesen dignos de indulto, á juicio del Gobierno.

Las penas de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento temporales durarán de doce años y un día á veinte años.

Las de presidio y prisión mayores y las de confinamiento durarán de seis años y un día á doce años.

Las de inhabilitación absoluta é inhabilitación especial temporales durarán de seis años y un día á doce años.



Las de presidio y prisión correccionales y destierro durarán de seis meses y un día á seis años.

La de suspensión durará de un mes y un día á seis años.

La de arresto mayor durará de un mes y un día á seis meses.

La de arresto menor durará de uno á treinta días.

La de caución durará el tiempo que determinen los Tribunales.

Art. 30. Lo dispuesto en el artículo anterior no tiene lugar respecto de las penas que se imponen como accesorias de otras, en cuyo caso tendrán las penas accesorias la duración que respectivamente se halle determinada por la ley.

Art. 31. Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas temporales empezará á contarse desde el día en que la sentencia condenatoria hubiere quedado firme.

Quando el reo no estuviere preso, la duración de las penas que consistan en privación de libertad empezará á contarse desde que aquél se halle á disposición de la Autoridad judicial para cumplir su condena.

La duración de las penas de extrañamiento, confinamiento y destierro, no empezará á contarse sino desde el día en que el reo hubiere empezado á cumplir la condena.

Quando el reo entablare recurso de casación, y fuere desechado, se le abonará en la pena el tiempo transcurrido desde la sentencia de que se recurrió hasta la sentencia que desechó el recurso.

## SECCIÓN SEGUNDA

Efectos de las penas según su naturaleza respectiva.

Art. 32. La pena de inhabilitación absoluta perpetua producirá los efectos siguientes:

1.º La privación de todos los honores y de los cargos y empleos públicos que tuviere el penado, aunque fueren de elección popular.

2.º La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos de elección popular.

3.º La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos y derechos mencionados.

4.º La pérdida de todo derecho ó jubilación, cesantía ú otra pensión por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes.

No se comprenden en esta disposición los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda é hijos del penado.

Art. 33. La pena de inhabilitación absoluta temporal producirá los efectos siguientes:

1.º La privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren de elección popular.

2.º La privación del derecho de elegir y de ser elegido para cargos públicos de elección popular, durante el tiempo de la condena.



3.º La incapacidad para obtener los honores, empleos, cargos y derechos mencionados en el núm. 1.º, igualmente por el tiempo de la condena.

Art. 34. La inhabilitación especial perpetua para cargos públicos producirá los efectos siguientes:

1.º La privación del cargo ó empleo sobre que recayere y de los honores anejos á él.

2.º La incapacidad de obtener otros análogos.

Art. 35. La inhabilitación especial perpetua para el derecho de sufragio privará perpetuamente al penado del derecho de elegir y ser elegido para el cargo público de elección popular sobre que recayere.

Art. 36. La inhabilitación especial temporal para cargo público producirá los efectos siguientes:

1.º La privación del cargo ó empleo sobre que recayere y de los honores anejos á él.

2.º La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena.

Art. 37. La inhabilitación especial temporal para el derecho de sufragio privará al penado del derecho de elegir y ser elegido durante el tiempo de la condena para el cargo público de elección popular sobre que recayere.

Art. 38. La suspensión de un cargo público inhabilitará al penado para su ejercicio y para obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena.

Art. 39. La suspensión del derecho de sufragio inhabilitará al penado igualmente para su ejercicio durante el tiempo de la condena.

Art. 40. Cuando la pena de inhabilitación, en cualquiera de sus clases, y la de suspensión recayeren en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos á los cargos, derechos y honores que no tuvieron derecho á percibir por razón de su cargo eclesiástico.

Art. 41. La inhabilitación perpetua especial para profesión ó oficio privará al penado perpetuamente de la facultad de ejercerlo.

La temporal le privará igualmente por el tiempo de la condena.

Art. 42. La suspensión de profesión ó oficio producirá los mismos efectos que la inhabilitación temporal durante el tiempo de la condena.

Art. 43. La interdicción civil privará al penado, mientras la tuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participación en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos. Exceptúanse los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos.

Art. 44. La pena de caución producirá la obligación del penado de presentar un fiador abonado que haya de responder de que aquél



ejecutará el mal que se tratare de precaver, y haya de obligarse a satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado el Tribunal en la sentencia.

El Tribunal determinará, según su prudente arbitrio, la duración de la fianza.

Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de destierro.

Art. 45. Los sentenciados á las penas de inhabilitación para cargos públicos, derecho de sufragio, profesión ú oficio, perpetua ó temporalmente, podrán ser rehabilitados en la forma que determine la ley.

Art. 46. La gracia de indulto no producirá la rehabilitación para ejercicio de los cargos públicos y el derecho de sufragio, si en el indulto no se concediere especialmente la rehabilitación.

Art. 47. Las costas comprenderán los derechos é indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales, ya consistan en canon en cantidades fijas ó inalterables por hallarse anticipadamente determinadas por las leyes, reglamentos ó Reales órdenes, ya no estén sujetas á arancel.

Art. 48. El importe de los derechos é indemnizaciones que no hubieren señalados anticipadamente en los términos prescritos en el artículo anterior, se fijarán por el Tribunal en la forma que establezca la ley de Enjuiciamiento criminal.

Art. 49. En el caso en que los bienes del penado no fueren bastantes á cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por el orden siguiente:

1.º La reparación del daño causado é indemnización de perjuicios.

2.º La indemnización al Estado por el importe del papel sellado y demás gastos que se hubiesen hecho por su cuenta en la causa.

3.º Las costas del acusador privado.

4.º Las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

5.º La multa.

Quando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse de instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia á la indemnización del Estado.

Art. 50. Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los números 1.º, 3.º y 4.º del artículo anterior, quedará sujeto á una responsabilidad personal subsidiaria, á razón de un día por cada cinco pesetas, con preferencia á las reglas siguientes:

1.ª Cuando la pena principal impuesta se hubiere de cumplir por el reo encerrado en un establecimiento penal, continuará en el mismo, sin que pueda exceder esta detención de la tercera parte del tiempo de la condena, y en ningún caso de un año.

2.ª Cuando la pena principal impuesta no se hubiere de cumplir por el reo encerrado en un establecimiento penal y tuviere fijada su



duración, continuará sujeto, por el tiempo señalado en el número anterior, á las mismas privaciones en que consista dicha pena.

3.<sup>a</sup> Cuando la pena principal impuesta fuere la de reprensión, multa, ó caución, el reo insolvente sufrirá en la cárcel de partido una detención, que no podrá exceder en ningún caso de seis meses, cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días, cuando hubiese sido por falta.

Art. 51. La responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia no se impondrá al condenado á pena superior en la escala general á la de presidio correccional.

Art. 52. La responsabilidad personal que hubiese sufrido el reo por insolvencia, no le eximirá de la reparación del daño causado y de la indemnización de perjuicios, si llegare á mejor fortuna; pero sí de las demás responsabilidades pecuniarias comprendidas en los números 3.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> del art. 49.

### SECCIÓN TERCERA

Penas que llevan consigo otras accesorias.

Art. 53. La pena de muerte, cuando no se ejecutare por haber sido indultado el reo, llevará consigo la de inhabilitación absoluta perpetua, si no se hubiese remitido especialmente en el indulto dicha pena accesoria.

Art. 54. La pena de cadena perpetua llevará consigo las siguientes:

1.<sup>a</sup> Degradación, en el caso de que la pena principal de cadena perpetua fuere impuesta á un empleado público por abuso cometido en el ejercicio de su cargo, y éste fuere de los que confieren carácter permanente.

2.<sup>a</sup> La interdicción civil.

Aunque el condenado obtuviere indulto de la pena principal, sufrirá la de inhabilitación perpetua absoluta, si no se hubiere remitido esta pena accesoria en el indulto de la principal.

Art. 55. La pena de reclusión perpetua llevará consigo la de inhabilitación perpetua absoluta, cuya pena sufrirá el condenado, aunque se le hubiere indultado de la principal, si en el indulto no se le hubiere remitido aquélla.

Art. 56. Las penas de relegación perpetua y extrañamiento perpetuo llevarán consigo la misma que la reclusión perpetua, debiendo de aplicarse á ella las disposiciones del anterior artículo.

Art. 57. La pena de cadena temporal llevará consigo las siguientes:

1.<sup>a</sup> Interdicción civil del penado durante la condena.

2.<sup>a</sup> Inhabilitación absoluta perpetua.

Art. 58. La pena de presidio mayor llevará consigo la de inhabilitación absoluta temporal en toda su extensión.



Art. 59. La pena de presidio correccional llevará consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio ó derecho de sufragio.

Art. 60. Las penas de reclusión, relegación y extrañamiento temporales llevarán consigo la de inhabilitación absoluta temporal en su extensión.

Art. 61. La pena de confinamiento llevará consigo la de inhabilitación absoluta temporal durante el tiempo de la condena.

Art. 62. Las penas de prisión mayor y correccional y arresto mayor llevarán consigo la de suspensión de todo cargo y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

Art. 36. Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él proviniesen y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado.

Los unos y los otros serán decomisados, á no ser que perteneciesen á un tercero no responsable del delito.

Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto á cubrir las responsabilidades del penado, ó inutilizarán, si son ilícitos.

## CAPÍTULO IV

### DE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

#### SECCIÓN PRIMERA

Reglas para la aplicación de las penas á los autores de delito consumado, de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices y encubridores.

Art. 64. A los autores de un delito ó falta se impondrá la pena que para el delito ó falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley.

Siempre que la ley señalare generalmete la pena de un delito, se entenderá que la impone al delito consumado.

Art. 65. En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se observarán las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste en su grado máximo la pena correspondiente al segundo.

2.<sup>a</sup> Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste, también en su grado máximo, la pena correspondiente al primero.

3.<sup>a</sup> Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeren además tentativa ó delito frustrado de otro hecho, si la ley castigara estos actos con ma-



por pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente á la tentativa ó al delito frustrado en su grado máximo.

Art. 66. A los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito consumado.

La misma regla se observará respecto á los autores de falsas frustradas contra las personas ó la propiedad.

Art. 67. A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado.

Art. 68. A los cómplices de un delito consumado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito consumado.

Art. 69. A los encubridores de un delito consumado se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado.

Art. 70. A los cómplices de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito frustrado.

Art. 71. A los encubridores de un delito frustrado se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito frustrado.

Art. 72. A los cómplices de tentativa de delito se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para la tentativa de delito.

Art. 73. A los encubridores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para la tentativa de delito.

Art. 74. Exceptuáanse de lo dispuesto en los arts. 69, 71 y 73, los encubridores comprendidos en el núm. 3.º del art. 16, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, á los cuales se 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.

Art. 75. Las disposiciones generales contenidas en los arts. 66 y siguientes hasta el 74 inclusive, no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad ó el encubrimiento se hallen especialmente penados por la ley.

Art. 76. Para graduar las penas que en conformidad á lo dispuesto en los arts. 66 y siguientes hasta el 73 inclusive, corresponden imponer á los autores de delito frustrado y de tentativa, y á los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la pena señalada al delito fuere una sola é indivisible, la inmediatamente inferior será la que siga en número en la escala gradual respectiva á la pena indivisible.

2.ª Cuando la pena señalada al delito se componga de dos penas



divisibles ó de una ó más divisibles, impuestas en toda su extensión, será inmediatamente inferior la que siga en número en la escala gradual respectiva á la menor de las penas impuestas.

1.<sup>a</sup> Cuando la pena señalada al delito se componga de una ó dos divisibles y del grado máximo de otra divisible, la pena inmediatamente inferior se compondrá de los grados medio y mínimo de la propia pena divisible y del máximo de la que siga en número en la respectiva escala gradual.

2.<sup>a</sup> Cuando la pena señalada al delito se componga de varios grados, correspondientes á diversas penas divisibles, la inmediatamente inferior se compondrá del grado que siga al mínimo de los que constituyan la pena impuesta y de los otros dos más inmediatos, que se tomarán de la propia pena impuesta, si los hubiere, y en otro caso de la pena que siga en número en la respectiva escala gradual.

3.<sup>a</sup> Cuando la ley señalare la pena al delito en una forma especialmente no prevista en las cuatro reglas anteriores, los Tribunales, procediendo por analogía, aplicarán las penas correspondientes á los autores de delito frustrado y tentativa y á los cómplices y enabridores.

Art. 77. Cuando la pena señalada al delito estuviere incluida en las escalas, se hará la gradación prevenida en el artículo precedente, por la escala que comprenda las penas con que estén castigados la mayor parte de los delitos de la sección, capítulo ó título donde esté contenido el delito.



TABLA DEMOSTRATIVA DE LO DISPUESTO EN ESTE CAPITULO

|                  | Pena<br>señalada para el delito.                                             | Pena<br>correspondiente al au-<br>tor del delito frustrado<br>y cómplice del delito<br>consumado. | Pena<br>correspondiente al au-<br>tor de tentativa de de-<br>lito consumado, al en-<br>cubridor del propio de-<br>lito y á los cómplices<br>del delito frustrado. | Pena<br>correspondiente al en-<br>cubridor de delito frus-<br>trado y á los cómplices<br>de tentativa. | Pena<br>correspondiente<br>al encubridor<br>de<br>tentativa de delito. |
|------------------|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------|
| Primer caso..... | Muerte.                                                                      | Cadena perpetua.                                                                                  | Cadena temporal.                                                                                                                                                  | Presidio mayor.                                                                                        | Presidio correccional.                                                 |
| Segundo caso...  | Cadena perpetua á<br>muerte.                                                 | Cadena temporal                                                                                   | Presidio mayor.                                                                                                                                                   | Presidio correccional.                                                                                 | Arresto mayor.                                                         |
| Tercer caso..... | Cadena temporal en<br>su grado máximo á<br>muerte.                           | Presidio mayor en su<br>grado máximo á ca-<br>dena temporal en<br>su grado medio.                 | Presidio correccional<br>en su grado máxi-<br>mo á presidio ma-<br>yor en su grado<br>medio.                                                                      | Arresto mayor en su<br>grado máximo á<br>presidio correccio-<br>nal en su grado<br>medio.              | Multa y arresto ma-<br>yor en sus grados<br>minimo y medio.            |
| Cuarto caso..... | Presidio mayor en su<br>grado máximo á<br>cadena temporal<br>en grado medio. | Presidio correccional<br>en su grado máxi-<br>mo á presidio ma-<br>yor en su grado<br>medio.      | Arresto mayor en su<br>grado máximo á<br>presidio correccio-<br>nal en su grado<br>medio.                                                                         | Multa y grado mini-<br>mo y medio del<br>arresto mayor.                                                | Multa.                                                                 |



## SECCIÓN SEGUNDA

Reglas para la aplicación de las penas, en consideración á las circunstancias atenuantes y agravantes.

Art. 78. Las circunstancias atenuantes ó agravantes se tomarán en consideración para disminuir ó aumentar la pena en los casos y conforme á las reglas que se prescriben en esta sección.

Art. 79. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente penado por la ley, ó que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal naturaleza inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse.

Art. 80. Las circunstancias agravantes ó atenuantes que concurren 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 tuvieron conocimiento de las mismas en el momento de la acción ó de su cooperación para el delito.

Art. 81. En los casos en que la ley señalare una sola pena indivisible, la aplicarán los Tribunales sin consideración á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurren en el hecho.

En los casos en que la ley señalare una pena compuesta de dos divisibles, se observarán para su aplicación las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Cuando en el hecho hubiere concurrido sólo alguna circunstancia agravante, se aplicará la pena mayor.

2.<sup>a</sup> Cuando en el hecho no hubieren concurrido circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena menor.

3.<sup>a</sup> Cuando en el hecho hubiere concurrido alguna circunstancia atenuante y ninguna agravante, se aplicará la pena menor.

4.<sup>a</sup> Cuando en el hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente por su número ó importancia los Tribunales, para aplicar la pena á tenor de las reglas precedentes, según el resultado que diere la compensación.

Art. 82. En los casos en que la pena señalada por la ley consta de tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado, con arreglo á lo prevenido en los artículos 97 y 98, los Tribunales observarán para la aplicación de la pena, según haya ó no circunstancias atenuantes ó agravantes, las reglas siguientes:



1.<sup>a</sup> Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.

2.<sup>a</sup> Cuando concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en el grado mínimo.

3.<sup>a</sup> Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.

4.<sup>a</sup> Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5.<sup>a</sup> Cuando sean dos ó más, y muy calificadas las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias.

6.<sup>a</sup> Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.

7.<sup>a</sup> Dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y á la mayor ó menor extensión del mal producido por el delito.

Art. 83. En los casos en que la pena señalada por la ley no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos.

Art. 84. En la aplicación de las multas, los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal ó facultades del culpable.

Art. 85. Cuando no concurrieren todos los requisitos que se exigen en el caso del núm. 8.º del art. 8.º para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el art. 579.

Art. 86. Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el Tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo menos, á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.

Al mayor de quince años y menor de dieciocho, se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley.

Art. 87. Se aplicará la pena inferior, en uno ó dos grados, á la señalada por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el



Art. 8.º, siempre que concurriere el mayor número de ellos, imponiéndose en el grado que los Tribunales estimaren correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren ó concurren.

Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 85.

## SECCION TERCERA

Disposiciones comunes á las dos sentencias anteriores.

Art. 88. Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se impondrán las penas correspondientes á las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Art. 89. Cuando todas ó algunas de las penas correspondientes á las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán respecto á ellas las reglas siguientes:

1.ª En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado, en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas ó por haberlas ya cumplido.

La gravedad respectiva de las penas para la observancia de lo dispuesto en el párrafo anterior, se determinará con arreglo á la siguiente escala:

Muerte.

Cadena perpetua.

Cadena temporal.

Reclusión perpetua.

Reclusión temporal.

Presidio mayor.

Prisión mayor.

Presidio correccional.

Prisión correccional.

Arresto mayor.

Relegación perpetua.

Relegación temporal.

Extrañamiento perpetuo.

Extrañamiento temporal.

Confinamiento.

Destierro.

2.ª Sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de duración de la condena del culpable no podrá exceder del triple de tiempo porque se le impusiere la más grave de las penas



en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que procedan, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo del tiempo prescrito.

En ningún caso podrá dicho máximo exceder de cuarenta años.

Para la aplicación de lo dispuesto en esta regla, se computará la duración de la pena perpetua en treinta años.

Art. 90. Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos, cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

En estos casos sólo se impondrá la pena correspondiente al delito más grave, aplicándola en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las dos que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos (1).

Art. 91. Siempre que los Tribunales impusieren una pena que llevare consigo otras por disposición de la ley, según lo que se prescribe en la sección tercera del capítulo anterior, condenarán también expresamente al reo en estas últimas.

Art. 92. En los casos en que la ley señala una pena inferior ó superior en uno ó más grados á otra determinada, se observarán para su graduación las reglas prescritas en los arts. 76 y 77.

La pena inferior ó superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

Cuando haya de aplicarse una pena superior á la de arresto mayor, se tomará de la escala en que se hallen comprendidas las penas señaladas para los delitos más graves de la misma especie que el castigado con arresto mayor.

Los Tribunales atenderán para hacer la aplicación de la pena inferior ó superior á las siguientes:

## ESCALAS GRADUALES

### *Escala núm. 1.º*

- 1.º Muerte.
- 2.º Cadena perpetua.
- 3.º Cadena temporal.
- 4.º Presidio mayor.
- 5.º Presidio correccional.
- 6.º Arresto.

### *Escala núm. 2.º*

- 1.º Muerte.
- 2.º Reclusión perpetua.
- 3.º Reclusión temporal.
- 4.º Prisión mayor.
- 5.º Prisión correccional.
- 6.º Arresto.

(1) Reformado como queda inserto por ley de 3 Enero de 1908.



*Escala núm. 3.º*

- 1.º Relegación perpetua.
- 2.º Relegación temporal.
- 3.º Confinamiento.
- 4.º Destierro.
- 5.º Reprensión pública.
- 6.º Caución de conducta.

*Escala núm. 4.º*

- 1.º Extrañamiento perpetuo.
- 2.º Extrañamiento temporal.
- 3.º Confinamiento.
- 4.º Destierro.
- 5.º Reprensión pública.
- 6.º Caución de conducta.

*Escala núm. 5.º*

- 1.º Inhabilitación absoluta perpetua.
- 2.º Inhabilitación absoluta temporal.
- 3.º Suspensión de. . . . . } Cargos públicos, de derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio.

*Escala núm. 6.º*

- 1.º Inhabilitación especial perpetua. . . . . } Para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio.
- 2.º Inhabilitación especial temporal. . . . . }
- 3.º Suspensión de. . . . . } Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio. . . . .

Art. 93. La multa se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores.

Quando se hubiere impuesto en este concepto, la responsabilidad subsidiaria correspondiente á ella por insolvencia del culpable, establecida en el art. 50, no podrá exceder del tiempo de duración correspondiente á la pena inmediata superior de la escala respectiva.

Art. 94. En los casos en que la ley señala una pena superior á otra determinada, sin designar especialmente cuál sea, si no hubie-



re pena superior en la escala respectiva, ó aquélla fuese la de muerte, se considerarán como inmediatamente superiores las siguientes:

1.<sup>a</sup> Si la pena determinada fuese la de cadena ó reclusión perpetuas ó inhabilitación absoluta ó inhabilitación especial perpetua, las mismas penas, con la cláusula de que el penado no goce del beneficio establecido en el art. 29 de este Código sino á los cuarenta años.

2.<sup>a</sup> Si fuere la de relegación perpetua, la de reclusión perpetua.

3.<sup>a</sup> Si fuere la de extrañamiento perpetuo, la de relegación perpetua.

Art. 95. Cuando sea necesario elevar ó bajar la pena de multa uno ó más grados, se aumentará ó se rebajará respectivamente por cada uno la cuarta parte del máximo de la cantidad determinada en la ley, y para rebajarla se hará una operación inversa.

Iguals reglas se seguirán respecto de las multas que no consistan en cantidad fija, sino proporcional.

Art. 96. Cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas de cadena perpetua ó temporal ó con las de presidio mayor ó correccional, se les impondrán respectivamente las de reclusión perpetua ó temporal, prisión mayor ó correccional.

Art. 97. En las penas divisibles, el periodo legal de su duración se entiende distribuido en tres partes, que forman los tres grados, mínimo, medio y máximo, de la manera que expresa la siguiente.



DE LA DURACIÓN DE LAS PENAS DIVISIBLES Y DEL TIEMPO QUE ABRAZA CADA UNO DE SUS GRADOS

| PENAS                                                                      | Tiempo<br>que comprende toda<br>la pena. | Tiempo<br>que comprende el grado<br>mínimo.  | Tiempo<br>que comprende el grado<br>medio.               | Tiempo<br>que comprende el grado<br>máximo. |
|----------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|----------------------------------------------|----------------------------------------------------------|---------------------------------------------|
| <i>Cadena, reclusión, relegación y ex-<br/>trañamiento temporales.....</i> | De 12 años y un día, á<br>20 años.       | De 12 años y un día, á<br>14 años y 8 meses. | De 14 años, 8 meses y un<br>día, á 17 años y 4<br>meses. | De 17 años 4 meses y<br>un día, á 20 años.  |
| <i>Presidio y prisión mayores y con-<br/>finamiento .....</i>              | De 6 años y un día, á 12<br>años.        | De 6 años y un día, á 8<br>años.             | De 8 años y un día, á 10<br>años.                        | De 10 años y un día, á<br>12 años.          |
| <i>Inhabilitación absoluta é inhabi-<br/>litación especial temporal...</i> |                                          |                                              |                                                          |                                             |
| <i>Las de presidio, prisión correc-<br/>cional y destierro ..</i>          | De 6 meses y un día, á<br>8 años.        | De 6 meses y un día, á<br>2 años y 4 meses.  | De 2 años, 4 meses y un<br>día, á 4 años y 2 meses       | De 4 años, 2 meses y un<br>día, á 6 años.   |
| <i>La de suspensión .....</i>                                              | De un mes y un día, á<br>6 años.         | De un mes y un día, á 2<br>años.             | De 2 años y un día á 4<br>años.                          | De 4 años y un día, á 6<br>años.            |
| <i>La de arresto mayor.....</i>                                            | De un mes y un día, á 6<br>meses.        | De uno á 2 meses.                            | De 2 meses y un día, á<br>4 meses                        | De 4 meses y un día, á<br>6 meses.          |
| <i>La de arresto menor .....</i>                                           | De uno á 90 días.                        | De uno á 10 días                             | De 11 á 20 días.                                         | De 21 á 30 días.                            |



Art. 98. En los casos en que la ley señalare una pena compuesta de tres distintas, cada una de éstas formará un grado de penalidad: la más leve de ellas el mínimo; la siguiente el medio, y la más grave el máximo.

Cuando la pena señalada no tenga una de las formas previstas especialmente en este libro, se distribuirán los grados, aplicando por analogía las reglas fijadas.

## CAPITULO V

### DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS Y DE SU CUMPLIMIENTO

#### SECCION PRIMERA

##### Disposiciones generales.

Art. 99. No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme.

Art. 100. Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto.

Se observará también, además de lo que dispone la ley, lo que determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas acerca de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, relaciones de los penados entre sí y con otras personas, socorros que pueden recibir y régimen alimenticio.

Los reglamentos dispondrán la separación de sexos en establecimientos distintos, ó por lo menos en departamentos diferentes.

Art. 101. Cuando el delincuente cayere en locura ó en imbecilidad después de pronunciada sentencia firme, se suspenderá la ejecución tan sólo en cuanto á la pena personal, observándose en esos casos respectivos lo establecido en los párrafos 2.º y 3.º, núm. 1.º del art. 8.º

En cualquier tiempo en que el delincuente recobraré el juicio cumplirá la sentencia, á no ser que la pena hubiera prescrito, con arreglo á lo que se establece en este Código.

Se observarán también las disposiciones respectivas de esta sección cuando la locura ó imbecilidad sobreviniere hallándose el sentenciado cumpliendo la sentencia.

#### SECCION SEGUNDA

##### Penas principales.

Art. 102. La pena de muerte se ejecutará en garrote, de día en sitio adecuado de la prisión en que se hallare el reo, y á las diez y ocho horas de notificarle la señalada para la ejecución, que no se verificará en días de fiesta religiosa ó nacional.



Art. 103. Hecha la notificación expresada en el artículo anterior, la autoridad judicial encargada del cumplimiento de la sentencia dispondrá que el reo sea instalado en lugar aislado de la misma prisión, no permitirá que comuniquen con el condenado sino las Autoridades superiores de la localidad, el Fiscal del Tribunal sentenciador ó delegado, los Sacerdotes ó Ministros de la religión é individuos de Asociaciones de caridad que hubieren de auxiliarle, el Médico de la cárcel, un Notario, si el reo quisiere otorgar testamento ó ejecutar cualquier acto oral, y los funcionarios públicos y personas que sean voluntariamente indispensables para realizarlos y mediante expreso consentimiento del reo, su representación y defensa en la causa, é individuos de su familia ó cualquiera otra persona que por circunstancias especiales obtuviere permiso de la autoridad judicial al prudente arbitrio de esta.

Art. 104. Asistirán al acto de la ejecución el Secretario judicial designado al efecto, los representantes de las autoridades gubernamental y municipal, el Jefe y empleados de la prisión que el Jefe designe, los Sacerdotes ó Ministros de la religión é individuos de las Asociaciones de caridad que auxilien al reo, y tres vecinos designados por el Alcalde si voluntariamente se prestasen á concurrir. En el momento de la ejecución se izará, en la parte visible desde el exterior de la prisión, una bandera negra, que se mantendrá ondulada durante todo el día.

El cadáver podrá ser entregado para su inhumación á la familia del reo, y, en su defecto á personas piadosas.

El entierro no podrá hacerse con pompa.

Para acreditar la ejecución de la pena, se extenderá acta sucinto del hecho, que suscribirán las personas que la hubieren presenciado, y se publicará en el *Boletín oficial* de la provincia.

La Autoridad judicial observará y hará guardar y cumplir todas las disposiciones referentes á la ejecución (1).

Art. 105. No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halla encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento.

Art. 106. Las penas de cadena perpetua y temporal se cumplirán en cualquiera de los puntos destinados á este objeto, en Africa, Canarias ó Ultramar.

Art. 107. Los sentenciados á cadena temporal ó perpetua trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura; se emplearán en trabajos duros y penosos, no recibirán auxilio alguno de fuera del establecimiento.

Sin embargo, cuando el Tribunal, consultando la edad, salud, estado y cualesquiera otras circunstancias personales del delincuente, creyere que éste debe cumplir la pena en trabajos interiores del establecimiento, lo expresará así en la sentencia.

(1) Reformados los arts. 102, 103 y 104 por ley de 9 de Abril de 1900, van insertos conforme al texto de esa ley.



Art. 108. Los sentenciados á cadena temporal ó perpetua no podrán ser destinados á obras de particulares ni á las públicas que se ejecutaren por empresas ó contratas con el Gobierno.

Art. 109. El condenado á cadena temporal ó perpetua que tuviere antes de la sentencia sesenta años de edad, cumplirá la condena en una casa de presidio mayor.

Si los cumpliera estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa-presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia.

Art. 110. La reclusión perpetua y la temporal se cumplirán en establecimientos situados dentro ó fuera de la Península.

Los condenados á ella estarán sujetos á trabajo forzoso en beneficio del Estado dentro del recinto del establecimiento.

Art. 111. Las penas de relegación perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vigilancia de la Autoridad, á su profesión ú oficio, dentro del radio á que se extiendan los límites del establecimiento penal.

Art. 112. El sentenciado á extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuese perpetuo; y si fuese temporal, por el tiempo de la condena.

Art. 113. Las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados, para el presidio mayor, dentro de la Península ó islas Baleares ó Canarias, y para el correccional, dentro de la Península.

Los condenados á presidio estarán sujetos á trabajos forzados dentro del establecimiento en que cumplan la condena.

Art. 114. El producto del trabajo de los presidiarios será destinado:

1.º Para hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos, proveniente del delito.

2.º Para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen.

3.º Para proporcionarles alguna ventaja ó ahorro durante su detención, si lo mereciesen, y para formales un fondo de reserva, que se les entregará á su salida del presidio, ó á sus herederos si fallecieren en él.

Art. 115. Las penas de prisión se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados, para la prisión mayor, dentro de la Península ó islas Baleares y Canarias, y para la correccional, dentro del territorio de la Audiencia que le hubiere impuesto.

Los condenados á prisión no podrán salir del establecimiento que la sufran durante el tiempo de su condena, y se ocuparán, para su propio beneficio, en trabajos de su elección, siempre que fueren compatibles con la disciplina reglamentaria. Estarán, sin embargo,



ojos á los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas las responsabilidades señaladas en los núms. 1.º y 2.º del artículo anterior. También lo estarán los que no tengan oficio ó modo de vivir honrado y honesto.

Art. 116. Los sentenciados á confinamiento serán conducidos á un pueblo ó distrito situado en las islas Baleares ó Canarias, en el cual permanecerán en completa libertad bajo la vigilancia de la Autoridad.

Los Tribunales, para el señalamiento del punto en que deba cumplirse la condena, tendrán en cuenta el oficio, profesión ó modo de vivir del sentenciado, con objeto de que pueda adquirir su subsistencia.

Los que fueren útiles por su edad, salud y buena conducta, podrán ser destinados, con su anuencia, por el Gobierno al servicio militar.

El sentenciado á destierro quedará privado de entrar en el punto á donde se designen en la sentencia y en el radio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al menos y 250 á lo más del punto designado.

Art. 117. El sentenciado á reprensión pública la recibirá personalmente en audiencia del Tribunal, á puerta abierta.

El sentenciado á reprensión privada la recibirá personalmente en presencia del Tribunal, á presencia del Secretario y á puerta cerrada.

Art. 118. El arresto mayor se sufrirá en la casa pública destinada á este fin en las cabezas de partido.

Lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 115 es aplicable en sus casos respectivos á los condenados á esta pena.

Art. 119. El arresto menor se sufrirá en las Casas Consistoriales ó otras del Ayuntamiento situadas en el término municipal en que se hubiere cometido el hecho—á no ser que la pena impuesta no haya sido por falta de hurto ni exceda de cinco días ó de la multa correspondiente—en cuyo caso se extinguirá el arresto menor en la misma casa del penado (1).

### SECCIÓN TERCERA

#### Penas accesorias.

Art. 120. El sentenciado á degradación será despojado por un alguacil, en audiencia pública del Tribunal, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones.

El despojo se hará á la voz del Presidente que lo ordenará con la fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de sus insignias y condecoraciones, de cuyo uso la ley le declara indigno: la ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo.»

(1) Reformado como queda inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



## TÍTULO IV

## De la responsabilidad civil.

Art. 121. La responsabilidad civil, establecida en el capítulo 2.º título 2.º de este libro, comprende:

- 1.º La restitución.
- 2.º La reparación del daño causado.
- 3.º La indemnización de perjuicios.

Art. 122. La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos, á regulación del Tribunal.

Se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero, y éste la haya adquirido por un medio legal, salva su repetición contra quien corresponda.

Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable.

Art. 123. La reparación se hará valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado.

Art. 124. La indemnización de perjuicios comprenderá, no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que hubieren irrogado por razón del delito á su familia ó á un tercero.

Los Tribunales regularán el importe de esta indemnización en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente.

Art. 125. La obligación de restituir, reparar el daño ó indemnizar los perjuicios, se transmite á los herederos del responsable.

La acción para repetir la restitución, reparación ó indemnización se transmite igualmente á los herederos del perjudicado.

Art. 126. En el caso de ser dos ó más los responsables civilmente de un delito ó falta, los Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

Art. 127. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los autores, los cómplices y los encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por las cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes á los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva primero en los bienes de los autores, después en los de los cómplices, y por último en los de los encubridores.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria, como la subsidiaria quedará á salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.



Art. 128. El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito ó falta, está obligado al resarcimiento hasta la cantidad en que hubiere participado.

## TÍTULO V

De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo.

### CAPÍTULO PRIMERO

#### DE LAS PENAS EN QUE INCURREN LOS QUE QUEBRANTAN LAS SENTENCIAS

Art. 129. Los sentenciados que hubieren quebrantado su condena sufrirán una agravación en la pena, con sujeción á lo que se dispone en las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Los sentenciados á cadena ó reclusión cumplirán sus respectivas condenas, haciéndoles sufrir, por un tiempo que no excederá de tres años, las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, destinándolos á los trabajos más penosos.

Si la pena fuere perpetua, no gozarán del beneficio que concede el art. 29 hasta que hayan cumplido la agravación en la pena que se les hubiere impuesto.

Si fuere temporal, y la agravación de pena no pudiese cumplirse dentro del término señalado en la anterior condena, continuarán sujetos á ella hasta extinguir el tiempo de la agravación.

2.<sup>a</sup> Los sentenciados á relegación ó extrañamiento, serán condenados á prisión correccional, que no podrá exceder de tres años, debiendo los relegados sufrirla en el punto de la relegación si fuere posible, y en el más inmediato si no lo fuere, y los extrañados, en uno de los establecimientos penales del reino.

Cumplidas estas condenas, continuarán sufriendo las anteriores.

3.<sup>a</sup> Los sentenciados á presidio, prisión ó arresto, sufrirán un recargo de la misma pena, que no podrá exceder de la sexta parte del tiempo que les faltare para cumplir su primitiva condena.

4.<sup>a</sup> Los sentenciados á confinamiento serán condenados á prisión correccional, que no podrá exceder de dos años, y cumplida esta condena, extinguirán las de confinamiento.

5.<sup>a</sup> Los desterrados serán condenados á arresto mayor, cumplido el cual extinguirán la pena de destierro.

6.<sup>a</sup> Los inhabilitados para cargo, derecho de sufragio, profesión ú oficio, que los obtuvieren ó ejercieren, cuando el hecho no constituya un delito especial, serán condenados al arresto mayor y multa de 100 á 1.000 pesetas.

7.<sup>a</sup> Los suspensos de cargo, derecho de sufragio, profesión ú oficio que los ejercieren, sufrirán un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena y una multa de 50 á 500 pesetas.



Art. 130. Las agravaciones prescritas en el artículo anterior, respecto á los que sufran privación de libertad, no se aplicarán á los que se fugaren de los establecimientos penales ó de sus destacamentos, sin violencia, intimidación ni resistencia, sin fractura de puertas ó ventanas, paredes, techos ó suelos, sin usar ganzúas ó llaves falsas, sin escalamiento y sin ponerse de acuerdo con otros penados ó dependientes del establecimiento.

El quebrantamiento de la sentencia, cuando no concurran una ó más de estas circunstancias, será corregido con la cuarta parte de la pena respectivamente señalada en el art. 129.

## CAPÍTULO II

DE LAS PENAS EN QUE INCURREN LOS QUE DESPUÉS DE HABER SIDO CONDENADOS POR SENTENCIA FIRME NO CUMPLIDA, O DURANTE EL TIEMPO DE SU CONDENA, DELINQUEN DE NUEVO.

Art. 131. Los que cometieren algún delito ó falta después de haber sido condenados por sentencia firme no empezada á cumplir, ó durante el tiempo de su condena, serán castigados con sujeción á las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la ley al nuevo delito ó falta.

2.<sup>a</sup> Los Tribunales observarán, en cuanto sean aplicables á este caso, las disposiciones comprendidas en el art. 88 y regla 1.<sup>a</sup> del artículo 89 de este Código

3.<sup>a</sup> El penado comprendido en este artículo será indultado á los setenta años, si hubiere ya cumplido la condena primitiva, ó cuando llegare á cumplirle después de la edad sobredicha, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias no fuere digno de la gracia.

## TÍTULO VI

### De la extinción de la responsabilidad penal.

Art. 132. La responsabilidad penal se extingue:

1.<sup>o</sup> Por la muerte del reo, en cuanto á las penas personales siempre, y respecto á las pecuniarias, sólo cuando á su fallecimiento no hubiere recaído sentencia firme.

2.<sup>o</sup> Por el cumplimiento de la condena.

3.<sup>o</sup> Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos.

4.<sup>o</sup> Por indulto.

El indultado no podrá habitar por el tiempo que, á no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de éste: quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado.



3.º Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos que puedan dar lugar á procedimiento de oficio.

4.º Por la prescripción del delito.

5.º Por la prescripción de la pena.

Art. 122. Los delitos prescriben á los veinte años, cuando señale la ley al delito la pena de muerte ó de cadena perpetua.

Á los quince, cuando señalare cualquiera otra pena aflictiva.

Á los diez, cuando señalare penas correccionales.

Exceptuáanse los delitos de calumnia é injuria, y los comprendidos en el art. 582 de este Código, de los cuales los primeros prescriben al año, los segundos á los seis meses y los últimos á los tres meses.

Las faltas prescriben á los dos meses.

Cuando la pena señalada sea compuesta, se estará á la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en los párrafos primero, segundo y tercero de este artículo.

El término de la prescripción comenzará á correr desde el día en que se hubiere cometido el delito; y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece á proceder judicialmente para su averiguación y castigo.

Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo á correr de nuevo el tiempo de la prescripción, desde que aquél termine sin ser condenado, ó se paralice el procedimiento, á no ser por rebelión del culpable procedido.

Art. 134. Las penas impuestas por sentencia firme, prescriben:

Las de muerte y cadena perpetua, á los veinte años.

Las demás penas aflictivas, á los quince años.

Las penas correccionales, á los diez años.

Las leves, al año.

El tiempo de esta prescripción comenzará á correr desde el día en que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, ó desde el quebrantamiento de la condena, si hubiera ésta comenzado á cumplirse.

Se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido para el caso en que el reo se presentare ó sea habido, cuando se ausen-tare á país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradición, ó teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito, ó cuando cometiere uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripción, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar á correr de nuevo.

Art. 135. La responsabilidad civil nacida de delitos ó faltas, se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción á las reglas de derecho civil.



## LIBRO SEGUNDO

*Delitos y sus penas.*

## TÍTULO PRIMERO

Delitos contra la seguridad exterior del Estado.

## CAPÍTULO PRIMERO

## DELITOS DE TRAICIÓN

Art. 136. El español que indujere á una potencia extranjera á declarar guerra á España, ó se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de cadena perpetua á muerte, si llegare á declararse la guerra, y en otro caso con la de cadena temporal en su grado medio á la de cadena perpetua.

Art. 137. Será castigado con la pena de cadena perpetua á muerte:

1.º El español que facilitare al enemigo la entrada en el Reino, la toma de una plaza, puesto militar, buque del Estado ó almacenes de boca ó guerra del mismo.

2.º El español que sedujere tropa española ó que se hallare al servicio de España, para que se pase á las filas enemigas ó deserte de sus banderas estando en campaña.

3.º El español que reclutare en España gente para hacer la guerra á la patria bajo las banderas de una potencia enemiga.

Los delitos frustrados de los hechos comprendidos en los números anteriores serán castigados como si fueren consumados, y las tentativas con la pena inferior en un grado.

Art. 138. Será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte:

1.º El español que tomare las armas contra la patria bajo banderas enemigas.

2.º El español que reclutare en España gente para el servicio de una potencia enemiga, en el caso de que no fuese para que aquella tome parte directa en la guerra contra España.

3.º El español que suministrare á las tropas de una potencia enemiga caudales, armas, embarcaciones, efectos ó municiones de boca y guerra, ú otros medios directos y eficaces para hostilizar á España, ó favoreciere el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior.

4.º El español que suministrare al enemigo planos de fortalezas ó de terrenos, documentos ó noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar á España ó de favorecer el progreso de las armas enemigas.



5.º El español que en tiempo de guerra impidiere que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el núm. 3.º, ó los datos y noticias indicados en el 4.º

Art. 139. La conspiración para cualquiera de los delitos expresados en los tres artículos anteriores se castigará con la pena de presidio mayor, y la proposición para los mismos delitos, con la de presidio correccional.

Art. 140. El extranjero residente en territorio español que cometiere alguno de los delitos comprendidos en los artículos anteriores, será castigado con la pena inmediatamente inferior á la señalada en éstos, salvo lo establecido por tratados ó por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos.

Art. 141. Los que cometieren los delitos expresados en los artículos anteriores contra una potencia aliada de España, en el caso de hallarse en campaña contra el enemigo común, serán castigados con las penas inferiores en un grado á las respectivamente señaladas.

Art. 142. Incurrirán en la pena de cadena perpetua á muerte los Ministros de la Corona que, con infracción del artículo 74 de la Constitución, autorizaren decreto:

- 1.º Enajenando, cediendo ó permutando cualquiera parte del territorio español.
- 2.º Admitiendo tropas extranjeras en el Reino.
- 3.º Ratificando tratados de alianza ofensiva que hayan producido la guerra de España con otra potencia.

Art. 143. Serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua los mencionados en el artículo anterior, que con infracción del art. 74 de la Constitución, autorizaren decreto:

- 1.º Ratificando tratados de alianza ofensiva que no hayan producido la guerra de España con otra potencia.
- 2.º Ratificando tratados en que se estipulare dar subsidios á una potencia extranjera.

## CAPITULO II

### DELITOS QUE COMPROMETEN LA PAZ Ó LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO

Art. 144. El Ministro eclesiástico en que el ejercicio de su cargo publicare ó ejecutare bulas, breves ó despachos de la Corte pontificia, ú otras disposiciones ó declaraciones que atacaren la paz ó la independencia del Estado ó se opusieren á la observancia de sus leyes ó provocaren su inobservancia, incurrirá en la pena de extrañamiento temporal.

El lego que las ejecutare incurrirá en la de presión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 145. El que introdujere, publicare ó ejecutare en el Reino cualquiera orden, disposición ó documento de un Gobierno extranjero



que ofenda á la independencia ó seguridad del Estado, será castigado con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 2 0 á 2 500 pesetas, á no ser que de este delito se sigan directamente otros más graves, en cuyo caso será penado como autor de ellos.

Art. 146. En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos por un funcionario del Estado, abusando de su carácter ó funciones, se le impondrá además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta perpetua.

Art. 147. El que con actos ilegales, ó que no estén autorizados competentemente, provocare ó diere motivo á una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia, ó expusiere á los españoles á experimentar vejaciones ó represalias en sus personas ó en sus bienes será castigado con la pena de reclusión temporal si fuere funcionario del Estado, y no siéndolo, con la de prisión mayor.

Si la guerra no llegare á declararse, ni á tener efecto las vejaciones ó represalias, se impondrán las penas respectivas en el grado inmediatamente inferior.

Art. 148. Se impondrá la pena de reclusión temporal al que violare tregua ó armisticio acordado entre la nación española y otra enemiga, ó entre sus fuerzas beligerantes de mar ó tierra.

Art. 149. El funcionario público que abusando de su cargo comprometiére la dignidad ó los intereses de la nación española de un modo que no esté comprendido en este capítulo, será castigado con las penas de prisión mayor ó inhabilitación perpetua para el cargo que ejerciere.

Art. 150. El que sin autorización bastante levantara tropas en el Reino para el servicio de una potencia extranjera, cualquiera que sea el objeto que se proponga, ó la nación á quien intente hostilizar, será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 5.000 á 50 000 pesetas.

El que sin autorización bastante destinare buques al corso, será castigado con las penas de reclusión temporal y multa de 2 500 á 25 000 pesetas.

Art. 151. El que en tiempo de guerra tuviere correspondencia con país enemigo ú ocupado por sus tropas, será castigado:

1.º Con la pena de prisión mayor, si la correspondencia se sigue en cifras ó signos convencionales.

2.º Con la de prisión correccional, si se siguiere en la forma común y el Gobierno la hubiere prohibido.

3.º Con la de reclusión temporal, si en ella se dieren avisos ó noticias de que pueda aprovecharse el enemigo, cualquiera que sea la forma de la correspondencia y aunque no hubiere precedido prohibición del Gobierno.

En las mismas penas incurrirá el que ejecutare los delitos comprendidos en este artículo, aunque dirija la correspondencia por país amigo ó neutral para eludir la ley.



Si el culpable se propusiese servir al enemigo con sus avisos ó noticias, se observará lo dispuesto en los artículos 137 y 138.

Art. 152. El español culpado de tentativa para pasar á país enemigo cuando lo hubiere prohibido el Gobierno, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 150 á 1.500 pesetas.

### CAPÍTULO III

#### DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

Art. 153. El que matare á un Monarca ó Jefe de otro Estado, residentes en España, será castigado con la pena de reclusión temporal en su grado máximo á muerte.

El que produjere lesiones graves á las mismas personas será castigado con la pena de reclusión temporal, y con la de prisión mayor si las lesiones fueren leves.

En la útima de dichas penas incurrirán los que cometieren contra las mismas personas cualquier otro atentado de hecho no comprendido en los párrafos anteriores.

Art. 154. El que violare la inmunidad personal ó el domicilio de un Monarca ó del Jefe de otro Estado, recibidos en España con carácter oficial, ó el de un representante de otra potencia, será castigado con la pena de prisión correccional.

Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tuvieren señalada una penalidad recíproca en las leyes del país á que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo á las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviere el carácter oficial mencionado en el párrafo anterior.

### CAPÍTULO IV

#### DELITOS DE PIRATERÍA

Art. 155. El delito de piratería cometido contra españoles ó súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España, será castigado con la pena de cadena temporal á cadena perpetua.

Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de otra nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor.

Art. 156. Incurrirán en la pena de cadena perpetua á muerte los que cometan los delitos de que se trata en el párrafo primero del artículo anterior, y en la pena de cadena temporal á cadena perpetua los que cometan los delitos de que habla el párrafo segundo del mismo artículo:

1.º Siempre que hubieren apresado alguna embarcación al aborígene ó haciéndola fuego.



2.º Siempre que el delito fuere acompañado de asesinato ú homicidio ó de alguna de las lesiones designadas en los arts. 429 y 430, y en los números 1.º y 2.º del 431.

3.º Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad señalados en el capítulo 2.º, título 9.º de este libro.

4.º Siempre que los piratas hayan dejado algunas personas sin medios de salvarse.

5.º En todo caso el capitán ó patrón piratas.

## TÍTULO II

### Delitos contra la Constitución.

#### CAPÍTULO PRIMERO

DELITOS DE LESA MAJESTAD, CONTRA LAS CORTES,  
EL CONSEJO DE MINISTROS Y CONTRA LA FORMA DE GOBIERNO

##### SECCIÓN PRIMERA

Delitos de lesa majestad.

Art. 157. Al que matare al Rey se le impondrá la pena de reclusión perpetua á muerte.

Art. 158. El delito frustrado y la tentativa de delito, de que trata el artículo anterior, se castigarán con la pena de reclusión temporal en su grado máximo á muerte.

La conspiración, con la de reclusión temporal.

Y la proposición, con la de prisión mayor.

Art. 159. Se castigará con la pena de reclusión temporal á reclusión perpetua:

1.º Al que privare al Rey le su libertad personal.

2.º Al que con violencia ó intimidación graves le obligare á ejecutar un acto contra su voluntad.

3.º Al que le causare lesiones graves, no estando comprendidas en el párrafo del art. 158.

Art. 160. En los casos de los números 2.º y 3.º del artículo anterior, si la violencia, la intimidación ó las lesiones no fueren graves, se impondrá al culpable la pena de reclusión temporal.

Art. 161. Se impondrá también la pena de reclusión temporal:

1.º Al que injuriare ó amenazare al Rey en su presencia.

2.º Al que invadiere violentamente la morada del Rey.

Art. 162. Incurrirá en las penas de prisión mayor y multa de 500 á 5.000 pesetas el que injuriare ó amenazare al Rey por escrito y con publicidad fuera de su presencia.

Las injurias y amenazas inferidas en cualquiera otra forma serán castigadas con la pena de prisión correccional en su grado medio á prisión mayor en su grado mínimo si fueren graves, y con la



de arresto mayor en su grado medio á prisión correccional en su grado mínimo si fueren leves.

Art. 163. El que matare al inmediato sucesor á la Corona ó al Regente del Reino, será castigado con la pena de reclusión temporal en su grado máximo á muerte.

El delito frustrado y la tentativa se castigarán con la pena de reclusión temporal á muerte.

La conspiración, con la de prisión mayor en sus grados medio y máximo.

Y la proposición, con la de prisión correccional en su grado máximo á prisión mayor en su grado mínimo.

Art. 164. Los delitos de que se trata en los artículos precedentes de esta sección, con excepción de los comprendidos en el anterior artículo, cometidos contra el inmediato sucesor á la Corona, el conde del Rey ó el Regente del Reino, serán castigados con las penas inferiores en un grado á las señaladas en ella.

## SECCIÓN SEGUNDA

Delitos contra las Cortes y sus individuos, y contra el Consejo de Ministros.

Art. 165. Serán castigados con la pena de relegación temporal en su grado máximo á relegación perpetua, los individuos de la familia del Rey, los Ministros, las Autoridades y demás funcionarios, así civiles como militares, que, cuando vacare la Corona ó el Rey se imposibilitare de cualquier modo para el gobierno del Estado, impidieren á las Cortes reunirse ó coartaren su derecho para nombrar tutor al Rey menor, ó para elegir la Regencia del Reino, ó no obedecieren á la Regencia, después de haber ésta prestado ante las Cortes juramento de guardar la Constitución y las leyes.

Art. 166. Incurrirán en la pena de relegación temporal los Ministros:

1.º Cuando el Rey no cumpliera con el precepto constitucional de reunir las Cortes todos los años, convocándolas á más tardar para el día 1.º de Febrero.

2.º Cuando el Rey no cumpliera con el precepto constitucional de tenerlas reunidas á lo menos cuatro meses cada año, sin incluir en este tiempo el que invirtieren en su constitución.

3.º Cuando estuviere reunido uno de los Cuerpos Colegisladores sin estarlo el otro, excepto el caso en que el Senado se constituya en Tribunal.

4.º Cuando firmaren Real decreto de disolución de uno ó de ambos Cuerpos Colegisladores que no tengan la convocatoria de las Cortes para dentro de tres meses.

5.º Cuando firmaren decreto suspendiendo las Cortes, sin consentimiento de éstas, más de una vez en una legislatura.

Art. 167. Los que invadieren violentamente ó con intimidación



el Palacio de cualquiera de los Cuerpos Colegisladores, serán castigados con la pena de relegación temporal, si estuvieren las Cortes reunidas.

Art. 168. Incurrirán en la pena de confinamiento los que promovieren, dirigieren ó presidieren manifestaciones ú otra clase de reuniones al aire libre en los alrededores del Palacio de cualesquiera de los Cuerpos Colegisladores cuando estén abiertas las Cortes.

Serán considerados como promovedores y directores de dichas reuniones ó manifestaciones los que por los discursos que en ellas pronunciaren impresos que publicaren ó en ellas repartieren, por los lemas banderas ú otros signos que ostentaren, ó por cualesquiera otros hechos, detan ser consideradas como inspiradores de los actos de aquéllas.

Art. 169. Los que sin estar comprendidos en el artículo anterior tomaren parte en las reuniones al aire libre de que en el mismo se trata, serán castigados con la pena de destierro.

Art. 170. Los que, perteneciendo á una fuerza armada, intentaren penetrar en el Palacio de cualquiera de los Cuerpos Colegisladores para presentar en persona y colectivamente peticiones á las Cortes, incurrirán en la pena de relegación temporal.

Art. 171. Los que, sin pertenecer á una fuerza armada, intentaren penetrar en el Palacio de cualquiera de los Cuerpos Colegisladores para presentar en persona y colectivamente peticiones á las Cortes, incurrirán en la pena de confinamiento.

El que sólo intentare penetrar en ellos para presentar en persona individualmente una ó más peticiones, incurrirá en la de destierro.

Art. 172. Incurrirán también en la pena de confinamiento los que, perteneciendo á una fuerza armada, presentaren ó intentaren presentar colectivamente, aunque no fuere en persona, peticiones á cualesquiera de los Cuerpos Colegisladores.

En igual pena incurrirán los que, formando parte de una fuerza armada, las presentaren ó intentaren presentar individualmente, si siendo con arreglo á las leyes de su instituto, en cuanto tengan relación con éste.

Las penas señaladas en este artículo y en el 170 se impondrán respectivamente, en su grado máximo á los que ejercieren mando en la fuerza armada.

Art. 173. El que injuriare gravemente á alguno de los Cuerpos Colegisladores hallándose en sesión ó á alguna de sus comisiones en los actos públicos en que los representan, será castigado con la pena de relegación temporal.

Cuando la injuria fuere menos grave, la pena será la de confinamiento.

Art. 174. Incurrirán también en la pena de confinamiento:  
1.º Los que perturbaren gravemente el orden de las sesiones de los Cuerpos Colegisladores.



2.º Los que injuriaren ó amenazaren en los mismos actos á algún Diputado ó Senador.

3.º Los que fuera de las sesiones injuriaren ó amenazaren á un Senador ó Diputado por las opiniones manifestadas ó por los votos emitidos en el Senado ó en el Congreso.

4.º Los que emplearen fuerza, intimidación ó amenaza grave para impedir á un Diputado ó Senador asistir al Cuerpo Colegislador á que pertenezca, ó por los mismos medios coartaren la libre manifestación de sus opiniones ó la emisión de su voto.

En los casos previstos en los números 2.º, 3.º y 4.º de este artículo, la provocación al duelo se reputará amenaza grave.

Art. 175. Cuando la perturbación del orden de las sesiones, la injuria, la amenaza, la fuerza ó la intimidación de que habla el artículo precedente no fueren graves, el delincuente sufrirá la pena de destierro y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 176. Las penas señaladas en los artículos 168 y siguientes hasta el 175 inclusive, se impondrán en su grado máximo cuando los reos fueren reincidentes.

Art. 177. El funcionario público que cuando estén abiertas las Cortes, detuviere ó procesare á un Diputado ó Senador, á no ser llamado *infraganti*, sin permiso del respectivo Cuerpo Colegislador, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial.

En la misma pena incurrirá el Juez que, cuando hubiere dictado sentencia contra un Senador ó Diputado, en proceso seguido sin el permiso á que se refiere el párrafo anterior, llevare á efecto dicha sentencia sin que el Cuerpo Colegislador á que pertenezca el procesado hubiere autorizado su ejecución.

También serán castigados con la misma pena de inhabilitación temporal especial los funcionarios administrativos ó judiciales que detuvieren á un Senador ó Diputado hallados *infraganti* sin dar cuenta á las Cortes inmediatamente cuando estuvieren abiertas, ó dejaren también de dar cuenta á las Cortes, tan luego como se reunieren, del arresto de cualquiera de sus individuos que hubieren ordenado ó del proceso que contra cualquiera de aquéllos hubieren seguido durante la suspensión de las sesiones.

Art. 178. Incurrirán en la pena de relegación temporal:

1.º Los que invadieren violentamente ó con intimidación el local donde esté constituido y deliberando el Consejo de Ministros.

2.º Los que coartaren ó por cualquier medio pusieren obstáculos á la libertad de los Ministros reunidos en Consejo.

Art. 179. Incurrirán en la pena de confinamiento:

1.º Los que calumniaren, injuriaren ó amenazaren gravemente á los Ministros constituidos en Consejo.

2.º Los que emplearen fuerza ó intimidación graves para impedir á un Ministro concurrir al Consejo.

Art. 180. Cuando la calumnia, la injuria, la amenaza, la fuerza ó la intimidación, de que se habla en los artículos precedentes, no



fueren graves, se impondrá al culpable la pena en el grado mínimo.

La provocación al duelo se reputará siempre amenaza grave.

### SECCIÓN TERCERA

#### Delitos contra la forma de gobierno.

Art. 181. Son reos de delito contra la forma de gobierno establecida por la Constitución, los que ejecutaren cualquiera clase de actos ó hechos encaminados directamente á conseguir por la fuerza, ó fuera de las vías legales, uno de los objetos siguientes:

1.º Reemplazar el Gobierno monárquico-constitucional por un Gobierno monárquico absoluto ó republicano.

2.º Despojar en todo ó en parte á cualquiera de los Cuerpos Legislativos, al Rey, al Regente ó á la Regencia de las prerrogativas y facultades que les atribuye la Constitución.

3.º Variar el orden legítimo de sucesión á la Corona, ó privar á la dinastía de los derechos que la Constitución le otorga.

4.º Privar al padre del Rey, ó en su defecto á la madre, y en defecto de ambos al Consejo de Ministros, de la facultad de gobernar provisionalmente al Reino hasta que las Cortes nombren la Regencia, cuando el Rey se imposibilitare para ejercer autoridad ó vacar á la Corona, siendo de menor edad el inmediato sucesor.

Art. 182. Delinquen también contra la forma de gobierno:

1.º Los que en las manifestaciones políticas, en toda clase de reuniones públicas ó en sitios de numerosa concurrencia diesen vivas ú otros gritos que provocaren aclamaciones directamente encaminadas á la realización de cualquiera de los objetos determinados en el artículo anterior.

2.º Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaran discursos ó leyeren ó repartieren impresos ó llevaran lemas y banderas que provocaren directamente á la realización de los objetos mencionados en el artículo anterior.

Art. 183. Delinquen además contra la forma de gobierno los funcionarios públicos que dieren cumplimiento á mandato ú orden que el Rey dictare en ejercicio de su autoridad, sin estar firmado por el Ministro á quien corresponda.

Art. 184. Los que se alzaren públicamente en armas y en abierta hostilidad para perpetrar cualquiera de los delitos previstos en el art. 181, serán castigados con las penas siguientes:

1.º Los que hubieren promovido el alzamiento ó lo sostuvieren ó lo dirigieren ó aparecieren como sus principales autores, con la pena de reclusión temporal en su grado máximo á muerte.

2.º Los que ejercieren un mando subalterno, con la de reclusión temporal á muerte, si fueren personas constituidas en Autoridad civil ó eclesiástica, ó si hubiere habido combate entre la fuerza de su mando y la fuerza pública fiel al Gobierno, ó aquella hubiere



causado estragos en las propiedades de los particulares, de los pueblos ó del Estado, cortado las líneas telegráficas ó las vías férreas, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones ó distraído los caudales públicos de su legítima inversión.

Fuera de estos casos, se impondrá al culpable la pena de reclusión temporal.

3.º Los meros ejecutores del alzamiento, con la pena de prisión mayor en su grado medio á reclusión temporal en su grado mínimo, en los casos previstos en el párrafo primero del número anterior, y con la de prisión mayor en toda su extensión, en los comprendidos en el párrafo segundo del propio número.

Art. 185. Los que sin a zarse en armas y en abierta hostilidad contra el Gobierno, cometieren alguno de los delitos previstos en el mencionado artículo 181, serán castigados con la pena de prisión mayor.

Art. 186. El que cometiere cualquiera de los delitos comprendidos en el art. 182, será castigado con la pena de destierro.

Art. 187. El funcionario público responsable del delito previsto en el art. 183, sufrirá la pena de inhabilitación temporal especial.

#### SECCIÓN CUARTA

Disposición común á las tres secciones anteriores.

Art. 188. Lo dispuesto en los artículos que comprende este capítulo se entiende sin perjuicio de lo ordenado en otros de este Código que señalen mayor pena á cualquiera de los hechos en aquéllos castigados.

### CAPÍTULO II

DE LOS DELITOS COMETIDOS CON OCASION DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES GARANTIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN

#### SECCIÓN PRIMERA

Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución.

Art. 189. No son reuniones ó manifestaciones pacíficas:

1.º Las que se celebraren con infracción de las disposiciones de policía establecidas con carácter general ó permanente en el lugar en que la reunión ó manifestación tenga efecto.

2.º Las reuniones al aire libre ó manifestaciones políticas que se celebraren de noche.

3.º Las reuniones ó manifestaciones á que concurriere un número considerable de ciudadanos con armas de fuego, lanzas, sables, espadas ú otras armas de combate.

4.º Las reuniones ó manifestaciones que se celebraren con el fin de cometer alguno de los delitos penados en este Código, ó las en



que, estando celebrándose, se cometiere alguno de los delitos penados en el tít. 3.º, libro 2.º del mismo.

Art. 190. Los promovedores y directores de cualquiera reunión ó manifestación que se celebrare sin haber puesto por escrito en conocimiento de la autoridad, con veinticuatro horas de anticipación, el objeto, tiempo y lugar de la celebración, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 191. Los promovedores y directores de cualquiera reunión ó manifestación comprendida en alguno de los casos del art. 189, incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 192. En los casos de los artículos precedentes, si la reunión ó manifestación no hubiere llegado á celebrarse, la pena personal será la inmediatamente inferior en grado.

Art. 193. Para la observancia de lo dispuesto en los artículos anteriores, se reputarán como directores de la reunión ó manifestación los que, por los discursos que en ellas pronunciaren, por los impresos que hubieren publicado ó hubieren en ellas repartido, por los lemas, banderas ú otros signos que en ellas hubieren ostentado, ó por cualesquiera otros hechos aparecieren como inspiradores de los actos de aquéllas.

Art. 194. Los meros asistentes á las reuniones ó manifestaciones comprendidas en los números 1.º, 2.º ó primer caso del 4.º del artículo 189 serán castigados con la pena de arresto mayor.

Art. 195. Incurrirán respectivamente en las penas inmediatamente superiores en grado, los promovedores, directores y asistentes á cualquiera reunión ó manifestación, si no la disolvieren á la segunda intimación que al efecto hicieren las Autoridades ó sus agentes.

Art. 196. Los que concurrieren á reuniones ó manifestaciones llevando armas de fuego, lanzas, espadas, sables ú otras armas blancas de combate serán castigados con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 197. Los asistentes á reuniones ó manifestaciones, que durante su celebración cometieren alguno de los delitos penados en este Código, incurrirán en la pena correspondiente al delito que cometieren, y podrán ser aprehendidos en el acto por la Autoridad ó sus agentes, ó en su defecto por cualquiera de los demás asistentes.

Art. 198. Se reputan asociaciones ilícitas:

1.º Los que por su objeto ó circunstancias sean contrarias á la moral pública

2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código.

Art. 199. Incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas:

1.º Los fundadores, directores y presidentes de asociaciones



que se establecieran y estuvieran comprendidas en alguno de los números del artículo anterior.

Si la asociación no hubiera llegado á establecerse, la pena personal será la inmediatamente inferior en grado.

2.º Los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que se establecieren sin haber puesto en conocimiento de la Autoridad local su objeto y estatutos con ocho días de anticipación á su primera reunión, ó veinticuatro horas de la sesión respectiva, el lugar en que hayan de celebrarse éstas, aun en el caso en que llegare á cambiarse por otro el primeramente elegido.

3.º Los directores ó presidentes de asociaciones que no permitieran á la Autoridad ó á sus agentes la entrada ó la asistencia á las sesiones.

4.º Los directores ó presidentes de asociaciones que no levanten la sesión á la segunda intimación que con este objeto hagan la Autoridad ó sus agentes.

Art. 200. Incurrirán en la pena de arresto mayor:

1.º Los meros individuos de asociaciones comprendidas en el artículo 198

Cuando la asociación no hubiere llegado á establecerse, las penas serán reprensión pública y multa de 125 á 1 250 pesetas.

2.º Los meros asociados que cometieren el delito comprendido en el núm. 3.º del artículo anterior.

3.º Los meros asociados que no se retiren de la sesión á la segunda intimación que la Autoridad ó sus agentes hagan para que las sesiones se suspendan.

Art. 201. Incurrirán en las penas inmediatamente superiores en grado á las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores, los fundadores, directores, presidentes é individuos de asociaciones que vuelvan á celebrar sesión después de haber sido suspendida por la Autoridad ó sus agentes, mientras que la judicial no haya dejado sin efecto la suspensión ordenada.

Art. 202. Incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 250 á 2.500 pesetas, los que fundaren establecimientos de enseñanza que por su objeto ó circunstancias sean contrarios á la moral pública.

Art. 203. Incurrirán en la pena de arresto mayor:

1.º Los autores, directores, editores ó impresores, en sus respectivos casos, de publicaciones clandestinas.

Se entienden por tales los que no lleven pie de imprenta ó le lleven supuesto.

2.º Los directores, editores ó impresores, también en sus respectivos casos, de publicaciones periódicas, que no hayan puesto en conocimiento de la Autoridad local el nombre del director antes de salir aquélla á luz.

En la misma pena incurrirán los mencionados en este artículo cuando no pusieren en conocimiento de la autoridad local, antes de



salir á luz la publicación periódica, el nombre del editor si aquélla lo tuviere.

## SECCION SEGUNDA

De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución.

Art. 204. El funcionario público que arrogándose atribuciones judiciales impusiere algún castigo equivalente á la pena personal, incurrirá:

1.º En la pena de inhabilitación absoluta temporal, si el castigo impuesto fuere equivalente á pena aflictiva.

2.º En la pena de suspensión en sus grados medio y máximo, si fuere equivalente á pena correccional.

3.º En la de suspensión en sus grados mínimo y medio, si fuere equivalente á pena leve.

Art. 205. Si la pena arbitrariamente impuesta se hubiere ejecutado, además de las determinadas en el artículo anterior, se aplicará al funcionario culpable la misma pena impuesta y en el mismo grado.

No habiéndose ejecutado la pena, se le aplicará la inmediatamente inferior en grado, si aquélla no hubiere tenido efecto por causa independiente de su voluntad.

Art. 206. Cuando la pena arbitrariamente impuesta fuere pecuniaria, el funcionario culpable será castigado:

1.º Con la de inhabilitación absoluta temporal y multa del tanto al triplo, si la pena por él impuesta se hubiere ejecutado.

2.º Con la de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de la mitad al tanto, si no se hubiere ejecutado por causa independiente de su voluntad.

3.º Con la de suspensión en sus grados mínimo y medio, si no se hubiere ejecutado por revocación voluntaria del mismo funcionario.

Art. 207. Las Autoridades y funcionarios civiles y militares, que aun hallándose en suspenso las garantías constitucionales, establecieren una penalidad distinta de la prescrita previamente por la ley para cualquier género de delitos, y los que la aplicaren, incurrirán respectivamente, y según los casos, en las penas señaladas en los tres artículos anteriores.

Art. 208. La Autoridad judicial que entregare indebidamente una causa criminal á otra Autoridad ó funcionario militar ó administrativo que ilegalmente se la reclamare, será castigada con la pena de suspensión en su grado medio y máximo.

Serán castigados con la pena inmediatamente superior en grado, la Autoridad ó funcionario militar ó administrativo que insistiere en la exigencia de la entrega indebida de la causa, obligando á la Autoridad judicial, después de haberle hecho ésta presente la ilegalidad de la reclamación.



Art. 209. Si la persona del reo hubiere sido también exigida y entregada, las penas serán en sus respectivos casos las inmediatamente superiores en grado á las señaladas en el artículo anterior.

Art. 210. El funcionario público que detuviere á un ciudadano, á no ser por razón de delito, no estando en suspenso las garantías constitucionales, incurrirá en las penas de multa de 125 á 1.250 pesetas, si la detención no hubiere excedido de tres días; en la de suspensión en sus grados mínimo y medio, si pasando de este tiempo, no hubiere llegado á quince; en la de suspensión en su grado máximo á inhabilitación absoluta temporal en su grado medio, si no habiendo bajado de quince días, no hubiere llegado á un mes; en la de prisión correccional en su grado máximo á prisión mayor en su grado mínimo, si hubiere pasado de un mes y no hubiere excedido de un año y en la de prisión mayor en su grado medio á reclusión temporal en toda su extensión, si hubiere pasado de un año.

Art. 211. El funcionario público que dilatare el cumplimiento de un mandato judicial para que se ponga en libertad á un preso ó detenido que tuviere á su disposición, será castigado con las penas inmediatamente superiores en grado á las señaladas en el artículo anterior, en proporción al tiempo de la dilación.

Art. 212. Incurrirá respectivamente en las penas superiores en grado á las señaladas en el art. 210 el funcionario público que no siendo Autoridad judicial, y no estando en suspenso las garantías constitucionales, detuviere á un ciudadano por razón de delito y no lo pusiere á disposición de la Autoridad judicial en las veinticuatro horas siguientes á la en que se hubiere hecho la detención.

Art. 213. Incurrirán también en las mismas penas, en sus respectivos casos:

1.º El Alcaide de cárcel ó cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de detenido á cualquier ciudadano y dejare transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la Autoridad judicial.

2.º El Alcaide de cárcel ó cualquier otro funcionario público que no pusiere en libertad al detenido, que no hubiere sido constituido en prisión en las setenta y dos horas siguientes á la en que aquél hubiere puesto la detención en conocimiento de la Autoridad judicial.

3.º El Alcaide de cárcel ó cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de preso á un ciudadano, á no ser en virtud de mandamiento judicial, ó lo retuviere en prisión después de las setenta y dos horas de haberle sido entregado en tal concepto, ó habersele notificado el auto de prisión, sin que durante este tiempo le hubiere sido notificado también el auto ratificando aquél.

4.º El Alcaide de cárcel ó cualquier otro funcionario público que ocultare un preso á la Autoridad judicial.

5.º El Alcaide de cárcel ó Jefe de establecimiento penal que sin mandato de Autoridad judicial, tuviere á un preso ó sentenciado incommunicado ó en lugar distinto del que le corresponda.



6.º El Alcaide de cárcel ó Jefe de establecimiento penal que impusiere á los presos ó sentenciados, privaciones indebidas ó usara con ellos de un rigor innecesario.

7.º El Alcaide de cárcel ó Jefe de establecimiento penal que negare á un detenido ó preso, ó á quien le representare, certificación de su detención ó prisión, ó que no diere curso á cualquier solicitud relativa á su libertad.

8.º El Jefe de establecimiento penal que retuviere á un ciudadano en el establecimiento después de tener noticia oficial de su indulto ó después de haber extinguido su condena.

Art. 214. Incurrirán en la pena de suspensión en sus grados mínimo y medio:

1.º La Autoridad judicial que no pusiere en libertad ó no constituyere en prisión por auto motivado al ciudadano detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que aquél hubiere sido puesto á su disposición.

2.º La Autoridad judicial que no ratificare el auto de prisión ó no lo dejare sin efecto dentro de las setenta y dos horas siguientes á la en que aquél hubiere sido dictado.

3.º La Autoridad judicial que, fuera de los casos expresados en los dos números anteriores, retuviere en calidad de preso al ciudadano cuya soltura proceda.

4.º La Autoridad judicial que decretare ó prolongare indebidamente la incomunicación de un preso.

5.º El Escribano ó Secretario de Juzgado ó Tribunal que dejara transcurrir el término fijado en el núm. 1.º de este artículo sin notificar al detenido el auto constituyéndole en prisión ó dejando sin efecto la detención.

6.º El Escribano ó Secretario de Tribunal ó Juzgado que dictare indebidamente la notificación de auto alzando la incomunicación ó poniendo en libertad á un preso.

7.º El Escribano ó Secretario de Tribunal ó Juzgado que dictare ó diera cuenta á éstos de cualquiera solicitud de un detenido preso, ó de su representante, relativa á su libertad.

Cuando la demora á que se refieren los números anteriores hubiere durado más de un mes y no hubiere excedido de tres, incurrirán los culpables, en sus respectivos casos, en la pena de suspensión en su grado máximo á inhabilitación absoluta temporal en su grado medio y multa de 125 á 1.250 pesetas; y si hubiere excedido dicho tiempo, en la de inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo á inhabilitación absoluta perpetua y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 215. Incurrirán en las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas:

1.º El funcionario público que no siendo Autoridad judicial y estando en suspenso las garantías constitucionales, entrare en el domicilio de un español ó extranjero sin su consentimiento, á no



en los casos y con los requisitos previstos en los párrafos primero y cuarto del art. 5.º de la Constitución.

2.º El funcionario público que no siendo Autoridad judicial y no estando tampoco en suspenso las garantías constitucionales, registrare los papeles de un ciudadano ó extranjero y efectos que se hallaren en su domicilio, á no ser que el dueño hubiere prestado su consentimiento.

Si no devolvie e al dueño inmediatamente después del registro los papeles y efectos registrados, la pena será la inmediatamente superior en grado.

Si los sustrajere y se los apropiare, será castigado como reo de delito de robo con violencia en las personas.

3.º El funcionario público que con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano, cometiere cualquiera otra vejación injusta contra las personas ó daño innecesario en sus bienes.

Si los delitos penados en los tres números anteriores fueren cometidos de noche, las penas serán las de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 200 á 2.500 pesetas, salvo lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del núm. 2.º, respecto á los cuales la pena será la inmediatamente superior en grado á las en ellos señaladas.

Art. 216. La Autoridad judicial que, fuera de los casos previstos en los párrafos primero y cuarto del art. 5.º de la Constitución y no estando en suspenso las garantías constitucionales, entrare de noche en el domicilio de un español ó extranjero sin su consentimiento, incurrirá en la pena de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 217. En la misma pena incurrirá la Autoridad judicial que registrare de noche en el domicilio de un español ó extranjero sus papeles y efectos, á no ser con su consentimiento.

Art. 218. El funcionario público que no siendo Autoridad judicial detuviere la correspondencia privada confiada al correo ó recibida y cursada á su destino por la primera estación telegráfica en que se hubiere entregado, incurrirá en la multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 219. El funcionario público que no siendo Autoridad judicial abriere la correspondencia privada confiada al correo, incurrirá en la pena de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 220. El funcionario público que la sustrajere será castigado con la pena de inhabilitación absoluta temporal en sus grados mínimo y medio y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 221. El funcionario público que estando en suspenso las garantías constitucionales desterrase á un ciudadano á una distancia mayor de 250 kilómetros de su domicilio, á no ser en virtud de sentencia judicial, incurrirá en la pena de multa de 125 á 1.250 pesetas.

El funcionario público que no estando en suspenso las garantías



constitucionales compeliere á un ciudadano á mudar de domicilio ó residencia, será castigado con la pena de destierro y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 222. El funcionario público que deportare ó extrañare del Reino á un ciudadano, á no ser en virtud de sentencia firme, será castigado con la pena de confinamiento y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 223. El Ministro de la Corona que mandare pagar un impuesto del Estado no votado ó autorizado por las Cortes, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta temporal y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 224. La Autoridad que mandare pagar un impuesto provincial ó municipal no aprobado legalmente por la respectiva Diputación provincial ó Ayuntamiento, será castigado con la pena de suspensión en su grado máximo á inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 225. Los funcionarios públicos que exigieren á los contribuyentes para el Estado, la Provincia ó el Municipio el pago de impuestos no autorizados, según su clase respectiva, por las Cortes, la Diputación provincial ó el Ayuntamiento, incurrirán en la pena de suspensión en sus grados medio y máximo á inhabilitación absoluta temporal en su grado medio y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Si la exacción se hubiere hecho efectiva, la multa será del tanto al triplo de la cantidad cobrada.

Si la exacción se hubiere hecho empleando el apremio ú otro medio coercitivo, la pena será la de inhabilitación absoluta temporal y la multa sobredicha.

Art. 226. Si el importe cobrado no hubiere entrado, según su clase, en las Cajas del Tesoro, de la Provincia ó del Municipio, por culpa del que la hubiere exigido, será éste castigado, como estafador, con el grado máximo de la pena que como tal le corresponda.

Art. 227. Las Autoridades que presten su auxilio y cooperación á los funcionarios mencionados en los dos artículos anteriores, incurrirán en las penas de inhabilitación absoluta temporal en sus grados mínimo y medio y multa de 125 y 1.250 pesetas.

En el caso en que se hubieren lucrado de las cantidades cobradas, serán castigados como coautores del delito penado en el artículo anterior.

Art. 228. El funcionario público que expropiare de sus bienes á un ciudadano ó extranjero para un servicio ú obra pública, á no ser en virtud de sentencia ó mandamiento judicial, y con los requisitos prevenidos en las leyes, incurrirá en las penas de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

En la misma pena incurrirá el que lo perturbare en la posesión de sus bienes, á no ser en virtud de mandamiento judicial.

Art. 229. Serán castigados con las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.



1.º El funcionario público que no estando en suspenso las garantías constitucionales, prohibiere ó impidiere á un ciudadano, no detenido ni preso, concurrir á cualquiera reunión ó manifestación pacífica.

2.º El funcionario público que en el mismo caso le impidiere ó prohibiere formar parte de cualquiera asociación, á no ser alguna de las comprendidas en el art. 198 de este Código.

3.º El funcionario público que en el mismo caso de los artículos anteriores prohibiere ó impidiere á un ciudadano dirigir, solo ó en junta con otros, peticiones á las Cortes, al Rey ó á las Autoridades.

Art. 210. El funcionario público que impidiere por cualquier medio la celebración de una reunión ó manifestación pacífica de que tuviere conocimiento oficial, ó la fundación de cualquiera asociación que no esté comprendida en el art. 198 de este Código ó la celebración de sus sesiones, á no ser las en que se hubiere cometido alguno de los delitos penados en el tít. 3.º, libro 2.º del mismo, incurrirá en la pena de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 231. Serán castigados con la pena de suspensión en su grado máximo á inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo multa de 250 á 2.500 pesetas:

1.º El funcionario público que ordenare la disolución de alguna reunión ó manifestación pacífica.

2.º El funcionario público que ordenare la suspensión de cualquiera asociación no comprendida en el art. 198 de este Código.

Art. 232. El funcionario público que no pusiere en conocimiento de la Autoridad judicial, en las veinticuatro horas siguientes al hecho, la suspensión de una asociación ilícita ó la de la sesión de cualquiera otra asociación que hubiere acordado y las causas que hayan motivado la suspensión ordenada, incurrirá en la pena de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 233. Incurrirán en las mismas penas el funcionario público que ordenare la clausura ó disolución de cualquier establecimiento privado de enseñanza, á no ser por motivos racionalmente fundados de higiene ó moralidad, y el que no pusiere en conocimiento de la Autoridad judicial dicha clausura ó disolución en las veinticuatro horas siguientes de haber sido llevada á efecto.

Art. 234. Incurrirá en la pena de destierro en sus grados mínimo y medio el funcionario público que, sin haber intimado dos veces consecutivas la disolución de cualquiera reunión ó manifestación ó la suspensión de las sesiones de una asociación, empleare la fuerza para disolverla ó suspenderla, á no ser en el caso de que hubiere precedido agresión violenta por parte de los reunidos, manifestantes ó asociados.

Si del empleo de la fuerza hubieren resultado lesiones leves á al-



guno ó á algunos de los concurrentes, la pena será la de destierro en sus grados medio y máximo y la misma multa.

Si las lesiones fueren graves, la pena será la de confinamiento en sus grados mínimo y medio y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Si hubiere resultado muerte, la pena será la de confinamiento en su grado máximo á relegación temporal y multa de 1.250 á 12.500 pesetas.

Art. 253. El funcionario público que una vez disuelta cualquier reunión, manifestación, ó suspendida cualquiera asociación ó su reunión, se negare á poner en conocimiento de la Autoridad judicial que se lo reclamare las causas que hubieren motivado la disolución ó suspensión, será castigado con la pena de inhabilitación absoluta temporal y la multa de 250 á 2.500 pesetas.

### SECCION TERCERA

Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos.

Art. 236. Incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas, el que por medio de amenazas, violencias ú otros apremios ilegítimos, forzare á un ciudadano á ejercer actos religiosos ó á asistir á funciones de culto que no sea el suyo.

Art. 237. Incurrirán en las mismas penas señaladas en el artículo anterior el que impidiere, por los mismos medios, á un ciudadano practicar los actos del culto que profese ó asistir á sus funciones.

Art. 238. Incurrirán en la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 1.250 á 1.250 pesetas:

1.º El que por los medios mencionados en el artículo anterior forzare á un ciudadano á practicar los actos religiosos ó á asistir á las funciones del culto que éste profese.

2.º El que por los mismos medios impidiere á un ciudadano observar las fiestas religiosas de su culto.

3.º El que por los mismos medios le impidiere abrir su tienda, almacén ú otro establecimiento, ó le forzare á abstenerse de trabajos de cualquiera especie en determinadas fiestas religiosas.

Lo prescrito en este artículo y los anteriores se entiende sin perjuicio de las disposiciones generales ó locales de orden público y policía.

Art. 239. Incurrirán en las penas de prisión mayor en sus grados mínimo y medio los que tumultariamente impidieren, perturbaren ó hicieren retardar la celebración de los actos de cualquier culto en el edificio destinado habitualmente para ello, ó en cualquier sitio donde se celebraren.

Art. 240. Incurrirán en las penas de prisión correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas:



El que con hechos, palabras, gestos ó amenazas ultrajare al culto de cualquier culto cuando se hallare desempeñando sus funciones.

El que por los mismos medios impi liere, perturbare ó interrumpiere la celebración de las funciones religiosas en el lugar designado habitualmente á ellas ó en cualquier otro en que se celebran.

El que escarneciére públicamente alguno de los dogmas ó ceremonias de cualquiera religión que tenga prosélitos en España.

El que con el mismo fin profanare públicamente imágenes, cosas sagradas ó cualesquiera otros objetos destinados al culto.

Art. 241. El que en lugar religioso ejecutare con escándalo acciones que, sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes, incurrirá en la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio.

#### SECCIÓN CUARTA

Disposición común á las tres secciones anteriores.

Art. 242. Lo dispuesto en este capítulo se entiende sin perjuicio de lo ordenado en otros de este Código que señalen mayor pena á cualquiera de los hechos comprendidos en las tres secciones anteriores.

### TÍTULO III

#### Delitos contra el orden público.

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### REBELIÓN

Art. 243. Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente en abierta hostilidad contra el Gobierno para cualquiera de los efectos siguientes:

1.º Destronar al Rey, deponer al Regente ó Regencia del Reino, privarles de su libertad personal ú obligarles á ejecutar un acto contrario á su voluntad.

2.º Impedir la celebración de las elecciones para Diputados á Cortes ó Senadores en todo el Reino, ó la reunión legítima de las Cortes.

3.º Disolver las Cortes ó impedir la deliberación de alguno de los Cuerpos Colegiados ó arrancarles alguna resolución.

4.º Ejecutar cualquiera de los delitos previstos en el art. 165.

5.º Sustraer el Reino ó parte de él ó algún cuerpo de tropa de tierra ó de mar, ó cualquiera otra clase de fuerza armada, de la obediencia al supremo Gobierno.

6.º Usar y ejercer por sí ó despojar á los Ministros de la Corona de sus facultades constitucionales, ó impedirles ó coartarles su libre ejercicio.



Art. 244. Los que induciendo y determinando á los rebeldes hubieren promovido ó sostuvieren la rebelión, y los caudillos principales de ésta, serán castigados con la pena de reclusión temporal en su grado máximo á muerte.

Art. 245. Los que ejercieren un mando subalterno en la rebelión incurrirán en la pena de reclusión temporal á muerte, si se encontraren en alguno de los casos previstos en el párrafo primero del número 2.º del art. 184, y con la de reclusión temporal si no se encontraren incluidos en ninguno de ellos.

Art. 246. Los meros ejecutores de la rebelión serán castigados con la pena de prisión mayor en su grado medio á reclusión temporal en su grado mínimo, en los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184, y con la de prisión mayor en toda su extensión no estando en el mismo comprendidos.

Art. 247. Cuando la rebelión no hubiere llegado á organizarse con jefes conocidos, se reputarán por tales los que de hecho dirigieren á los demás ó llevaren la voz por ellos ó firmaren los recibos ó otros escritos expedidos á su nombre ó ejercieren otros actos semejantes en representación de los demás.

Art. 248. Serán castigados como rebeldes con la pena de prisión mayor: 1.º Los que sin alzarse contra el Gobierno cometieren por astucia ó por cualquier otro medio, alguno de los delitos comprendidos en el art. 243. 2.º Los que sedujeren tropas ó cualquiera otra clase de fuerza armada de mar ó de tierra para cometer el delito de rebelión.

Si llegare á tener efecto la rebelión, los seductores se reputarán promovedores, y sufrirán la pena señalada en el art. 244.

Con las mismas penas serán castigados los ataques á la integridad de la Nación Española ó á la independencia de todo ó parte de su territorio, bajo una sola ley fundamental y una sola representación de su personalidad como tal Nación (1).

Art. 249. La conspiración para el delito de rebelión será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

La proposición será castigada con la prisión correccional en su grado mínimo y medio.

## CAPÍTULO II

### SEDICION

Art. 250. Son reos de sedición los que se alzan pública y tumultuariamente para conseguir por la fuerza, ó fuera de las vías legales, cualquiera de los objetos siguientes:

1.º Impedir la promulgación ó la ejecución de las leyes ó la libre

(1) Este último párrafo fué adicionado por ley de 1.º de Enero de 1900.



celebración de las elecciones populares en alguna provincia, circunscripción ó distrito electoral.

2.º Impedir á cualquiera autoridad, corporación oficial ó funcionario público el libre ejercicio de sus funciones ó el cumplimiento de sus providencias administrativas ó judiciales.

3.º Ejercer algún acto de odio ó venganza en la persona ó bienes de alguna autoridad ó de sus agentes.

4.º Ejercer, con un objeto político ó social, algún acto de odio ó venganza contra los particulares ó cualquiera clase del Estado.

5.º Despojar, con un objeto político ó social, de todos ó de parte de sus bienes propios á alguna clase de ciudadanos, al Municipio, á la Provincia ó al Estado, ó talar ó destruir dichos bienes.

Art. 251. Los que induciendo y determinando á los sediciosos hubieren promovido ó sostenido la sedición y los caudillos principales de ésta, serán castigados con la pena de reclusión temporal si se encontraren en alguno de los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184, y con la de prisión mayor si no se encontraren incluidos en ninguno de ellos.

Art. 252. Los meros ejecutores de la sedición serán castigados con la pena de prisión correccional en su grado medio y máximo en los casos previstos en el párrafo primero del núm. 2.º del art. 184, y con la de prisión correccional en su grado mínimo y medio estando en el mismo artículo comprendidos.

Art. 253. Lo dispuesto en el art. 247 es aplicable al caso de sedición cuando ésta no hubiere llegado á organizarse con jefes conocidos.

Art. 254. La conspiración para el delito de sedición será castigada con la pena de arresto mayor á prisión correccional en su grado máximo.

Art. 255. Serán castigados con la pena de prisión correccional en su grado medio y máximo los que sedujeren tropas ó cualquiera otra clase de fuerza armada de mar ó de tierra para cometer el delito de sedición.

Si llegare á tener efecto la sedición, los seductores se reputarán promovedores y sufrirán la pena á éstos señalada en el art. 251.

Art. 256. En el caso de que la sedición no hubiere llegado hasta el punto de embarazar de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública, y no hubiere tampoco ocasionado la perpetración de otro delito grave, los Tribunales rebajarán de uno á dos grados las penas señaladas en los artículos de este capítulo.

### CAPÍTULO III

#### DISPOSICIONES COMUNES Á LOS DOS CAPÍTULOS ANTERIORES

Art. 257. Luego que se manifieste la rebelión ó sedición, la Autoridad gubernativa intimará hasta dos veces á los sublevados que



inmediatamente se disuelvan y retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello.

Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza pública para disolverlos.

Las intimaciones se harán mandando ondear al frente de los sublevados la bandera nacional si fuere de día, y si fuere de noche, requiriendo la retirada á toque de tambor, clarín ú otro instrumento á propósito.

Si las circunstancias no permitieren hacer uso de los medios indicados, se ejecutarán las intimaciones por otros, procurando siempre la mayor publicidad.

No serán necesarias respectivamente la primera ó la segunda intimación desde el momento en que los rebeldes ó sediciosos rompieren el fuego.

Art. 258. Cuando los rebeldes ó sediciosos se disolvieren ó sometieren á la autoridad legítima antes de las intimaciones ó á consecuencia de ellas, quedarán exentos de toda pena los meros ejecutores de cualquiera de aquellos delitos, y también los sediciosos comprendidos en el art. 251, si no fueren empleados públicos.

Los Tribunales en este caso rebajarán á los demás culpables de uno á dos grados las penas señaladas en los dos capítulos anteriores.

Art. 259. Los delitos particulares cometidos en una rebelión ó sedición, ó con motivo de ellas, serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código.

Quando no puedan descubrirse sus autores, serán penados como tales los jefes principales de la rebelión ó sedición.

Art. 260. Los Autoridades de nombramiento directo del Gobierno que no hubieren resistido á la rebelión ó sedición por todos los medios que estuvieren á su alcance, sufrirán la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado medio.

Las que no fueren de nombramiento directo del Gobierno sufrirán la pena de suspensión en su grado máximo á inhabilitación absoluta temporal en su grado medio.

Art. 261. Los empleados que continuaren desempeñando sus cargos bajo el mando de los alzados, ó que sin habérseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonaren cuando haya peligro de rebelión ó sedición, incurrirán en la pena de inhabilitación especial temporal.

Art. 262. Los que aceptaren empleos de rebeldes ó sediciosos serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos públicos en su grado mínimo.



## CAPÍTULO IV

DE LOS ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD Y SUS AGENTES,  
RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA

Art. 263. Cometén atentado:

1.º Los que sin alzarse públicamente emplearon fuerza ó intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión y sedición.

2.º Los que acometieren á la Autoridad ó á sus agentes, ó emplearen fuerza contra ellos, ó los intimidaren gravemente, ó les hicieren resistencia también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos ó con ocasión de ellas.

Art. 264. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión correccional en su grado medio á prisión mayor en su grado mínimo y multa de 250 á 2.500 pesetas, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Si la agresión se verificare á mano armada.

2.ª Si los reos fueren funcionarios públicos.

3.ª Si los delincuentes pusieren manos en la Autoridad.

4.ª Si por consecuencia de la coacción, la Autoridad hubiere accedido á las exigencias de los delincuentes.

En estas circunstancias la pena será de prisión correccional en su grado mínimo al medio y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Se impondrá la pena señalada en el párrafo anterior en su grado máximo á los culpables, cuando hubieren puesto manos en las personas que acudieren en auxilio de la Autoridad, ó en sus agentes, ó en los funcionarios públicos.

Art. 265. Los que sin estar comprendidos en el art. 263, resistieren á la Autoridad ó á sus agentes, ó los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de sus cargos, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPÍTULO V

## DE LOS DESACATOS, INSULTOS, INJURIAS Y AMENAZAS A LA AUTORIDAD, Y DE LOS INSULTOS, INJURIAS Y AMENAZAS Á SUS AGENTES Y Á LOS DEMÁS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Art. 266. Cometén desacato:

1.º Los que, hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren ó insultaren de hecho ó de palabra en su presencia ó en escrito que les dirigieren, ó los amenazaren.



2.º El funcionario público que hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare ó insultare de hecho ó de palabra, en su presencia ó en escrito que le dirigiere, será castigado con la pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 á 1.500 pesetas.

Por consecuencia de lo dispuesto en los dos números anteriores la publicación por la prensa periódica de los escritos en ellos mencionados no constituirá por sí sola delito de desacato.

Art. 267. Cuando la calumnia, insulto, injuria ó amenaza de que habla el artículo precedente, fueren graves, el delincuente sufrirá la pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 á 1.500 pesetas.

Si fueren menos graves, la pena será de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 268. La provocación al duelo, aunque sea emborazada ó con apariencia de privada, se reputará amenaza grave para los efectos del artículo anterior.

Art. 269. Los que, hallándose un Ministro de la Corona ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones ó con ocasión de ellas, los calumniaren, injuriaren, insultaren de hecho ó de palabra, en su presencia ó en escrito que no estuviere á ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor.

Art. 270. Se impondrá también la pena de arresto mayor á los que injuriaren, insultaren ó amenazaren de hecho ó de palabra á los funcionarios públicos ó á los agentes de la Autoridad en su presencia ó en escrito que se les dirigiere.

## CAPÍTULO VI

### DESÓRDENES PÚBLICOS

Art. 271. Los que causaren tumulto ó turbaren gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal ó Juzgado, en los actos públicos propios de cualquiera Autoridad ó Corporación, en algún colegio electoral, oficina ó establecimiento público, en espectáculos públicos, en reunión ó reunión numerosa, serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado medio á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 272. Los que turbaren gravemente el orden público por causar injuria ú otro mal á alguna persona particular, incurrirán en la pena de arresto mayor.

Si este delito tuviere por objeto impedir á alguna persona el ejercicio de sus derechos políticos, se impondrá al culpable la pena de arresto mayor en su grado máximo.

Art. 273. Se impondrá también la pena de arresto mayor á los que corresponden una superior con arreglo á otros artículos del Código á los que dieren gritos provocativos de rebelión ó sedición en caso



quiera reunión ó asociación ó en lugar público, ú ostentaren en los mismos sitios lemas ó banderas que provocaren directamente á la alteración del orden público.

Art. 274. Los que extrajeren de las cárceles ó de los establecimientos penales á alguna persona detenida en ellos, ó la proporcionaren la evasión, serán castigados con la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo, si emplearen al efecto la violencia ó intimidación ó el soborno, y con la pena de arresto mayor si se valieren de otros medios.

Si la evasión del detenido se verificare fuera de dichos establecimientos, sorprendiendo á los encargados de conducirlos, se aplicarán las mismas penas en su grado mínimo.

Art. 275. Los que causaren desperfectos en los caminos de hierro ó en las líneas telegráficas ó interceptaren las comunicaciones ó la correspondencia, serán castigados con la pena de prisión correccional en su grado mínimo al medio.

Art. 276. A los que destruyeren ó deterioraren pinturas, estatuas ú otro monumento público de utilidad ú ornato, se les aplicará la pena de arresto mayor en su grado medio á prisión correccional en su grado mínimo.

## CAPÍTULO VII

### DISPOSICIONES COMUNES Á LOS TRES CAPÍTULOS ANTERIORES

Art. 277. Para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí solo ó como individuo de alguna Corporación ó Tribunal ejerciere jurisdicción propia.

Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal.

Art. 278. En el caso de hallarse constituido en Autoridad civil ó religiosa el que cometiere cualquiera de los delitos expresados en los tres capítulos anteriores, será castigado con el máximo de la respectiva pena y con la inhabilitación absoluta temporal.

Art. 279. Los Ministros de una religión que en el ejercicio de sus funciones provocaren á la ejecución de cualquiera de los delitos comprendidos en los tres capítulos anteriores, serán castigados con la pena de destierro si sus provocaciones no surtieren efecto, y con la de confinamiento mayor si le produjeren, á no ser que correspondiere, por otros artículos del Código, mayor pena al delito cometido.



## TITULO IV

## De las falsedades.

## CAPITULO I

DE LA FALSIFICACIÓN DE LA FIRMA O ESTAMPILLA REAL, FIRMAS DE  
LOS MINISTROS, SELLOS Y MARCAS

## SECCION PRIMERA

De la falsificación de la firma ó estampilla real y firmas de los Ministros.

Art. 280. El que falsificare la firma ó estampilla del Rey ó del Regente del Reino, ó la firma de los Ministros de la Corona, será castigado con la pena de cadena temporal.

Art. 281. El que falsificare la firma ó estampilla del Jefe de una potencia extranjera ó la firma de sus Ministros, será castigado con la pena de presidio mayor si hubiere hecho el culpable uso en España de la firma ó estampilla falsificadas, y con la de presidio correccional en su grado medio al máximo cuando hubiere hecho uso de ellas fuera de España.

Art. 282. El que á sabiendas usare firma ó estampilla falsas de las clases á que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada en los mismos para los falsificadores.

## SECCION SEGUNDA

De la falsificación de sellos y marcas.

Art. 283. El que falsificare el sello del Estado, será castigado con la pena de cadena temporal.

El que á sabiendas usare el sello falso del Estado, será castigado con la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada en el párrafo anterior.

Art. 284. El que falsificare el sello del Estado de una potencia extranjera y usare de él en España, será castigado con la pena de prisión mayor, y con la de presidio correccional en su grado medio al máximo si hubiere hecho uso de él fuera del Reino.

Art. 285. El que constándole la falsedad de los sellos de que se trata en los dos artículos anteriores, y sin haber tenido parte en la falsificación, se sirviere de ellos ó los usare, será castigado con la pena inmediata inferior á la señalada en los referidos artículos para los falsificadores.

Art. 286. La falsificación de las marcas y sellos de los fideles contrabandos será castigada con las penas de presidio mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas.



Art. 287. Con la pena señalada en el artículo anterior serán castigados los que á sabiendas expusieren á la venta objetos de oro ó plata marcados con sellos falsos de contraste.

Art. 288. La falsificación de los sellos usados por cualquiera Autoridad, Tribunal, Corporación oficial ú oficina pública, será castigada con las penas de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 1:0 á 1.500 pesetas.

El solo uso de esta clase de sellos á sabiendas de que son falsos, se castigará con igual pena, si tuviere por objeto el lucro con perjuicio de los fondos públicos; en otro caso se impondrá al culpable la pena inmediatamente inferior en grado.

Art. 289. La falsificación de los sellos, marcas y contraseñas de que se usa en las oficinas del Estado para identificar cualquiera objeto ó para asegurar el pago de impuestos, será castigada con las penas de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 290. Si las falsificaciones de que tratan los dos artículos anteriores se hubieren verificado sin emplear timbre, ni sello, ni otro instrumento mecánico propio para la falsificación, se impondrá al culpable la pena inmediatamente inferior en grado á las señaladas para aquellos delitos.

Art. 291. La falsificación de sellos, marcas, billetes ó contraseñas que usen las empresas ó establecimientos industriales ó de comercio, será castigada con las penas de presidio correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 292. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas el que expendiere objetos de comercio, sustituyendo en ellos la marca ó el nombre del fabricante verdadero por la marca ó nombre de otro fabricante supuesto.

Art. 293. Incurrirá también en la pena de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas el que hiciere desaparecer de cualquiera sello, billete ó contraseña la marca ó signo que indique haber ya servido ó sido inutilizado para el objeto de su expendición.

El que usare á sabiendas de esta clase de sellos ó contraseñas incurrirá en la multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPITULO II

### DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA

Art. 294. El que fabricare moneda falsa de un valor inferior á la legítima, imitando moneda de oro ó de plata que tenga curso legal en el Reino, será castigado con las penas de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua y multa de 2.500 á 25.000 pesetas, y con la de presidio mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas, si la moneda falsa imitada fuere de vellón.

Art. 295. El que cercenare moneda legítima será castigado con



las penas de presidio mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas si la moneda fuere de oro ó plata, y con la de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas si fuere de vellón.

Art. 296. El que fabricare moneda falsa del valor de la legítima, imitando moneda que tenga curso legal en el Reino, será castigado con las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 297. El que fabricare moneda falsa, imitando moneda que no tenga curso legal en el Reino, será castigado con las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 298. El que cercenare moneda legítima que no tenga curso legal en el Reino, será castigado con las penas de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 299. Las penas señaladas en los artículos anteriores se impondrán en sus respectivos casos á los que introdujeren en el Reino moneda falsa.

Con las mismas penas serán castigados también los expendedores de moneda falsa, cuando exista connivencia entre ellos y los falsificadores ó introductores.

Art. 300. Los que sin la connivencia de que habla el artículo precedente expendieren monedas falsas ó cercenadas, que hubieren adquirido sabiendo que lo eran, para ponerlas en circulación, serán castigados con las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 301. El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendiere después de constarle su falsedad, será castigado, si la expendición excediere de 125 pesetas, con la multa del tanto al triple del valor de la moneda.

Art. 302. Serán castigados como reos de tentativa de los delitos de expendición de moneda, aquellos en cuyo poder se encuentran monedas falsas que por su número y condiciones se infiera razonablemente que están destinadas á la expendición.

### CAPITULO III

DE LA FALSIFICACIÓN DE BILLETES DE BANCO, DOCUMENTOS DE CREDITO, PAPEL SELLADO, SELLOS DE TELÉGRAFOS Y CORREOS Y DEMÁS EFECTOS TIMBRADOS CUYA EXPENDICIÓN ESTÉ RESERVADA AL ESTADO

Art. 303. Los que falsificaren billetes de Banco ó otros títulos al portador, ó sus cupones, cuya emisión hubiere sido autorizada por una ley del Reino, ó los que los introdujeren, serán castigados



en las penas de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua y multa de 2.500 á 25.000 pesetas.

La misma pena se impondrá á los que los expendieren en connivencia con el falsificador ó introductor.

Art. 304. Los que sin estar en relación con los falsificadores ó introductores adquirieren, para ponerlos en circulación, billetes de Banco ú otros títulos al portador ó sus cupones, sabiendo que eran falsos, serán castigados con la pena de cadena temporal.

Art. 305. Serán castigados también con la pena de cadena temporal los que falsificaren en España billetes de Banco ú otra clase de títulos al portador ó sus cupones, cuya emisión esté autorizada por una ley de un país extranjero ó por una disposición que tenga en el mismo fuerza de ley.

Art. 306. Los que habiendo adquirido de buena fe billetes de Banco ú otros títulos al portador ó sus cupones, comprendidos en los artículos 303 y 305, los expendieren, sabiendo su falsedad, serán castigados con las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 307. Los que falsificaren ó introdujeren en el Reino títulos nominativos ú otros documentos de crédito que no sean al portador, cuya emisión esté autorizada en virtud de una ley, serán castigados con las penas de cadena temporal y multa de 2.500 á 5.000 pesetas.

Art. 308. Los que falsificaren títulos nominativos ú otra clase de documentos de crédito que no sean al portador, cuya emisión esté autorizada por una ley de un país extranjero ó por una disposición que tenga en el mismo fuerza de ley, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio á cadena temporal en su grado mínimo.

Art. 309. El que á sabiendas negociare ó de cualquier otro modo se lucrare, con perjuicio de tercero, de un título falso de los comprendidos en los dos artículos precedentes, incurrirá en las penas de presidio correccional en sus grados medio y mínimo y multa de 150 ó 1.500 pesetas.

Art. 310. El que presentare en juicio algún título nominativo al portador ó sus cupones, constándole su falsedad, incurrirá en las penas de presidio correccional en sus grados medio y mínimo y multa de 125 á 2.500 pesetas.

Art. 311. El que falsificare papel sellado, sellos de telégrafos ó de correos ó cualquiera otra clase de efectos timbrados, cuya expedición esté reservada al Estado, será castigado con la pena de presidio mayor.

Igual pena se impondrá á los que los introdujeren en el territorio español ó á los que los expendieren en connivencia con los falsificadores ó introductores.

Art. 312. Los que sin estar en relación con los falsificadores ó introductores, adquirieren á sabiendas papel, sellos ó efectos falsos



de la clase mencionada en el artículo anterior para expendierlos, serán castigados con la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 313. Los que habiendo adquirido de buena fe efectos públicos de los comprendidos en el artículo anterior, los expendieren sabiendo su falsedad, incurrirán en la pena de arresto mayor en sus grados máximo á prisión correccional en su grado mínimo.

Los que meramente los usaren, teniendo conocimiento de su falsedad, incurrirán en la multa del quinto al décuplo del valor del papel ó efectos que hubieren usado.

## CAPÍTULO IV

### DE LA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

#### SECCIÓN PRIMERA

De la falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio, y de los despachos telegráficos.

Art. 314. Será castigado con las penas de cadena temporal y multa de 500 á 5 000 pesetas, el funcionario público que abusando de su oficio, cometiere falsedad:

- 1.º Contrahaciendo ó fingiendo letra, firma ó rúbrica.
- 2.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
- 3.º Atribuyendo á las que han intervenido en él declaraciones ó manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
- 4.º Faltando á la verdad en la narración de los hechos.
- 5.º Alterando las fechas verdaderas.
- 6.º Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración ó intercalación que varíe su sentido.
- 7.º Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, ó manifestando en ella cosa contraria ó diferente de la que contenga el verdadero original.
- 8.º Intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro ó libro oficial.

Será castigado también con la pena señalada en el párrafo primero de este artículo, el Ministro eclesiástico que incurriere en alguno de los delitos comprendidos en los números anteriores, respecto á actos ó documentos que puedan producir efectos en el estado de las personas ó en el orden civil.

Art. 315. El particular que cometiere en documento público ó oficial, ó en letras de cambio ú otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, será castigado con las penas de presidio mayor y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 316. El que á sabiendas presentare en juicio ó usare, con intención de lucro, un documento falso de los comprendidos en los



artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en dos grados á la señalada á los falsificadores.

Art. 317. Los funcionarios públicos encargados del servicio de los telégrafos, que supusieren ó falsificaren un despacho telegráfico, incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

El que hiciere uso del despacho falso con intención de lucro ó de perjudicar á otro, será castigado como el autor de la falsedad.

## SECCIÓN SEGUNDA

### De la falsificación de documentos privados.

Art. 318. El que con perjuicio de tercero ó con ánimo de causárselo cometiere en documento privado alguna de las falsedades designadas en el art. 314, será castigado con las penas de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 319. El que sin haber tomado parte en la falsificación, prestare en juicio ó hiciere uso, con intención de lucro ó con perjuicio de tercero y á sabiendas, de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en un grado á la señalada á los falsificadores.

## SECCIÓN TERCERA

### De la falsificación de cédulas de vecindad y certificados.

Art. 320. El funcionario público que abusando de su oficio expidiere una cédula de vecindad bajo un nombre supuesto, ó la diere en blanco, será castigado con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio ó inhabilitación especial temporal.

Art. 321. El que hiciere una cédula de vecindad falsa será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Las mismas penas se impondrán al que en una cédula de vecindad verdadera mudare el nombre de la persona á cuyo favor hubiere sido expedida ó de la autoridad que la hubiere expedido, ó que altere en ella alguna otra circunstancia esencial.

Art. 322. El que hiciere uso de la cédula de vecindad de que se trata en el artículo anterior, será castigado con multa de 125 á 1.250 pesetas.

En la misma pena incurrirán los que hicieren uso de una cédula de vecindad verdadera expedida á favor de otra persona.

Art. 323. El facultativo que librare certificado falso de enfermedad ó lesión con el fin de eximir á una persona de algún servicio público, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.



Art. 324. El funcionario público que librare certificación falsa de méritos ó servicios, de buena conducta, de pobreza ó de otras circunstancias análogas, será castigado con las penas de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 325. El particular que falsificare una certificación de la clase designada en los artículos anteriores, será castigado con la pena de arresto mayor.

Esta disposición es aplicable al que hiciere uso á sabiendas de la certificación falsa.

## CAPÍTULO V

### DISPOSICIONES COMUNES Á LOS CUATRO CAPITULOS ANTERIORES

Art. 326. El que fabricare ó introdujere cuños, sellos, marcas ó cualquiera otra clase de útiles ó instrumentos destinados conculcamente á la falsificación de que se trata en los capítulos precedentes de este título, será castigado con las mismas penas pecuniarias y con las personales inmediatamente inferiores en grado á las respectivamente señaladas á los falsificadores.

Art. 327. El que tuviere en su poder cualquiera de los útiles ó instrumentos de que se habla en el artículo anterior y no diere descargo suficiente sobre su adquisición ó conservación, será castigado con las mismas penas pecuniarias y las personales inferiores en sus grados á las correspondientes á la falsificación para que aquéllas fueren propios.

Art. 328. El funcionario que para ejecutar cualquiera falsificación en perjuicio del Estado, de una Corporación ó de un particular de quien dependa, hiciere uso de los útiles ó instrumentos legítimos que le estuvieren confiados, incurrirá en las mismas penas pecuniarias y personales que correspondan á la falsedad cometida, imponiéndoselas en su grado máximo, y además en la de inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo á inhabilitación absoluta perpetua.

Art. 329. Los que sin estar comprendidos en el artículo anterior se apoderaren de los útiles ó instrumentos legítimos que en el mismo se expresan ó hicieren uso de ellos para ejecutar cualquiera falsificación en perjuicio del Estado, de una Corporación ó de un particular á quien pertenecieren, incurrirán en las mismas penas pecuniarias y en las personales inmediatamente inferiores en grado que correspondan á la falsedad cometida.

Art. 330. Cuando sea estimable el lucro que hubieren reportado ó se hubieren propuesto los reos de falsificación penados en este título, se les impondrá una multa del tanto al triplo del lucro, á no ser que el máximo de ella sea menor que el mínimo de la señalada al delito, en cuyo caso se les aplicará ésta.



## CAPÍTULO VI

DE LA OCULTACION FRAUDULENTA DE BIENES Ó DE INDUSTRIA, DEL  
FALSO TESTIMONIO Y DE LA ACUSACIÓN Y DENUNCIAS FALSAS

Art. 331. El que requerido por el competente funcionario administrativo, ocultare el todo ó parte de sus bienes ó el oficio ó la industria que ejerciere, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos ó por ésta debiere satisfacer, incurrirá en una multa del tanto al quintuplo del importe de los impuestos que debiere haber satisfecho, sin que en ningún caso pueda bajar de 125 pesetas.

Art. 332. El que en causa criminal diere falso testimonio en contra del reo, será castigado:

1.º Con la pena de cadena temporal en su grado máximo á condena perpetua, si el reo hubiere sido condenado en la causa á la pena de muerte y ésta se hubiere ejecutado.

2.º Con la pena de cadena temporal, si el reo hubiere sido condenado en la causa á la cadena perpetua y la hubiere empezado á sufrir.

3.º Con la pena de presidio mayor, si el reo hubiere sido condenado en la causa á la cadena perpetua y no la hubiere empezado á sufrir.

4.º Con la pena de presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio, si el reo hubiere sido condenado en la causa á cualquiera otra pena aflictiva y la hubiere empezado á sufrir.

5.º Con la pena de presidio correccional en su grado medio á la de presidio mayor en su grado mínimo, si el reo hubiere sido condenado en la causa á cualquiera otra pena aflictiva y no la hubiere empezado á sufrir.

6.º Con las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas, si el reo hubiere sido condenado en la causa á pena correccional y la hubiere empezado á sufrir.

7.º Con las penas de presidio correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 150 á 1.500 pesetas, si el reo hubiere sido condenado en la causa á pena correccional y no la hubiere empezado á sufrir.

8.º Con las penas de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas, si el reo hubiere sido condenado á una pena leve y la hubiere empezado á sufrir.

9.º Con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas, si el reo hubiere sido condenado á pena leve y no la hubiere empezado á sufrir.



Art. 333. El que en causa criminal diere falso testimonio en favor del reo, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado medio y multa de 150 á 1.500 pesetas, si la causa fuere por delito, y con la de arresto mayor si fuere por falta.

Art. 334. Al que en causa criminal por delito diere falso testimonio que no perjudique ni favorezca al reo, se le impondrá la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio.

Art. 335. El falso testimonio en causa civil será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Si el valor de la demanda no excediere de 50 duros, las penas serán las de arresto mayor y multa de 125 á 1.200 pesetas.

Art. 336. Las penas de los artículos precedentes son aplicables en su grado máximo á los peritos que declaren falsamente en juicio.

Art. 337. Siempre que la declaración falsa del testigo ó perito fuere dada mediante cohecho, las penas serán las inmediatas superiores en grado á las respectivamente designadas en los artículos anteriores, imponiéndose además la multa del tanto al triple del valor de la promesa ó dádiva.

Esta última será decomisada cuando hubiere llegado á entregarse al sobornado.

Art. 338. Cuando el testigo ó perito, sin faltar sustancialmente á la verdad, la alterare con reticencias ó inexactitudes, las penas serán:

1.º Multa de 150 á 1.500 pesetas, si la falsedad recayere en causa sobre delito.

2.º De 125 á 1.250 pesetas, si recayere en juicio sobre falta ó en negocio civil.

Art. 339. El que presentare á sabiendas testigos ó documentos falsos en juicio, será castigado como reo de falso testimonio.

Art. 340. Se comete el delito de acusación ó denuncia falsa imputando falsamente á alguna persona hechos que, si fueren ciertos, constituirían delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio, si esta imputación se hiciere ante funcionario administrativo ó judicial, que por razón de su cargo, debiera proceder á su averiguación ó castigo.

No se procederá, sin embargo, contra el denunciador ó acusador sino en virtud de sentencia firme ó auto, también firme, de sobreseimiento del Tribunal que hubiere conocido del delito imputado.

Este mandará proceder de oficio contra el denunciador ó acusador, siempre que de la causa principal resultaren méritos bastantes para abrir el nuevo proceso.

Art. 341. El reo de acusación ó denuncia falsa será castigado con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, cuando el delito imputado fuere grave; con la de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, si fuere el delito imputado me-



mas grave, y con la de arresto mayor, si la imputación hubiere sido de una falta, imponiéndose además en todo caso una multa de 250 á 2.500 pesetas.

## CAPÍTULO VII

### DE LA USURPACIÓN DE FUNCIONES, CALIDAD Y TÍTULOS Y USO INDEBIDO DE NOMBRES, TRAJES, INSIGNIAS Y CONDECORACIONES

Art. 342. El que sin título ó causa legítima ejerciere actos propios de una Autoridad ó funcionario público, atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 343. El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una facultad que no pueda ejercerse sin título oficial, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo.

Art. 344. El que usurpare carácter que habilite para el ejercicio de los actos propios de los Ministros de un cu to que tenga prosélitos en España ó ejerciere dichos actos, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en grado mínimo.

Art. 345. El que usare y públicamente se atribuyere títulos de nobleza que no le pertenecieran, incurrirá en la multa de 200 á 2.500 pesetas.

Art. 346. El que usare públicamente un nombre supuesto, incurrirá en las penas de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Cuando el uso del nombre supuesto tuviere por objeto ocultar algún delito, eludir una pena ó causar algún perjuicio al Estado ó á los particulares, se impondrá al culpable las penas de arresto mayor en sus grados medio y máximo y multa de 150 á 1.500 pesetas.

No obstante lo dispuesto en este artículo, el uso de nombre supuesto podrá ser autorizado temporalmente por la Autoridad superior administrativa, mediando justa causa.

Art. 347. El funcionario público que en los actos propios de su cargo atribuyere á cualquiera persona, en connivencia con ella, títulos de nobleza ó nombre que no le pertenezcan, incurrirá en la multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 348. El que usare pública é indebidamente uniforme ó traje propios de un cargo que no ejerciera, ó de una clase á que no perteneciera, ó de un estado que no tuviera, ó insignias ó condecoraciones que no estuviera autorizado para llevar, será castigado con la pena de multa de 125 á 1.250 pesetas.



## TÍTULO V

De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública.

## CAPITULO PRIMERO

DE LA INFRACCIÓN DE LAS LEYES SOBRE INHUMACIONES  
Y DE LA VIOLACION DE SEPULTURAS

Art. 349. El que practicare ó hubiere hecho practicar una inhumación, contraviniendo á lo dispuesto por las leyes ó reglamentos respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para las inhumaciones, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 350. El que violare los sepulcros ó sepulturas, practicando cualesquiera actos que tiendan directamente á faltar al respeto debido á la memoria de los muertos, será condenado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPITULO II

## DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Art. 351. El que sin hallarse competentemente autorizado elaborare sustancias nocivas á la salud, ó productos químicos que puedan causar grandes estragos, para expenderlos, ó los despachare, ó vendiere, ó comerciare con ellos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 352. El que hallándose autorizado para el tráfico de sustancias que puedan ser nocivas á la salud, ó productos químicos de la clase expresada en el artículo anterior, los despachare ó suministrarle, sin cumplir con las formalidades prescritas en los reglamentos respectivos, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 353. Los farmacéuticos que despacharen medicamentos deteriorados ó sustituyeren unos por otros, ó los despacharen sin cumplir con las formalidades prescritas en las leyes y reglamentos, serán castigados con las penas de arresto mayor en su grado máximo ó prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si por efecto del despacho del medicamento hubiere resultado la muerte de una persona, se impondrá al culpable la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo y la multa de 250 á 2.500 pesetas.



Art. 354. Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables á los que trafiquen con las sustancias ó productos expresados en ellos, y á los dependientes de los farmacéuticos cuando fueren los culpables.

Art. 355. El que exhumare ó trasladare los restos humanos con infracción de los reglamentos y demás disposiciones de sanidad, incurrirá en la multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 356. El que con cualquiera mezcla nociva á la salud alterare las bebidas ó comestibles destinados al consumo público, ó vendiere puros corrompidos, ó fabricare ó vendiere objetos cuyo uso sea necesariamente nocivo á la salud, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Los géneros alterados y los objetos nocivos serán siempre inutilizados.

Art. 357. Se impondrá también la pena señalada en el artículo anterior:

1.º Al que escondiere ó sustrajere efectos destinados á ser inutilizados ó desinfectados con objeto de venderlos ó comprarlos.

2.º Al que arrojar en fuente, cisterna ó río, cuya agua sirva de bebida, algún objeto que haga al agua nociva para la salud.

## TÍTULO VI

### De los juegos y rifas.

Art. 358. Los banqueros y dueños de casas de juego de suerte, envite ó azar, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas; y en caso de reincidencia, con las de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y doble multa.

Los jugadores que concurrieren á las casas referidas, con las de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

En caso de reincidencia, con las de arresto mayor en su grado medio y doble multa.

Art. 359. Los empresarios y expendedores de billetes de loterías ó rifas no autorizadas, serán castigados con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Los que en el juego ó rifa usaren de medios fraudulentos para asegurar la suerte, serán castigados como estafadores.

Art. 360. El dinero ó efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego ó rifa caerán en comiso.



## TÍTULO VII

De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.

## CAPITULO PRIMERO

## PREVARICACIÓN

Art. 361. El Juez que, á sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo, en causa criminal por delito, incurrirá en la pena impuesta por la sentencia, si ésta se hubiere ejecutado, y además en la de inhabilitación temporal absoluta en su grado máximo á inhabilitación perpetua absoluta.

Art. 362. El Juez que, á sabiendas, dictare sentencia injusta en contra del reo, cuando ésta no hubiere llegado á ejecutarse, será castigado con la pena inmediatamente inferior en grado á la que en la sentencia injusta hubiere impuesto, siendo el delito grave, y con la inmediatamente inferior en dos grados á la que hubiere impuesto, si el delito fuere menos grave.

En todos los casos de este artículo se impondrá también al culpable la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 363. Si la sentencia injusta se dictare á sabiendas contra el reo en juicio sobre falta, las penas serán las de arresto mayor é inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 364. El Juez que, á sabiendas, dictare sentencia injusta en causa criminal á favor del reo, incurrirá en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio é inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial, si la causa fuere por delito grave; en la de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo é igual inhabilitación, si la causa fuere por delito menos grave y en la de arresto mayor en su grado mínimo y suspensión, si fuere por falta.

Art. 365. El Juez que, á sabiendas, dictare sentencia injusta en causa civil, incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado medio á prisión correccional en su grado mínimo é inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 366. El Juez que, por negligencia ó ignorancia inexcusables, dictare en causa civil ó criminal sentencia manifestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación especial perpetua.

Art. 367. El Juez que, á sabiendas, dictare providencia interdictoria injusta, incurrirá en la pena de suspensión.



Art. 368. El Juez que se negare á juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión.

En la misma pena incurrirá el Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia.

Art. 369. El funcionario público que, á sabiendas, dictare ó consultare providencia ó resolución injusta en negocio contencioso-administrativo, ó meramente administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare ó consultare, por negligencia ó ignorancia inexcusables, providencia ó resolución manifestamente injusta en negocio contencioso-administrativo ó meramente administrativo.

Art. 370. El funcionario público que, faltando á la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delinquentes, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 371. Será castigado con una multa de 250 á 2.500 pesetas el Abogado ó Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, ó negligencia ó ignorancia inexcusables, perjudicare á su cliente ó descubriere sus secretos, habiendo de ellos tenido conocimiento en el ejercicio de su ministerio.

Art. 372. El Abogado ó Procurador que, habiendo llegado á tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, á la contraria en el mismo negocio, ó la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPÍTULO II

### INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE PRESOS

Art. 373. El funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya conducción ó custodia le estuviere confiada, será castigado:

1.º En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior á ésta en dos grados y con la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

2.º Con la pena inferior en tres grados á la señalada por la ley al delito por el cual se hallare procesado el fugitivo, si no se le hubiere condenado por ejecutoria, y con la de inhabilitación especial temporal.

Art. 374. El particular que, hallándose encargado de la conducción ó custodia de un preso ó detenido, cometiere alguno de los delitos expresados en el artículo precedente, será castigado con



las penas inmediatamente inferiores en grado á las señaladas al funcionario público.

### CAPÍTULO III

#### INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

Art. 375. El funcionario público que sustrajere, destruyere ó ocultare documentos ó papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo, será castigado:

1.º Con las penas de prisión mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas, siempre que del hecho resultare grave daño de tercero ó de la causa pública.

2.º Con las de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas, cuando no fuere grave el daño de tercero ó de la causa pública.

En uno y otro caso se impondrá además la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 376. El funcionario público que teniendo á su cargo la custodia de papeles ó efectos sellados por la Autoridad, quebrantare los sellos ó consintiere en su quebrantamiento, será castigado con las penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio, inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 377. El funcionario público que, no estando comprendido en el artículo anterior abriere ó consintiere abrir, sin la autorización competente, papeles ó documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de arrestos mayor, inhabilitación temporal especial y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Las penas designadas en los tres artículos anteriores son aplicables también á los eclesiásticos y á los particulares encargados accidentalmente del despacho ó custodia de documentos ó papeles por comisión del Gobierno, ó de funcionarios á quienes hubieren sido confiados aquéllos por razón de su cargo.

### CAPÍTULO IV

#### DE LA VIOLACIÓN DE SECRETOS

Art. 378. El funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, ó entregare indebidamente papeles ó copia de papeles que tenga á su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión en su grado mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si de la revelación ó de la entrega de papeles resultare grave daño para la causa pública, las penas serán de inhabilitación espe-



cial temporal en su grado máximo á inhabilitación especial perpetua y prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Art. 379. El funcionario público que sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular los descubriere, incurrirá en las penas de suspensión, arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPITULO V

### DESOBEDIENCIA Y DENEGACIÓN DE AUXILIO

Art. 380. Los funcionarios judiciales ó administrativos que se negaren abiertamente á dar el debido cumplimiento á sentencias, decisiones ú órdenes de autoridad superior, dictadas dentro de los límites de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en las penas de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento á un mandato administrativo que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional.

Tampoco incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos constituidos en Autoridad que no den cumplimiento á un mandato de igual clase en el que se infrinja manifiesta, clara y terminantemente cualquiera otra ley.

Art. 381. El funcionario que habiendo suspendido por cualquier motivo que no fuere de los expresados en el segundo párrafo del artículo anterior la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, sufrirá la pena de inhabilitación perpetua especial y prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 382. El funcionario público que, requerido por Autoridad competente, no prestare la debida cooperación para la administración de justicia ú otro servicio público, incurrirá en la pena de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si de su omisión resultare grave daño para la causa pública ó á un tercero, las penas serán de inhabilitación perpetua especial y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 383. El que rehusare ó se negare á desempeñar un cargo público de elección popular, sin presentar ante la Autoridad que corresponda excusa legal, ó después que la excusa fuere desatendida, incurrirá en la multa de 150 á 1.500 pesetas.

En la misma pena incurrirá el jurado que voluntariamente dejare de desempeñar su cargo sin excusa admitida, y el perito y el testigo que dejaren también voluntariamente de comparecer ante un



Tribunal á prestar sus declaraciones, cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto.

## CAPITULO VI

### ANTICIPACIÓN, PROLONGACIÓN Y ABANDONO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Art. 384. El que entrare á desempeñar un empleo ó cargo público sin haber prestado en debida forma el juramento ó fianza requeridos por las leyes, quedará suspenso del empleo ó cargo hasta que cumpla con las formalidades respectivas, é incurrirá en la multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 385. El funcionario público que continuare ejerciendo su empleo, cargo ó comisión después que debiere cesar conforme á las leyes, reglamentos ó disposiciones especiales de su ramo respectivo, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 386. El funcionario culpable de cualquiera de los delitos penados en los dos artículos anteriores, que hubiere percibido algunos derechos ó emolumentos por razón de su cargo ó comisión antes de poder desempeñarlo ó después de haber debido cesar en él, será además condenado á restituirlos con la multa del 10 al 50 por 100 de su importe.

Art. 387. El funcionario público que, sin habérsele remitido la renuncia de su destino, lo abandonare, con daño de la causa pública, será castigado con la pena de suspensión en sus grados medio y máximo.

Si el abandono de destino se hiciere para no impedir, no perseguir, ó no castigar cualquiera de los delitos comprendidos en los títulos 1.º y 2.º del libro 2.º de este Código, se impondrá al culpable la pena de prisión correccional en su grado mínimo al medio, y la de arresto mayor, si tuviere por motivo el no impedir, no perseguir ó no castigar cualquiera otra clase de delito.

## CAPITULO VII

### USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES Y NOMBRAMIENTOS ILEGALES

Art. 388. El funcionario público que invadiere las atribuciones del poder legislativo, ya dictando reglamentos ó disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, ya derogando ó suspendiendo la ejecución de una ley, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial y multa de 150 á 1.500 pesetas.

Art. 389. El Juez que se abrogare atribuciones propias de las Autoridades administrativas ó impidiere á éstas el ejercicio legítimo de las suyas será castigado con la pena de suspensión.



En la misma pena incurrirá todo funcionario del orden administrativo que se abrogare atribuciones judiciales ó impidiere la ejecución de una providencia ó decisión dictada por Juez competente.

Art. 390. El funcionario público que legalmente requerido de inhibición continuare procediendo antes que se decida la contienda jurisdiccional, será castigado con la multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 391. Los funcionarios administrativos ó militares que dirigieren órdenes ó intimaciones á una Autoridad judicial, relativas á causas ó negocios cuyo conocimiento ó resolución sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de justicia, incurrirán en las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Art. 392. El eclesiástico que requerido por el Tribunal competente rehusare remitirle los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto, será castigado con la pena de inhabilitación temporal especial.

La reincidencia se castigará con la de inhabilitación perpetua especial.

Art. 393. El funcionario público que, á sabiendae, propusiere ó nombrare para cargos públicos persona en quien no concurren los requisitos legales, será castigado con la pena de suspensión y multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPÍTULO VIII

### ABUSOS CONTRA LA HONESTIDAD

Art. 394. El funcionario público que solicitare á una mujer que tenga pretensiones pendientes de su resolución, ó acerca de las cuales tenga que evacuar informe ó elevar consulta á su superior, será castigado con la pena de inhabilitación temporal especial.

Art. 395. El alcáide que solicitare á una mujer sujeta á su guarda, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio al máximo.

Si la solicitada fuere esposa, hija, hermana ó afín en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda, la pena será prisión correccional en sus grados mínimo al medio.

En todo caso incurrirá además en la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

## CAPÍTULO IX

### COHECHO

Art. 396. El funcionario público que recibiere por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptare ofrecimientos ó promesas por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo, que



constituya delito, será castigado con las penas de presidio correccional en su grado mínimo al medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido por la dádiva ó promesa, si lo hubiere ejecutado.

Art. 397. El funcionario público que recibiere por sí ó por persona intermedia dádiva ó presente, ó aceptare ofrecimiento ó promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, que no constituya delito, y que lo ejecutare, incurrirá en la pena de presidio correccional en su grado mínimo y medio y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva; si el acto injusto no llegare á ejecutarse, se impondrán las penas de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo y multa del tanto al duplo del valor de la dádiva.

Art. 398. Cuando la dádiva recibida ó prometida tuviere por objeto abstenerse el funcionario público de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo, las penas serán las de arresto mayor en su grado medio al máximo y multa del tanto al triplo del valor de aquélla.

Art. 399. Lo dispuesto en los artículos precedentes tendrá aplicación á los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos ó cualesquiera personas que desempeñaren un servicio público.

Art. 400. Las personas responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los artículos anteriores incurrirán, además de las penas en ellos impuestas, en la de inhabilitación especial temporal.

Art. 401. El funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración á su oficio, será castigado con la suspensión en sus grados mínimo y medio y represión pública.

Art. 402. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos ó promesas corrompieran á los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los empleados sobornados, menos la de inhabilitación.

Art. 403. Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge ó de algún ascendiente, descendiente, hermano ó afín en los mismos grados, sólo se impondrá al sobornante una multa equivalente al valor de la dádiva ó promesa.

Art. 404. En todo caso las dádivas ó presentes serán decomisados.

## CAPÍTULO X

### MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Art. 405. El funcionario público que, por razón de sus funciones, teniendo á su cargo caudales ó efectos públicos, los sustrajere ó consintiere que otros los sustraigan, será castigado:



1.º Con la pena de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo si la sustracción no excediere de 50 pesetas.

2.º Con la de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si excediere de 50 y no pasare de 2.500 pesetas.

3.º Con la de presidio mayor si excediere de 2.500 y no pasare de 50.000 pesetas.

4.º Con la de cadena temporal si excediere de 50.000.

En todos los casos, con la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua absoluta.

Art. 406. El funcionario público que por abandono ó negligencia inexcusables diere ocasión á que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales ó efectos públicos de que se trata en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo anterior, incurrirá en la pena de multa equivalente al valor de los caudales ó efectos sustraídos.

Art. 407. El funcionario que con daño ó entorpecimiento del servicio público aplicare á usos propios ó ajenos los caudales ó efectos puestos á su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal y multa del 20 al 50 por 100 de la cantidad que hubiere distraído.

No verificándose el reintegro, se le impondrán las penas señaladas en el art. 405.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, incurrirá en las penas de suspensión y multa del 5 al 25 por 100 de la cantidad distraída.

Art. 408. El funcionario público que diere á los caudales ó efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella á que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación temporal y una multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si de ello resultare daño ó entorpecimiento del servicio á que estuvieren consignados, y en la de suspensión sino resultare.

Art. 409. El funcionario público que debiendo hacer un pago, como tenedor de fondos del Estado, no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del 5 al 25 por 100 de la cantidad no satisfecha.

Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido con orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia ó administración.

La multa se graduará en este caso por el valor de la cosa, y no podrá bajar de 125 pesetas.

Art. 410. Las disposiciones de este capítulo son extensivas á los que se hallaren encargados por cualquier concepto de fondos, rentas ó efectos provinciales ó municipales, ó pertenecientes á un establecimiento de instrucción ó beneficencia, y á los administradores ó depositarios de caudales embargados, secuestrados ó depositados por Autoridad pública, aunque pertenezcan á particulares.



## CAPÍTULO XI

## FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

Art. 411. El funcionario público que interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratas, ajustes ó liquidaciones de efectos ó haberes públicos, se concertare con los interesados ó especuladores, ó usare de cualquiera otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en las penas de presidio correccional en sus grados medio y máximo, é inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 412. El funcionario público que directa ó indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato ú operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable á los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes ó cosas en cuya tasación, partición ó adjudicación hubieren intervenido, y á los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes á sus pupilos ó testamentarios.

Art. 413. El funcionario público que exigiere directa ó indirectamente mayores derechos que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida.

El culpable habitual de este delito incurrirá además en la pena de inhabilitación temporal especial.

Art. 414. El funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere alguno de los delitos expresados en el capítulo 4.º, sección segunda, título 13 de este libro, incurrirá, además de las penas allí señaladas, en la de inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

## CAPÍTULO XII

## NEGOCIACIONES PROHIBIDAS Á LOS EMPLEADOS

Art. 415. Los Jueces, los funcionarios del Ministerio fiscal, los Jefes militares gubernativos ó económicos de una provincia ó distrito, con excepción de los Alcaldes, que durante el ejercicio de sus cargos, se mezclaren directa ó indirectamente en operaciones de agio, tráfico ó granjería, dentro de los límites de su jurisdicción ó mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspensión y multa de 250 á 2,500 pesetas.



Esta disposición no es aplicable á los que impusieren sus fondos en acciones de Banco ó de cualquiera empresa ó compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni intervención directa, administrativa ó económica.

## CAPÍTULO XIII

### DISPOSICIÓN GENERAL

Art. 416. Para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, ó por elección popular ó por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas.

## TÍTULO VIII

### Delitos contra las personas.

#### CAPITULO PRIMERO

##### PARRICIDIO

Art. 417. El que matare á su padre, madre ó hijo, sean legítimos ó ilegítimos, ó á cualquiera otro de sus ascendientes ó descendientes, ó á su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de cadena perpetua á muerte.

#### CAPITULO II

##### ASESINATO

Art. 418. Es reo de asesinato el que, sin estar comprendido en el artículo anterior, matare á alguna persona, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Con alevosía.
- 2.<sup>a</sup> Por precio ó promesa remuneratoria.
- 3.<sup>a</sup> Por medio de inundación, incendio ó veneno.
- 4.<sup>a</sup> Con premeditación conocida.
- 5.<sup>a</sup> Con ensañamiento, aumentando deliberada é inhumanamente el dolor del ofendido.

El reo de asesinato será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á muerte.

#### CAPITULO III

##### HOMICIDIO

Art. 419. Es reo de homicidio el que, sin estar comprendido en el art. 417, matare á otro, no concurriendo alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo anterior.



El reo de homicidio será castigado con la pena de reclusión temporal.

Art. 420. Cuando riñendo varios y acometiéndose entre sí confusa y tumultuariamente, hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero sí los que hubieren causado lesiones graves, serán éstos castigados con la pena de prisión mayor.

No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá á todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Art. 421. El que prestare auxilio á otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la pena de reclusión temporal.

## CAPITULO IV

### DISPOSICIONES COMUNES Á LOS TRES CAPÍTULOS ANTERIORES

Art. 422. Los Tribunales, apreciando las circunstancias del hecho, podrán castigar el delito frustrado de parricidio, asesinato y homicidio, con una pena inferior en un grado á la que debiera corresponderle según el art. 66.

Podrán también rebajar en un grado, según las circunstancias del hecho, la pena correspondiente á la tentativa, según el artículo 67.

Art. 423. El acto de disparar un arma de fuego contra cualquiera persona será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, si no hubieren concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado ó tentativa de parricidio, asesinato, homicidio ó cualquier otro delito á que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de este Código.

## CAPITULO V

### INFANTICIDIO

Art. 424. La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito, con la de prisión mayor.

Fuera de estos casos, el que matare á un recién nacido incurrirá, según los casos, en las penas del parricidio ó del asesinato.



## CAPITULO VI

### ABORTO

Art. 425. El que de propósito causare un aborto, será castigado:

- 1.º Con la pena de reclusión temporal, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
- 2.º Con la de prisión mayor si, aunque no la ejerciera, obrare sin consentimiento de la mujer.
- 3.º Con la de prisión correccional en sus grados medio y máximo, si la mujer lo consintiera.

Art. 426. Será castigado con prisión correccional en sus grados mínimo y medio el aborto ocasionado violentamente cuando no haya habido propósito de causarlo.

Art. 427. La mujer que causare su aborto ó consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Si lo hiciere para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 428. El facultativo que, abusando de su arte causare el aborto ó cooperare á él, incurrirá respectivamente en su grado máximo en las penas señaladas en el art. 425.

El farmacéutico que sin la debida prescripción facultativa expendiere un abortivo, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

## CAPÍTULO VII

### LESIONES

Art. 429. El que de propósito castrarre á otro será castigado con la pena de reclusión temporal á perpetua.

Art. 430. Cualquiera otra mutilación ejecutada igualmente de propósito, se castigará con la pena de reclusión temporal.

Art. 431. El que hiriere, golpear ó maltratare de obra á otro será castigado como el reo de lesiones graves:

- 1.º Con la pena de prisión mayor si de resultas de las lesiones quedare el ofendido imbécil, impotente ó ciego.
- 2.º Con la de prisión correccional en sus grados medio y máximo, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere perdido un ojo ó algún miembro principal, ó hubiere quedado impedido de él ó inutilizado para el trabajo á que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado.
- 3.º Con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, si de resultas de las lesiones el ofendido hubiere quedado deforme, ó perdido un miembro no principal, ó quedado inutilizado de



él, ó hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual ó enfermo por más de noventa días.

4.º Con la de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo, si las lesiones hubieren producido al ofendido enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el art. 417, ó con alguna de las circunstancias señaladas en el art. 418, las penas serán la de reclusión temporal en sus grados medio y máximo, en el caso núm. 1.º de este artículo; la de prisión correccional en su grado máximo á prisión mayor en su grado mínimo en el caso del núm. 2.º; la de prisión correccional en sus grados medio y máximo en el caso del núm. 3.º, y la de prisión correccional en sus grados mínimo y medio en el caso del núm. 4.º del mismo.

No están comprendidas en el párrafo anterior las lesiones que al hijo causare el padre, excediéndose en su corrección.

Art. 432. Las penas del artículo anterior son aplicables respectivamente al que sin ánimo de matar causare á otro alguna de las lesiones graves, administrándole á sabiendas sustancias ó bebidas nocivas, ó abusando de su credulidad ó flaqueza de espíritu.

Art. 433. Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes que produzcan al ofendido inutilidad para el trabajo por más de quince días, ó necesidad de la asistencia del facultativo por igual tiempo, se reputarán menos graves y serán penadas con el arresto mayor, ó el destierro y multa de 125 á 1.250 pesetas, según el prudente arbitrio de los Tribunales (1).

Cuando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta de injuriar, ó con circunstancias ignominiosas, se impondrá, además del arresto mayor, una multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 434. Las lesiones menos graves inferidas á padres, ascendientes, tutores, curadores, maestros ó personas constituidas en dignidad ó autoridad pública, serán castigadas siempre con prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 435. Cuando en la riña tumultuaria definida en el art. 420, resultaren lesiones graves y no constare quiénes las hubieren causado, se impondrá la pena inmediatamente inferior á la correspondiente á las lesiones causadas á los que aparezcan haber ejercido cualquiera violencia en la persona del ofendido.

Art. 436. El que se mutilare ó el que prestare su consentimiento para ser mutilado con el fin de eximirse del servicio militar, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo.

Art. 437. El que inutilizare á otro con su consentimiento para

(1) Reformado como queda inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



el objeto mencionado en el artículo anterior, incurrirá en la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio.

Si lo hubiere hecho mediante precio, la pena será la inmediatamente superior á la señalada en el párrafo anterior.

Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano ó cañado del mutilado, la pena será la de arresto mayor en su grado medio á prisión correccional en su grado mínimo.

## CAPÍTULO VIII

### DISPOSICION GENERAL

Art. 438. El marido que sorprendiendo en adulterio á su mujer, matare en el acto á ésta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.

Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena.

Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias á los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.

El beneficio de este artículo no aprovecha á los que hubieren promovido ó facilitado la prostitución de sus mujeres é hijas.

## CAPÍTULO IX

### DUELO

Art. 439. La Autoridad que tuviere noticia de estarse concertando un duelo, procederá á la detención del provocador y á la del retado, si éste hubiere aceptado el desafío, y no los pondrá en libertad hasta que den palabra de honor de desistir de su propósito.

El que faltando deslealmente á su palabra, provocare de nuevo á su adversario, será castigado con las penas de inhabilitación temporal absoluta para cargos públicos y confinamiento.

El que aceptare el duelo en el mismo caso será castigado con la de destierro.

Art. 440. El que matare en duelo á su adversario será castigado con la pena de prisión mayor.

Si le causare las lesiones señaladas en el núm. 1.º del art. 431, con la de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

En cualquiera otro caso se impondrá á los combatientes la pena de arresto mayor, aunque no resulten lesiones.

Art. 441. En lugar de las penas señaladas en el artículo anterior, se impondrá la de confinamiento en caso de homicidio, la de destierro en el de lesiones comprendidas en el núm. 1.º del art. 431, y la de 50 á 500 pesetas de multa en los demás casos:

1.º Al provocado á desafío que se batiere por no haber obtenido de su adversario explicación de los motivos del duelo.

2.º Al desafiado que se batiere por haber desechado su adversa-



rio las explicaciones suficientes ó satisfacción decorosa del agraviado inferido.

3.º Al injuriado que se batiere por no haber podido obtener del ofensor la explicación suficiente ó satisfacción decorosa que le hubiere pedido.

Art. 442. Las penas señaladas en el art. 440 se aplicarán en su grado máximo:

1.º Al que provocare el duelo sin explicar á su adversario los motivos, si éste lo exigiere.

2.º Al que habiéndolo provocado, aunque fuere con causa, desechare las explicaciones suficientes ó la satisfacción decorosa que le haya ofrecido su adversario.

3.º Al que habiendo hecho á su adversario cualquiera injuria, se negare á darle explicaciones suficientes ó satisfacción decorosa.

Art. 443. El que incitare á otro á provocar ó aceptar un duelo, será castigado respectivamente con las penas señaladas en el artículo 440 si el duelo se lleva á efecto.

Art. 444. El que denostare ó desacreditare públicamente á otro por haber rehusado un duelo, incurrirá en las penas señaladas para las injurias graves.

Art. 445. Los padrinos de un duelo del que resultaren muerte ó lesiones serán respectivamente castigados como autores de aquellos delitos con premeditación, si hubieren promovido el duelo ó usado cualquier género de alevosía en su ejecución ó en el arreglo de sus condiciones.

Como cómplices de los mismos delitos, si lo hubieren concertado á muerte ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes.

Incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 250 á 2,500 pesetas, si no hubieren hecho cuanto estuvo de su parte para conciliar los ánimos, ó no hubieren procurado concertar las condiciones del duelo de la manera menos peligrosa posible para la vida de los combatientes.

Art. 446. El duelo que se verificare sin la asistencia de dos ó más padrinos mayores de edad por cada parte, y sin que éstos hayan elegido las armas y arreglado todas las demás condiciones, se castigará:

1.º Con prisión correccional, no resultando muerte ó lesiones.

2.º Con las penas generales de este Código, si resultaren; pero nunca podrá bajarse de la prisión correccional.

Art. 447. Se impondrán también las penas generales de este Código y además la inhabilitación absoluta temporal:

1.º Al que provocare ó diere causa á un desafío proponiéndose un interés pecuniario ó un objeto inmoral.

2.º Al combatiente que cometiere la alevosía de faltar á las condiciones concertadas por los padrinos.



## TÍTULO IX

## Delitos contra la honestidad.

## CAPÍTULO PRIMERO

## ADULTERIO

Art. 448. El adulterio será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Art. 449. No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querrela del marido a raviado.

Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren, y nunca si hubiere consentido el adulterio ó perdonado á cualquiera de ellos.

Art. 450. El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta á su consorte.

En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero.

Art. 451. La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuere absolutoria.

Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas.

Art. 452. El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

La manceba será castigada con la de destierro.

Lo dispuesto en los artículos 449 y 450 es aplicable al caso de que se trata en el presente.

## CAPÍTULO II

## VIOLACIÓN Y ABUSOS DESHONESTOS

Art. 453. La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión temporal.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º Cuando se usare de fuerza ó intimidación.
- 2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón ó de sentido por cualquiera causa.
- 3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriese ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.



Art. 454. El que abusare deshonestamente de persona de uno ó otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho, con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

### CAPITULO III

#### DELITOS DE ESCÁNDALO PÚBLICO

Art. 455. El que hallándose unido en matrimonio religioso indisoluble, abandonare á su consorte y contrajere nuevo matrimonio según la ley civil con otra persona, ó viceversa, aunque el matrimonio religioso que nuevamente contrajere no fuere indisoluble, incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo y reprensión pública.

Art. 456. Incurrirán en la pena de arresto mayor, reprensión pública, multa de 500 á 5000 pesetas é inhabilitación temporal para cargos públicos: 1.º Los que de cualquier modo ofendan al pudor ó á las buenas costumbres con hechos de grave escándalo ó transcendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código. 2.º Los que cooperen ó protejan públicamente la prostitución de una ó varias personas, dentro ó fuera del Reino, participando de los beneficios de este tráfico ó haciendo de él modo de vivir. 3.º Los que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad ú otro medio coactivo determinen á persona mayor de edad á satisfacer deseos deshonestos de otra, á no ser que al hecho corresponda sanción más grave con arreglo á este Código. 4.º Los que por los medios indicados en el número anterior retuvieran contra su voluntad en prostitución á una persona obligándola á cualquier clase de tráfico inmoral, sin que pueda excusarse la coacción alegando el pago de las deudas contraídas, á no ser que sea aplicable al hecho lo dispuesto en los arts. 495 y 496.

Los responsables criminalmente de los delitos comprendidos en los tres números anteriores que fueran de las personas señaladas en el art. 465, incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, en vez de la de arresto mayor.

Serán aplicables totalmente las sanciones de este artículo á los delitos en él previstos, aún cuando alguno de los hechos que les constituyan se ejecute en país extranjero.

Pero en este caso no se castigarán en España cuando el culpable acredite haber sido penado por los ejecutados en el Reino y cumplido la condena (1).

Art. 457. Incurrirán en la pena de multa de 125 á 1.250 pesetas los que expusieren ó proclamaren, por medio de la imprenta y con escándalo, doctrinas contrarias á la moral pública.

(1) Redactado como va inserto por ley de 21 de Junio de 1904.



## CAPITULO IV

## ESTUPRO Y CORRUPCIÓN DE MENORES

Art. 458. El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro ó encargado por cualquier título de la educación ó guarda de la estuprada, se castigará con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio

En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana ó descendiente, aunque sea mayor de veintitrés años.

El estupro cometido por cualquiera otra persona con una mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, interviniendo engaño, se castigará con la pena de arresto mayor.

Con la misma pena se castigará cualquiera otro abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias.

Art. 459. Incurrirán en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio, inhabilitación temporal absoluta para el que fuere autoridad pública ó agente de ésta y multa de 500 á 5000 pesetas:

Primero. El que habitualmente promueva, favorezca ó facilite la prostitución ó corrupción de persona menor de veintitrés años.

Segundo. El que para satisfacer los deseos de un tercero con propósitos deshonestos, facilitare medios ó ejerciera cualquier género de inducción en el ánimo de menores de edad, aun contando con su voluntad, y el que mediante promesas ó pactos le indujere á dedicarse á la prostitución, tanto en territorio español como para conducirlo con el mismo fin al extranjero. Se impondrá pena inmediatamente superior á los culpables señalados en el art. 465.

Tercero. El que con el mismo objeto ayude ó sostenga con cualquier motivo ó pretexto la continuación de la corrupción ó la estancia de menores en casas ó lugares de vicio.

A los delitos previstos en este artículo será aplicable en su caso lo dispuesto en los dos últimos párrafos del 2.º del núm. 4.º del artículo 456.

La persona bajo cuya potestad legal estuviere un menor, y que con noticia de la prostitución ó corrupción de éste por su permanencia ó asistencia frecuente á casas ó lugares de vicio, no lo recoja para impedir su continuación en tal estado y sitio, y no le ponga en su guarda ó á disposición de la Autoridad, si careciere de medios para su custodia, incurrirá en las de arresto mayor ó inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela y perderá la patria potestad ó la Autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión á su responsabilidad (1).

(1) Reformado según queda inserto por la ley de 21 de Julio de 1904.



## CAPITULO V

## RAPTO

Art. 460. El rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será castigado con la pena de reclusión temporal.

En todo caso, se impondrá la misma pena, si la robada fuese menor de doce años.

Art. 461. El rapto de una doncella menor de veintitrés años y mayor de doce, ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 462. Los reos de delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona robada ó explicación satisfactoria sobre su muerte ó desaparición, serán castigados con la pena de cadena perpetua.

## CAPITULO VI

## DISPOSICIONES COMUNES Á LOS CAPÍTULOS ANTERIORES

Art. 463. No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, ó abuelos, ó tutor.

Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia.

Si la persona agraviada careciere, por su edad ó estado moral, de personalidad para comparecer en juicio, y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico ó el Fiscal por fama pública.

En todos los casos de este artículo, el perdón expreso ó presunto de la parte ofendida, extinguirá la acción penal ó la pena, si ya se hubiere impuesto al culpable.

El perdón no se presume sino por el matrimonio de la ofendida con el ofensor.

Art. 464. Los reos de violación, estupro ó rapto serán también condenados por vía de indemnización:

- 1.º A dotar á la ofendida, si fuere soltera ó viuda.
- 2.º A reconocer la prole, si la calidad de su origen no lo impediere.
- 3.º En todo caso á mantener la prole.

Art. 465. Los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad ó encargo cooperaren como cómplices á la perpetración de los delitos comprendidos en los cuatro capítulos precedentes, serán penados como autores.



Los maestros ó encargados en cualquiera manera de la educación ó dirección de la juventud, serán además condenados á la inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial.

Art. 466. Los comprendidos en el artículo precedente, y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero, serán condenados también á la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer á consejo de familia.

La Autoridad gubernativa podrá depositar en albergue especial ó en otro lugar adecuado al menor de edad que se hallare en estado de prostitución ó corrupción deshonesta, si se encontrare en él, sea ó no por su voluntad, con ausencia de sus padres, tutor ó marido ó careciese de ellos, ó estos le tuvieran en abandono y no se encargaran de su custodia.

La autoridad que acuerde el depósito dará conocimiento de él á la judicial en el término de veinticuatro horas para lo que á sus atribuciones corresponda.

El Ministerio fiscal solicitará, y la Autoridad judicial acordará en los casos expresados en el párrafo anterior, la suspensión de la potestad paterna, materna ó tutelar y el nombramiento de un protector del menor que recaerá en persona individual ó colectiva que inspire confianza de ejercer funciones tutelares, de procurar la enmienda del menor y de apartarle del peligro de la liviandad ó perversión de costumbres, aunque para ello se requiera su permanencia en establecimiento destinado á tales fines.

El depósito y el protector cesarán cuando el protegido llegue á la mayor edad ó sea provisto de tutor por los medios ordinarios (1).

## TÍTULO X

### De los delitos contra el honor.

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### CALUMNIA

Art. 467. Es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar á procedimientos de oficio.

Art. 468. La calumnia propagada por escrito y con publicidad, se castigará con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 500 á 5 000 pesetas cuando se imputare un delito grave, y con las de arresto mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas, si se imputare un delito menos grave.

Art. 469. No propagándose la calumnia con publicidad y por escrito, será castigada:

1.º Con las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas, cuando se imputare un delito grave.

---

(1) Reformado como queda inserto por ley de 21 de Julio de 1904.



2.º Con el arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas, cuando se imputare un delito menos grave.

Art. 470. El acusado de calumnia quedará exento de toda pena, probando el hecho criminal que hubiere imputado.

La sentencia en que se declare la calumnia, se publicará en los periódicos oficiales, si el calumniado lo pidiere.

## CAPÍTULO II

### INJURIAS

Art. 471. En injuria toda expresión proferida ó acción ejecutada en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona.

Art. 472. Son injurias graves:

1.º La imputación de un delito de los que no dan lugar á procedimiento de oficio.

2.º La de un vicio ó falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito ó interés del agraviado.

3.º Las injurias que por su naturaleza, ocasión ó circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

4.º Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

Art. 473. Las injurias graves, hechas por escrito y con publicidad, serán castigadas con la pena de destierro en su grado medio al máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

No concurriendo aquellas circunstancias, se castigarán con las penas de destierro en su grado mínimo al medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 474. Las injurias leves serán castigadas con las penas de arresto mayor en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas, cuando fueren hechas por escrito y con publicidad.

No concurriendo estas circunstancias se penarán como faltas.

Art. 475. Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

En este caso será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones.

## CAPÍTULO III

### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 476. Se comete el delito de calumnia ó injuria, no sólo manifestamente, sino por medio de alegorías, caricaturas, emblemas ó alusiones.



Art. 477. La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren 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.

Art. 478. El acusado de calumnia ó injuria encubierta ó equívoca, que rehusare dar en juicio explicación satisfactoria acerca de ella, será castigado como reo de calumnia ó injuria manifiesta.

Art. 479. Los directores ó editores de los periódicos en que se hubieren propagado las calumnias ó injurias, insertarán en ellos dentro del término que señalen las leyes ó el Tribunal en su defecto, la satisfacción ó sentencia condenatoria, si lo reclamare el ofendido.

Art. 480. Podrán ejercitar la acción de calumnia ó injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermano del difunto agraviado, siempre que la calumnia ó injuria transcendiere á ellos, y en todo caso el heredero.

Art. 481. Procederá asimismo la acción de calumnia ó injuria cuando se hayan hecho por medio de publicaciones en país extranjero.

Art. 482. Nadie podrá deducir la acción de calumnia ó injuria causadas en juicio sin previa licencia del Juez ó Tribunal que de él conociera.

Nadie será penado por calumnia ó injuria sino á querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la Autoridad pública, Corporaciones ó clases determinadas del Estado, y lo dispuesto en el capítulo 5.º del título 3.º de este libro.

El culpable de injuria ó de calumnia contra particulares, quedará relevado de la pena impuesta mediante perdón de la parte ofendida.

Para los efectos de este artículo se reputan Autoridad los Sobranos ó Príncipes de naciones amigas ó aliadas, los agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público que, según los tratados, debieren comprenderse en esta disposición.

Para proceder en los casos expresados en el párrafo anterior, ha de preceder excitación especial del Gobierno.

## TÍTULO XI

Delitos contra el estado civil de las personas.

### CAPÍTULO PRIMERO

#### SUPOSICIÓN DE PARTOS Y USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL

Art. 483. La suposición de partos y la sustitución de un niño por otro, serán castigados con las penas de presidio mayor y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Las mismas penas se impondrán al que ocultare ó expusiere un hijo legítimo con ánimo de hacerle perder su estado civil.



Art. 484. El facultativo ó funcionario público que, abusando de su profesión ó cargo, cooperare á la ejecución de alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, incurrirá en las penas del mismo y, además, en la de inhabilitación temporal especial.

Art. 485. El que usurpare el estado civil de otro, será castigado con la pena de presidio mayor.

## CAPITULO II

### CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ILEGALES

Art. 486. El que contrajere segundo ó ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, será castigado con la pena de prisión mayor.

Art. 487. El que con algún impedimento dirimente no dispensable contrajere matrimonio, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo.

Art. 488. El que contrajere matrimonio mediando algún impedimento dispensable, será castigado con una multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si por culpa suya no revalidare el matrimonio, previa dispensa, en el término que los Tribunales designen, será castigado con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo, de la cual quedará relevado cuando quiera que se revalide el matrimonio.

Art. 489. El menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado con prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

El culpable deberá ser indultado desde que los padres ó las personas á quienes se refiere el párrafo anterior aprobaren el matrimonio contraído.

Art. 490. La viuda que se casare antes de los trescientos un días desde la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento, si hubiere quedado encinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

En la misma pena incurrirá la mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, si se casare antes de su alumbramiento ó de haberse cumplido trescientos un días después de su separación legal.

Art. 491. El adoptante que sin previa dispensa civil contrajere matrimonio con sus hijos ó descendientes adoptivos, será castigado con la pena de arresto mayor.

Art. 492. El tutor ó curador que antes de la aprobación legal de sus cuentas, contrajere matrimonio ó prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos ó descendientes con la persona que tuviere ó hubiere tenido en guarda, á no ser que el padre de ésta hubiere autorizado debidamente este matrimonio, será castigado con



las penas de prisión correccional en su grado medio y máximo y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 493. El Juez municipal que autorizare matrimonio prohibido por la ley ó para el cual haya alguno impedimento no dispensable, será castigado con las penas de suspensión en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Si el impedimento fuere dispensable las penas serán destierro en su grado mínimo y multa de 125 á 1.250 pesetas

Art. 494 En todos los casos de este capítulo el contrayente doloso será condenado á dotar según su posibilidad á la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe.

## TÍTULO XII

De los delitos contra la libertad y seguridad.

### CAPÍTULO PRIMERO

#### DETENCIONES ILEGALES

Art. 495. El particular que encerrare ó detuviere á otro privándole de su libertad será castigado con la pena de prisión mayor.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si el culpable diere libertad al encerrado ó detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere, ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 496. El delito de que se trata en el artículo anterior será castigado con la pena de reclusión temporal:

- 1.º Si el encierro ó detención hubiere durado más de veinte días.
- 2.º Si se hubiere ejecutado con simulación de Autoridad pública.
- 3.º Si se hubiere causado lesiones graves á la persona encerrada ó detenida, ó se le hubiere amenazado de muerte.

Art. 497. El que fuera de los casos permitidos por la ley aprehendiere á una persona para presentarla á la Autoridad, será castigado con las penas de arresto menor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

### CAPÍTULO II

#### SUSTRACCIÓN DE MENORES

Art. 498. La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de cadena temporal.

Art. 499. En la misma pena incurrirá el que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare á sus padres ó guardadores, ni diere explicación satisfactoria acerca de su desaparición.



Art. 500. El que indujere á un menor de edad, pero mayor de siete años, á que abandone la casa de sus padres, tutores ó encargados de su persona, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

### CAPÍTULO III

#### ABANDONO DE NIÑOS

Art. 501. El abandono de un niño menor de siete años será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Cuando por las circunstancias del abandono se hubiere ocasionado la muerte de un niño, será castigado el culpable con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo; si sólo se hubiere puesto en peligro su vida, la pena será la misma prisión correccional en su grado mínimo y medio.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda cuando constituyere otro delito mas grave.

Art. 502. El que teniendo á su cargo la crianza ó educación de un menor lo entregare á un establecimiento público ó á otra persona, sin la anuencia de la que se le hubiere confiado ó de la Autoridad en su defecto, será castigado con una multa de 125 á 1.250 pesetas.

### CAPÍTULO IV

#### DISPOSICIÓN COMÚN A LOS TRES CAPÍTULOS PRECEDENTES

Art. 503. El que detuviere ilegalmente á cualquiera persona, ó sustrajere un menor de siete años y no diere razón de su paradero ó no acreditare haberlo dejado en libertad, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á cadena perpetua.

En la misma pena incurrirá el que abandonare un niño menor de siete años, si no acreditare que lo dejó abandonado sin haber cometido otro delito.

### CAPÍTULO V

#### ALLAMIENTO DE MORADA

Art. 504. El particular que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador será castigado con arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Si el hecho se ejecutare con violencia ó intimidación, las penas serán prisión correccional en su grado medio y máximo y multa de 125 á 1.250 pesetas.



Art. 505. La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave á sí mismo, á los moradores ó á un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio á la humanidad ó á la justicia.

Art. 506. Lo dispuesto en este capítulo no tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieren abiertas.

## CAPITULO VI

### DE LAS AMENAZAS Y COACCIONES

Art. 507. El que amenazare á otro con causar al mismo ó á su familia en sus personas, honra ó propiedad un mal que constituya delito, será castigado:

1.º Con la pena inmediata inferior en grado á la señalada por la ley al delito con que amenazare, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad ó imponiendo cualquiera otra condición, aunque no sea lícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito, y con la pena inferior en dos grados si no lo hubiere conseguido.

La pena se impondrá en su grado máximo si las amenazas se hicieron por escrito ó por medio de emisario.

2.º Con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas si la amenaza no fuere condicional.

Art. 508. Las amenazas de un mal que no constituya delito, hechas en la forma expresada en el núm. 1.º del artículo anterior, serán castigadas con la pena de arresto mayor.

Art. 509. En todos los casos de los dos artículos anteriores se podrá condenar además al amenazador á dar caución de no ofender al amenazado, y en su defecto á la pena de destierro.

Art. 510. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere á otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, ó le compeliere á efectuar lo que no quiera, sea justo ó injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 511. El que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente á su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con las penas de arresto mayor en su grado mínimo y una multa equivalente al valor de la cosa, que en ningún caso bajará de 125 pesetas.

## CAPÍTULO VII

### DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

Art. 512. El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles ó cartas y divulgare aquéllos, será castigado con las penas de prisión correccional en su grado mínimo y una multa de 125 á 1.250 pesetas.



Si no los divulgare, las penas serán arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Esta disposición no es aplicable á los maridos, padres, tutores quienes hagan sus veces, en cuanto á los papeles ó cartas de sus mujeres, hijos ó menores que se hallen bajo su dependencia.

Art. 513. El administrador, dependiente ó criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 514. El encargado, empleado ú obrero de una fábrica ú otro establecimiento industrial que con perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con las penas de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 á 1.250 pesetas.

### TÍTULO XIII

#### De los delitos contra la propiedad.

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### DE LOS ROBOS

Art. 515. Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia ó intimidación en las personas, ó empleando fuerza en las cosas.

Art. 516. El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas, será castigado:

1.º Con la pena de cadena perpetua á muerte, cuando con motivo ó con ocasión del robo resultare homicidio.

2.º Con la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpetua, cuando el robo fuere acompañado de violación ó mutilación causada de propósito, ó con su motivo ú ocasión se causare alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del art. 431, ó el reo fuere detenido bajo rescate ó por más de un día.

3.º Con la pena de cadena temporal, cuando con el mismo motivo ú ocasión se causare algunas de las lesiones penadas en el número 2.º del artículo mencionado en el número anterior.

4.º Con la pena de presidio mayor en su grado medio á cadena temporal en su grado mínimo, cuando la violencia ó intimidación que hubiere concurrido en el robo hubiere tenido una gravedad manifiestamente innecesaria para su ejecución, ó cuando en la perpetración del delito se hubieren por los delinquentes inferido á personas, no responsables del mismo, lesiones comprendidas en los números 3.º y 4.º del citado art. 431.

5.º Con la pena de presidio correccional á presidio mayor en su grado medio en los demás casos.



Art. 517. Si los delitos de que tratan los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo anterior hubieren sido ejecutados en despoblado y en cuadrilla, se impondrá á los culpables la pena en el grado máximo.

Al jefe de la cuadrilla, si estuviere total ó parcialmente armada, se impondrá en los mismos casos la pena superior inmediata.

Art. 518. Hay cuadrilla cuando concurren á un robo más de tres malhechores armados.

Los malhechores presentes á la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlos.

Se presume haber estado presente á los atentados cometidos por una cuadrilla, el malhechor que anda habitualmente en ella, salvo la prueba en contrario.

Art. 519. La tentativa y delito frustrado de robo cometidos con el delito mencionado en el núm. 1.º del art. 516, serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo á cadena perpetua, á no ser que el homicidio cometido la mereciere mayor según las disposiciones de este Código.

Art. 520. El que para defraudar á otro le obligare con violencia ó intimidación á suscribir, otorgar ó entregar una escritura pública ó documento será castigado como culpable de robo con las penas respectivamente señaladas en este capítulo.

Art. 521. Los que con armas robaren en casa habitada ó edificio público, ó destinado al culto religioso, serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado medio á cadena temporal en su grado mínimo, si el valor de los efectos robados excediere de 500 pesetas y se introdujeren los malhechores en la casa ó edificio donde el robo tuviere lugar, ó en cualquiera de sus dependencias, por uno de los medios siguientes:

- 1.º Por escalamiento.
- 2.º Por rompimiento de pared, techo ó suelo ó fractura de puerta ó ventana.
- 3.º Haciendo uso de llaves falsas, ganzúas ú otros instrumentos semejantes.
- 4.º Con fractura de puertas, armarios, arcas ú otra clase de muebles ú objetos cerrados ó sellados, ó su sustracción para ser fracturados ó violentados fuera del lugar del robo.
- 5.º Con nombre supuesto ó simulación de autoridad.

Cuando los malhechores no llevaren armas y el valor de lo robado excediere de 500 pesetas, se impondrá la pena inmediatamente inferior.

La misma regla se observará cuando los malhechores llevaren armas, pero el valor de lo robado no excediere de 500 pesetas.

Cuando no llevaren armas ni el valor de lo robado excediere de 500 pesetas, se impondrá á los culpables la pena señalada en los dos párrafos anteriores en su grado mínimo.

Art. 522. Cuando los delitos de que se habla en el artículo ante-



rior hubieren sido ejecutados en despoblado y en cuadrilla, ó los efectos robados fueren cosas destinadas al culto religioso, se impondrá á los culpables la pena en el grado máximo.

Art. 523. Se considerará casa habitada todo albergue que constituyere la morada de una ó más personas, aunque se encontraran accidentalmente ausentes de ella cuando el robo tuviere lugar.

Se considerarán dependencias de casa habitada ó de edificio público ó destinado al culto, sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos ó sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo y con el cual formen un solo todo.

No estarán comprendidas en el párrafo anterior las huertas y demás terrenos destinados al cultivo ó á la producción, aunque estén cercadas, contiguas al edificio y en comunicación interior con el mismo.

Art. 524. Cuando el robo de que se trata en el art. 521 se hubiere efectuado en una dependencia de casa habitada, edificio público ó destinado al culto religioso, introduciéndose los culpables saltando un muro exterior y se hubiere limitado la sustracción á semillas alimenticias, frutos ó leñas, y el valor de las cosas robadas no excediere de 25 pesetas, se impondrá á los culpables la pena de arresto mayor en su grado medio á presidio correccional en su grado mínimo.

Art. 525. El robo cometido en lugar no habitado ó en un edificio que no sea de los comprendidos en el párrafo primero del art. 521, si el valor de los objetos robados excediere de 500 pesetas, se castigará con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Escalamiento.
- 2.<sup>a</sup> Rompimiento de paredes, techos ó suelos, ó fractura de puertas ó ventanas exteriores.
- 3.<sup>a</sup> La de haber hecho uso de llaves falsas, ganzúas ú otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.
- 4.<sup>a</sup> Fractura de puertas, armarios, arcas ú otra clase de muebles ú objetos cerrados ó sellados.
- 5.<sup>a</sup> Sustracción de los objetos cerrados ó sellados de que trata el párrafo anterior, aunque se fracturen fuera del lugar del robo.

Quando el valor de los objetos robados no excediere de 500 pesetas se impondrá la pena inmediatamente inferior.

Art. 526. En los casos del artículo anterior, el robo que no excediere de 25 pesetas se castigará con arresto mayor en sus grados medio y máximo.

Si las cosas robadas fueren de las mencionadas en el art. 524, se castigará con la pena inmediatamente inferior.

Art. 527. El robo de que se trata en los arts. 524, 525 y 526, se castigará con la pena inmediatamente superior, si el culpable fuere dos ó más veces reincidente.

Art. 528. El que tuviere en su poder ganzúas ú otros instru-



mentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no mere el de cargo suficiente sobre su adquisición ó conservación, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo.

En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros, se les aplicará la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo.

Art. 529. Se entenderán llaves falsas:

1.º Los instrumentos á que se refiere el artículo anterior.

2.º Las llaves legítimas sustraídas al propietario.

3.º Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para la apertura de la cerradura violentada por el culpable.

## CAPITULO II

### DE LOS HURTOS

Art. 530. Son reos de hurto:

1.º Los que con ánimo de lucrarse, y sin violencia ó intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño.

2.º Los que encontrándose una cosa perdida y sabiendo quién es su dueño, se la apropiaren con intención de lucro.

3.º Los dañadores que sustrajeren ó utilizaren los frutos ú objeto del daño causado, salvo los casos previstos en los arts. 606, número 1.º; 607 núms. 1.º, 2.º y 3.º 608, núm. 1.º; 610, núm. 1.º; 611, 613, segundo párrafo del 617 y 618.

Art. 531. Los reos de hurto serán castigados:

1.º Con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si el valor de la cosa hurtada excediere de 2 500 pesetas.

2.º Con la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 2 500 pesetas y pasare de 500.

3.º Con arresto mayor en su grado medio á presidio correccional en su grado mínimo, si no excediere de 500 y pasare de 100.

4.º Con el arresto mayor en toda su extensión, si no excediere de 100 y pasare de 10, salvo lo dispuesto en el núm. 2.º art. 606.

5.º Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 10, y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delitos de robo ó hurto, ó dos veces en juicio por falta de hurto (1).

Art. 532. Será castigado también con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio:

El que empleando violencia ó intimidación en las personas ó fuerza en las cosas entrare á cazar ó pescar en heredad cerrada ó campo vedado.

(1) Redactado como queda inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



El que en heredad ó campo de las mismas condiciones cazare ó pescare sin permiso del dueño, valiéndose de medios prohibidos por las Ordenanzas.

Cuando concurrieren simultáneamente las circunstancias expresadas en los dos párrafos anteriores, el culpable será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo.

Art. 533. El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado á las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores:

1.º Si fueren cosas destinadas al culto, ó se cometieren en acto religioso ó en edificio destinado á celebrarlo.

2.º Si fuere doméstico ó interviniere grave abuso de confianza.

3.º Si fuere dos ó más veces reincidente.

### CAPITULO III

#### DE LA USURPACION

Art. 534. Al que con violencia ó intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble ó usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriera por las violencias que causare, una multa del 0 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, no bajando de 125 pesetas.

Si la utilidad no fuere estimable, se impondrá la multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 535. El que alterare términos ó lindes de los pueblos ó heredades, ó cualquiera clase de señales destinadas á fijar los límites de predios contiguos, será castigado con una multa del 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado ó debido reportar por ello.

Si no fuere estimable la utilidad, se le impondrá la multa de 125 á 1.250 pesetas.

### CAPITULO IV

#### DEFRAUDACIONES

##### SECCION PRIMERA

Alzamiento, quiebra é insolvencia punibles.

Art. 536. El que se alzare con sus bienes en perjuicio de acreedores será castigado con la pena de presidio mayor si fuere comerciante, y con la de presidio correccional en su grado máximo ó presidio mayor en su grado medio si no lo fuere.

Art. 537. El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.



Art. 538. El quebrado que fuere declarado en insolvencia culpable por alguna de las causas comprendidas en el art. 1005 del Código de Comercio, incurrirá en la pena de prisión correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 539. En los casos de los dos artículos precedentes, si la pérdida ocasionada á los acreedores no llegare al 10 por 100 de sus respectivos créditos, se impondrán al quebrado las penas inmediatamente inferiores en grado á la señalada en dichos artículos.

Cuando la pérdida excediere de 50 por 100, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en los dos mencionados artículos.

Art. 540. Las penas señaladas en los tres artículos anteriores son aplicables á los comerciantes, aunque no estén matriculados, si ejercieren habitualmente el comercio.

Art. 541. Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta los que ejecutaren cualquiera de los actos que se determinan en el art. 1010 del Código de Comercio.

Art. 542. Incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo el concursado, no comerciante, cuya insolvencia fuere resultado en todo ó en parte de alguno de los hechos siguientes:

- 1.º Haber hecho gastos domésticos ó personales excesivos y descompasados con relación á su fortuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia.
- 2.º Haber sufrido en cualquiera clase de juego pérdidas que excedieren de lo que por vía de recreo aventurare, en entretenimientos de esta clase, un padre de familia arreglado.
- 3.º Haber tenido pérdidas en apuestas cuantiosas, compras y ventas simuladas ú otras operaciones de agiotaje, cuyo éxito dependa exclusivamente del azar.
- 4.º Haber enajenado, con depreciación notable, bienes cuyo precio estuviere adeudando.
- 5.º Retardo en haber dejado de presentarse en concurso, cuando su pasivo fuere tres veces mayor que su activo.

Art. 543. Incurrirá en la pena de presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado mínimo el concursado, no comerciante, cuya insolvencia fuere resultado en todo ó en parte de alguno de los hechos siguientes:

- 1.º Haber incluido gastos, pérdidas ó deudas supuestas ú ocultos bienes ó derechos en el estado de deudas, relación de bienes ó memorias que haya presentado á la autoridad judicial.
- 2.º Haberse apropiado ó distraído bienes ajenos que le estuvieren encomendados en depósito, comisión ó administración.
- 3.º Haber simulado enajenación ó cualquier gravamen de bienes, deudas ú obligaciones.
- 4.º Haber adquirido por título oneroso bienes á nombre de otra persona.



5.º Haber anticipado en perjuicio de los acreedores pago que no fuere exigible sino en época posterior á la declaración de concurso.

6.º Haber distraído, con posterioridad á la declaración en concurso, valores correspondientes á la masa.

Art. 544. Es aplicable á los dos anteriores artículos la disposición contenida en el art. 539.

Art. 545. Serán penados como cómplices del delito de insolvencia fraudulenta, cometida por el deudor no dedicado al comercio, los que ejecutaren cualquiera de los actos siguientes:

1.º Confabularse con el concursado para suponer crédito contra él ó para aumentarlo, alterar su naturaleza ó fecha con el fin de anteponerle en la graduación con perjuicio de otros acreedores, aun cuando este se verifique antes de la declaración del concurso.

2.º Haber auxiliado al concursado para ocultar ó sustraer sus bienes.

3.º Ocultar á los administradores del concurso la existencia de bienes que, perteneciendo á éste, obren en poder del culpable, ó entregarlos al concursado y no á dichos administradores.

4.º Verificar con el concursado conciertos particulares en perjuicio de otros acreedores.

Art. 546. Las penas señaladas en este capítulo se impondrán en su grado máximo al medio, al quebrado ó concursado que no restituyere el depósito miserable ó necesario.

## SECCIÓN SEGUNDA

### Estafas y otros engaños.

Art. 547. El que defraudare á otro en la sustancia, cantidad ó calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será castigado:

1.º Con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si la defraudación no excediere de 100 pesetas.

2.º Con la de arresto mayor en su grado medio á presidio correccional en su grado mínimo, excediendo de 100 pesetas y no pasando de 2.500.

3.º Con la de presidio correccional en sus grados mínimo y medio excediendo de 2.500 pesetas.

Art. 548. Incurrirán en las penas del artículo anterior:

1.º El que defraudare á otros usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia ó cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa ó negociaciones imaginarias ó valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.

2.º Los plateros y joyeros que cometieren defraudación, alterando en su calidad, ley ó peso, los objetos relativos á su arte ó comercio.



3.º Los traficantes que defraudaren usando de pesas ó medidas faltas en el despacho de los objetos de su tráfico.

4.º Los que defraudaren con pretexto de supuestas remuneraciones á empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que á éstos corresponda.

A los comprendidos en los tres números anteriores se les impondrán las penas en su grado máximo.

5.º Los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión ó administración ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla, ó negaren haberla recibido.

Las penas se impondrán en el grado máximo en el caso de depósito miserable ó necesario.

6.º Los que cometieren alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo ó de un tercero.

7.º Los que defraudaren haciendo suscribir á otro con engaño algún documento.

8.º Los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte

9.º Los que cometieren defraudación sustrayendo, ocultando ó inutilizando en todo ó en parte algún proceso, expediente, documento ó otro papel de cualquiera clase

Cuando se cometiere el mismo delito sin ánimo de defraudar, se impondrá á sus autores una multa de 125 á 1.250 pesetas.

Art. 549. Los delitos expresados en los números anteriores serán castigados con la pena respectivamente superior en un grado, si los culpables fueren dos ó más veces reincidentes en el mismo ó semejante especie de delito.

Art. 550. El que fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare, gravare ó empeñare, será castigado con la pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado.

En la misma pena incurrirá el que dispusiere de una cosa como libre sabiendo que estaba gravada.

Art. 551. Incurrirán en las penas señaladas en el artículo precedente:

1.º El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo ó de un tercero.

2.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Art. 552. Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550 los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria ó industrial.

Art. 553. El que abusando de la impericia ó pasiones de un menor le hiciera otorgar en su perjuicio alguna obligación, descargo ó transmisión de derecho por razón de préstamo de dinero, crédito ú



otra cosa mueble, bien aparezca el préstamo claramente, bien se halle encubierto bajo otra forma, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del 10 al 50 por 100 del valor de la obligación que hubiere otorgado el menor.

Art. 554. El que defraudare ó perjudicare á otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección, será castigado con una multa del tanto al duplo del perjuicio que irrogare; y en caso de reincidencia, con la del duploy arresto mayor en su grado medio al máximo.

## CAPÍTULO V

### DE LAS MAQUINACIONES PARA ALTERAR EL PRECIO DE LAS COSAS

Art. 555. Los que solicitaren dádiva ó promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella á los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas ó cualquier otro artificio con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del 10 al 50 por 100 del valor de la cosa subastada, á no merecerla mayor por la amenaza ú otros medios que emplearen.

Art. 556. (1) Los que se coligaren con el fin de encarecer ó abaratar abusivamente el precio del trabajo ó regular sus condiciones, serán castigados, siempre que la coligación hubiere comenzado á ejecutarse, con la pena de arresto mayor.

Esta pena se impondrá en su grado máximo á los jefes y promovedores de la coligación y á los que para asegurar su éxito emplearen violencias ó amenazas, á no ser que por ellas merecieren mayor pena.

Art. 557. Los que esparciendo falsos rumores, ó usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 500 á 5.000 pesetas.

Art. 558. Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre cosas alimenticias ú otros objetos de primera necesidad, la pena se impondrá en su grado máximo.

Para la imposición de esta pena bastará que la coligación haya comenzado á ejecutarse.

## CAPÍTULO VI

### DE LAS CASAS DE PRÉSTAMOS SOBRE PRENDAS

Art. 559. Será castigado con la multa de 500 á 5.000 pesetas el que hallándose dedicado á la industria de préstamos sobre prendas,

(1) Derogado por la ley de 27 de Abril de 1909 sobre huelgas y coligaciones.



suellos ó salarios, no llevaré libros asentando en ellos sin claros ni enterrerrenglonados las cantidades prestadas, los plazos ó intereses, los nombres y domicilios de los que las reciban, la naturaleza, calidad y valor de los objetos dados en prenda y las demás circunstancias que exigen los reglamentos.

Art. 560. El prestamista que no diere resguardo de la prenda ó seguridad recibida será castigado con una multa del duplo al quintuplo de su valor.

## CAPÍTULO VII

### DEL INCENDIO Y OTROS ESTRAGOS

Art. 561. Serán castigados con la pena de cadena temporal en su grado máximo á perpetua:

1.º Los que incendiaren arsenal, astillero, almacén, fábrica de pólvora ó pirotecnia militar, parque de artillería, archivo ó museo general del Estado.

2.º Los que incendiaren un tren de viajeros en marcha ó un buque fuera de puerto.

3.º Los que incendiaren en poblado un almacén de materias inflamables ó explosivas.

4.º Los que incendiaren un teatro ó una iglesia ú otro edificio destinado á reuniones cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa.

Art. 562. Serán castigados con la pena de cadena temporal á perpetua los que incendiaren edificio, alquería, choza, albergue ó buque en puerto, sabiendo que dentro de ellos se hallaban una ó más personas.

Art. 563. Se impondrá la pena de cadena temporal:

1.º A los que incendiaren un edificio público, si el valor del daño causado excediere de 2 500 pesetas.

2.º A los que incendiaren una casa habitada ó cualquiera edificio en que habitualmente se reúnan diversas personas, ignorando si había ó no gente dentro, ó un tren de mercancías en marcha, si el daño causado en los casos mencionados excediere también de 2.500 pesetas.

Art. 564. Serán castigados con la pena de presidio mayor:

1.º Los que cometieren cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo anterior, si el valor del daño causado no excediere de 2.500 pesetas.

2.º Los que incendiasen en poblado un edificio no destinado á habitación ni reunión, si el valor del daño causado excediere de 2.500 pesetas.

Art. 565. Cuando el daño causado en el núm. 2.º del artículo anterior no excediere de 2.500 pesetas, pero pasare de 250, se impondrá al culpable la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo.



Si no excediere de 250 pesetas, se le impondrá la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio.

Art. 566. Serán castigados con la pena de presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio, cuando el daño causado excediere de 2 500 pesetas:

1.º Los que incendiaren un edificio destinado á habitación en lugar desobrado.

2.º Los que incendiaren mieses, pastos, montes ó plantíos.

Art. 567. Cuando el daño causado en los casos del artículo anterior no excediere de 2.500 pesetas y pasare de 250, la pena será la de presidio correccional en su grado medio á presidio mayor en su grado mínimo.

Art. 568. Si no llegare á 250 pesetas, se impondrá la pena inferior en un grado si el incendio se hubiere causado en edificio, y la inferior en dos si hubiere sido de mieses, pastos, montes ó plantíos.

Art. 569. Cuando en el incendio de las mieses, pastos, montes ó plantíos hubiera habido peligro de propagación, por hallarse otros contiguos á los incendiados, se impondrá la pena superior en un grado de la correspondiente al delito.

Art. 570. El incendio de cosas no comprendidas en los artículos anteriores será castigado:

1.º Con la pena de arresto mayor en sus grados medio y máximo, no excediendo de 50 pesetas el daño causado.

2.º Con la de arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado mínimo, si el daño causado excediere de 50 pesetas y no pasare de 500.

3.º Con la de presidio correccional en sus grados mínimo y medio, si el daño causado excediere de 500 pesetas y no pasare de 2.500.

4.º Y con la de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si excediere de 2.500 pesetas.

Art. 571. En caso de aplicarse el incendio á chozas, pajares ó cobertizos deshabitados, ó á cualquier otro objeto cuyo valor no excediere de 250 pesetas, en tiempo ó con circunstancias que manifestamente excluyan todo peligro de propagación, el culpable no incurrirá en las penas señaladas en este capítulo, pero sí en las que mereciere por el daño que causare con arreglo á las disposiciones del capítulo siguiente.

Art. 572. Incurrirán respectivamente en las penas de este capítulo los que causaren estragos por medio de inmersión ó varamiento de nave, inundación, explosión de una mina ó máquina de vapor, levantamiento de los rails de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de éstas para la seguridad de los trenes en marcha, destrozo de los hilos y postes telegráficos, y en general, de cualquiera otro agente ó medio de destrucción tan poderoso como los expresados.

Art. 573. El culpable de un incendio ó estragos en bienes ajenos no se eximirá de las penas impuestas en este capítulo, aunque para



cometer el delito hubiere incendiado ó destruido bienes de su pertenencia.

Art. 574. Si las cosas incendiadas pertenecieren exclusivamente al incendiario, se le impondrá la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo, si el incendio hubiere sido causado con propósito de defraudar los derechos de tercero ó de causarle perjuicio ó si, aun sin este propósito, se le hubiere realmente causado, ó bien si la cosa incendiada hubiere sido un edificio en lugar poblado.

## CAPITULO VIII

### DE LOS DAÑOS

Art. 575. Son reos de daño, y están sujetos á las penas de este capítulo, los que en la propiedad ajena causaren alguno que se halle comprendido en el anterior.

Art. 576. Serán castigados con la pena de prisión correccional en su grado mínimo y medio los que causaren daños cuyo importe excediere de 2.500 pesetas:

1.º Con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad ó en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que como testigos ó de cualquiera otra manera hayan contribuido ó puedan contribuir á la ejecución ó aplicación de las leyes.

2.º Produciendo por cualquier medio infección ó contagio en ganados.

3.º Empleando sustancias venenosas ó corrosivas.

4.º En cuadrilla ó despoblado.

5.º En un archivo ó registro.

6.º En puentes, caminos, paseos ú otros objetos de uso público ó comunal.

7.º Arruinando al perjudicado.

Art. 577. El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior causare daño cuyo importe exceda de 50 pesetas, pero no pase de 2.500, será castigado con la pena de arresto mayor.

Art. 578. El incendio ó destrucción de papeles ó documentos cuyo valor fuere estimable, se castigará con arreglo á las disposiciones de este capítulo.

Si no fuere estimable, con las penas de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado medio y multa de 250 á 2.500 pesetas.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando el hecho no constituye otro delito más grave.

Art. 579. Los daños no comprendidos en los artículos anteriores cuyo importe pase de 50 pesetas, serán castigados con la multa



del tanto al triple de la cuantía á que ascendieron, no bajando nunca de 75 pesetas.

Esta determinación no es aplicable á los daños causados por el ganado y los demás que deben calificarse de faltas, con arreglo á lo que se establece en el libro 3.º

Las disposiciones del presente capítulo sólo tendrán lugar cuando al hecho no corresponda mayor pena, al tenor de lo determinado en el art. 530.

## CAPITULO IX

### DISPOSICIONES GENERALES

Art. 580. Están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente á la civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren:

1.º Los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines en la misma línea.

2.º El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro.

3.º Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

La excepción de este artículo no es aplicable á los extraños que participaren del delito.

## TITULO XIV

### De la imprudencia temeraria.

Art. 581. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría un delito grave, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo á prisión correccional en su grado mínimo, y con arresto mayor en sus grados mínimo y medio si constituyere un delito menos grave.

Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia ó negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor en sus grados medio y máximo.

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse á las reglas prescritas en el artículo 82.

Lo dispuesto en el presente artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual ó menor que las contenidas en el párrafo primero del mismo, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata á la que corresponda, en el grado que estimen conveniente.

## TITULO XV

### Disposiciones generales.

Art. 582. Los que provocaren directamente por medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicación, á la per-



petración de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados á la señalada al delito.

Art. 583. Si á la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, la pena de la provocación será la inmediatamente inferior en grado á la que para aquél esté señalada.

## LIBRO TERCERO

### De las faltas y sus penas.

#### TÍTULO PRIMERO

##### De las faltas de imprenta y contra el orden público.

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### DE LAS FALTAS DE IMPRENTA

Art. 584. Incurrirán en la pena de 25 á 125 pesetas de multa:

1.º El director de un periódico en el cual se hubieren anunciado hechos falsos, si se negare á insertar gratis, dentro del término de tres días la contestación que le dirija la persona ofendida, ó cualquiera otra autorizada para ello, rectificándolos ó explicándolos, con tal que la rectificación no excediere en extensión del doble doble suelto ó noticia falsa.

En el caso de ausencia ó muerte del ofendido, tendrán igual derecho sus hijos, padres, hermanos y herederos.

2.º Los que por medio de la imprenta, litografía ú otro medio de publicación divulgaren maliciosamente hechos relativos á la vida privada, que sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios ó graves disgustos en la familia á que la noticia se refiera.

3.º Los que por los mismos medios publicaren maliciosamente noticias falsas de las que pueda resultar algún peligro para el orden público ó daño á los intereses ó al crédito del Estado.

4.º Los que en igual forma, sin cometer delito, provocaren á la desobediencia de las leyes y de las autoridades constituidas, hicieren la apología de acciones calificadas por la ley de delito, ú ofendieren á la moral, á las buenas costumbres ó á la decencia pública.

5.º Los que publicaren maliciosamente disposiciones, acuerdos ó documentos oficiales sin la debida autorización, antes que hayan tenido publicidad oficial.



## CAPÍTULO II

## FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

Art. 585. Los que apedrearen ó mancharen estatuas ó pinturas, ó causaren un daño cualquiera en las calles, parques, jardines ó paseos, en el alumbrado ó en objetos de ornato ó pública utilidad ó recreo, aun cuando pertenecieren á particulares, serán castigados con la multa del duplo al cuádruplo del valor del daño causado, si el hecho no estuviere comprendido por su gravedad en el libro segundo de este Código.

En la misma pena incurrirán los que de cualquier modo infringen disposiciones dictadas sobre ornato de las poblaciones.

Art. 586. Serán castigados con la pena de arresto de uno á diez días y multa de 5 á 50 pesetas:

1.º Los que perturbaren los actos de un culto ú ofendieren los sentimientos religiosos de los concurrentes á ellos de un modo no previsto en la sección tercera, capítulo 2.º, tit. 2.º del libro 2.º de este Código.

2.º Los que con la exhibición de estampas ó grabados, ó con otra clase de actos, ofendieren la moral y las buenas costumbres sin cometer delito.

Art. 587. Serán castigados con la pena de uno á cinco días de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas los que dentro de población ó en sitio público ó frecuentado dispararen armas de fuego, cohetes, petardos ú otro proyectil cualquiera que produzca alarma ó peligro.

Art. 588. Serán castigados con las penas de uno á quince días de arresto y multa de 25 á 75 pesetas:

1.º Los que turbaren levemente el orden en la Audiencia ó Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos, solemnidades ó reuniones numerosas.

2.º Los subordinados del orden civil que faltaren al respeto y sumisión debidos á sus superiores, cuando el hecho no tuviere señalada mayor pena en este Código ó en otras leyes.

Art. 589. Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y re-prensión:

1.º Los que promovieren ó tomaren parte activa en cencerradas ú otras reuniones tumultuosas, con ofensa de alguna persona ó con perjuicio ó menoscabo del sosiego público.

2.º Los que en rondas ú otros esparcimientos nocturnos turbaren el orden público sin cometer delito.

3.º Los que causaren perturbación ó escándalo con su embriaguez:

4.º Los que sin estar comprendidos en otras disposiciones de este Código, turbaren levemente el orden público, usando de medios que racionalmente deban producir alarma ó perturbación.



5.º Los que faltaren al respeto y consideración debida á la Autoridad ó la desobedecieren levemente, dejando de cumplir las órdenes particulares que les dictare, si la falta de respeto ó la desobediencia no constituyeran delito.

6.º Los que ofendieren de un modo que no constituya delito á los agentes de la Autoridad cuando ejerzan sus funciones, y los que en el mismo caso los desobedecieren.

7.º Los que no prestaren á la Autoridad el auxilio que reclamare en caso de delito, de incendio, naufragio, inundación ú otra calamidad, pudiendo hacerlo sin perjuicio ni riesgo personal.

Art. 590. Serán castigados con la multa de 25 á 75 pesetas los que ocultaren su verdadero nombre, vecindad, estado ó domicilio á la Autoridad ó funcionario público que se lo preguntare por razón de su cargo.

Art. 591. Serán castigados con la pena de 5 á 25 pesetas de multa:

1.º Los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija.

2.º Los que salieren de máscara en tiempo no permitido, contraviniendo á las disposiciones de la Autoridad.

3.º Los que usaren armas sin licencia.

## TITULO II

### De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.

Art. 592. Serán castigados con las penas de uno á diez días de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas:

1.º Los que se negaren á recibir en pago moneda legítima.

2.º Los que, habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expendieren en cantidad menor de 125 pesetas y mayor de 25, después de constarles su falsedad.

3.º Los traficantes ó vendedores que tuvieran medidas ó pesos dispuestos con artificio para defraudar, ó de cualquier modo infringieran las reglas establecidas sobre contraste para el gremio á que pertenezcan.

4.º Los que defraudaren al público en la venta de sustancias, ya sea en cantidad, ya en calidad, por cualquier medio no penado expresamente.

5.º Los traficantes ó vendedores á quienes se aprehendieron sustancias alimenticias que no tengan el peso, medida ó calidad que corresponda.

Art. 593. Serán castigados con las penas de cinco á quince días de arresto y multa de 25 á 75 pesetas:

1.º Los que esparcieren falsos rumores ó usaren de cualquier otro artificio ilícito para alterar el precio natural de las cosas, si el hecho no constituyere delito.



2.º Los que infringieren las reglas de policía dirigidas á asegurar el abastecimiento de las poblaciones.

Art. 594. Los que en sitios ó establecimientos públicos promovieren ó tomaren parte en cualquiera clase de juegos de azar que no fueren de puro pasatiempo y recreo, incurrirán en la multa de 5 á 25 pesetas.

Art. 595. Serán castigados con la pena de cinco á quince días de arresto y multa de 25 á 75 pesetas en los casos no comprendidos en el libro 2.º:

1.º Los farmacéuticos que expendieren medicamentos de mala calidad.

2.º Los dueños ó encargados de fondas, confiterías, panaderías ú establecimientos análogos que expendieren ó sirvieran bebidas ó comestibles adulterados ó alterados, perjudiciales á la salud, ó no observaren en el uso y conservación de las vasijas, medidas y útiles destinados al servicio, las reglas establecidas ó las precauciones de costumbre, cuando el hecho no constituya delito.

Art. 596. Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y reprobación:

1.º Los que se bañaren faltando á las reglas de decencia ó de seguridad establecidas por la Autoridad.

2.º Los que infringieren las disposiciones sanitarias de policía sobre prostitución.

3.º Los que infringieren las reglas dictadas por la Autoridad en tiempos de epidemia ó contagio.

4.º Los que infringieren los reglamentos, ordenanzas y bandos sobre epidemia de animales, extinción de langosta ú otra plaga semejante.

5.º Los que infringieren las disposiciones sanitarias dictadas por la Administración sobre conducción de cadáveres y enterramientos, en los casos no previstos en el libro 2.º de este Código.

6.º Los que profanaren los cadáveres, cementerios ó lugares de enterramiento, por hechos ó actos que no constituyan delito.

7.º Los que arrojaran animales muertos, basuras ó escombros en las calles y en los sitios públicos donde esté prohibido hacerlo, ó ensuciaran las fuentes ó abrevaderos.

8.º Los que infringieren las reglas ó bandos de policía sobre la elaboración de sustancias fétidas é insalubres, ó las arrojaran á las calles.

9.º Los que de cualquier otro modo, que no constituya delito, infringieren los reglamentos, ordenanzas ó bandos sobre higiene pública, dictados por la Autoridad dentro del círculo de sus atribuciones.

Art. 597. Serán castigados con las penas de uno á cinco días de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas:

1.º Los que dieran espectáculos públicos ó celebraren cualquiera clase de reuniones sin obtener la debida licencia ó traspasando los límites de la que les fuere concedida.



2.º Los que abrieren establecimientos de cualquiera clase sin licencia de la Autoridad, cuando fuere necesaria.

Art. 593. Serán castigados con las penas de cinco á diez días de arresto ó multa de 25 á 75 pesetas:

1.º Los que apagaren el alumbrado público ó del exterior de los edificios ó el de los portales ó escaleras de los mismos.

2.º Los que faltaren á las reglas establecidas para el alumbrado público, donde este servicio se hiciere por los particulares.

Art. 599. Serán castigados con las penas de 5 á 50 pesetas de multa ó reprensión:

1.º Los facultativos que, notando en una persona á quien asistieren ó en un cadáver, señales de envenenamiento ó de otro delito, no dieran parte á la Autoridad inmediatamente, siempre que por las circunstancias no incurrieren en responsabilidad mayor.

2.º Los encargados de la guarda ó custodia de un loco, que lo dejaren vagar por las calles y sitios públicos sin la debida vigilancia.

3.º Los dueños de animales feroces y dañinos que los dejaren sueltos ó en disposición de causar mal.

4.º Los que infringieron los reglamentos, ordenanzas ó bandos relativos á carruajes públicos.

5.º Los que corrieren caballerías ó carruajes por las calles, paseos y sitios públicos, con peligro de los transeúntes ó con infracción de las ordenanzas y bandos de buen gobierno.

6.º Los que obstruyeren las aceras, calles y sitios públicos con actos ó artefactos de cualquier especie.

7.º Los que arrojaran á la calle ó sitio público agua, piedras ú otros objetos que puedan causar daño á las personas ó en las cosas, si el hecho no tuviere señalada mayor pena por su intensidad ó circunstancias.

8.º Los que tuvieran en los pajaros exteriores de su morada sobre la calle ó vía pública, objetos que amenacen causar daños á los transeúntes.

Art. 600. Serán castigados con la multa de 5 á 50 pesetas:

1.º Los dueños de fondas, posadas y demás establecimientos destinados á hospedaje, que dejaren de dar á la autoridad los partes y noticias prevenidos por los reglamentos, ordenanzas ó bandos en el tiempo y forma que estuvieren prevenidos.

2.º Los criados de servicio, mozos y dependientes que no conservaren con la debida formalidad la cartilla de informes ó dejaren de cumplir las prevenciones establecidas para garantía y seguridad.

Art. 601. Serán castigados con la pena de 25 á 75 pesetas:

1.º Los que contravinieren á las reglas establecidas para evitar la propagación del fuego en las máquinas de vapor, calderas, hornos, estufas, chimeneas ú otros lugares semejantes, ó construyeren esos objetos con infracción de los reglamentos, ordenanzas ó bandos, ó dejaren de limpiarlos ó cuidarlos con peligro de incendio.

2.º Los que infringiendo las órdenes de la Autoridad, descuidaren la reparación de edificios ruinosos ó de mal aspecto.



3.º Los que infringieren las reglas de seguridad concernientes al depósito de materiales, apertura de pozos ó excavaciones.

4.º Los que infringieren los reglamentos, ordenanzas ó bandos de la Autoridad sobre elaboración y custodia de materias inflamables ó corrosivas ó productos químicos que puedan causar entragos

### TÍTULO III

#### De las faltas contra las personas.

Art. 602. Serán castigados con la pena de arresto menor los que causaren lesiones que impidan al ofendido trabajar de uno á quince días ó hagan necesaria por el mismo tiempo la asistencia facultativa (1).

Art. 603. Serán castigados con la pena de cinco á quince días de arresto y represión:

1.º Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse á sus trabajos habituales ni exijan asistencia facultativa.

2.º Los maridos que maltrataren á sus mujeres, aun cuando no les causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.

3.º Las mujeres desobedientes á sus maridos que les maltrataran de obra ó de palabra.

4.º Los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas después de haber sido amonestados por la Autoridad, si el hecho no estuviere comprendido en el libro 2.º de este Código.

5.º Los padres de familia que abandonaren sus hijos, no procurandoles la educación que requiera su clase y sus facultades permitán.

6.º Los tutores, curadores ó encargados de un menor de quince años, que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria, ó abandonaren el cuidado de su persona.

7.º Los hijos de familia que faltaren al respeto y sumisión debidos á sus padres.

8.º Los pupilos que cometieren igual falta hacia sus tutores.

9.º Los que, encontrando abandonado un menor de siete años con peligro de su existencia, no lo presentaren á la Autoridad ó á su familia.

10. Los que en la exposición de niños quebrantaren las reglas ó costumbres establecidas en la localidad respectiva, y los que dejaran de llevar al asilo de expósitos ó á lugar seguro á cualquier niño que encontraren abandonado.

11. Los que no socorrieren ó auxiliaren á una persona que encontraren en despoblado herida ó en peligro de perecer cuando pudieren hacerlo sin detrimento propio, á no ser que esta omisión constituya delito.

---

(1) Redactado como va inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



12. Los que en la riña definida en el art. 420 de este Código constare que hubiesen ejercido cualquiera violencia en la persona del ofendido, siempre que á éste no se le hubiesen inferido más que lesiones menos graves y no fuere conocido el autor.

Art. 604. Serán castigados con las penas de uno á cinco días de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas:

1.º Los que golpearan ó maltrataren á otro de obra ó de palabra sin causarle lesión.

2.º Los que sin hallarse comprendidos en otras disposiciones de este Código, amenazaren á otro con armas ó las sacaren en riña, como no sea en justa defensa.

3.º Los que de palabra y en el calor de la ira amenazaren á otro con causarle un mal que constituya delito, y por sus actos posteriores demostraren que persistieron en la idea que significaron con su amenaza, siempre que por las circunstancias el hecho no estuviere comprendido en el libro 2.º de este Código.

4.º Los que de palabra amenazaren á otro con causarle un mal que no constituya delito.

5.º Los que causaren á otro una coacción ó vejación injusta, no penada en el libro 2.º de este Código.

Art. 605. Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y re-prensión:

1.º Los que injuriaren livianamente á otro de obra ó de palabra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena.

2.º Los que, requeridos por otros para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio reclamado, siempre que no hubiera de resultarles perjuicio alguno.

3.º Los que por simple imprudencia ó por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal que, si mediare malicia, constituiría delito ó falta.

#### TÍTULO IV

##### De las faltas contra la propiedad.

Art. 606. Serán castigados con arresto menor, si el hecho no estuviere penado en el libro segundo de este Código: Los que por cualquiera de los modos expresados en el art. 530, cometieren hurto por valor menor de 10 pesetas, si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delitos de robo ó hurto, ó dos veces en juicio de falta por hurto. 2.º Los que en igual forma cometieren hurto de leña, ramjes, brozas, hojas ú otros productos forestales análogos de los montes comunales por valor de 20 pesetas, siempre que el infractor pertenezca á la comunidad. 3.º Los que por interés ó lucro interpretaren sueños, hicieren pronósticos ó adivinaciones ó abusaren de la credulidad pública de otra manera semejante (1).

(1) Redactado como va inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



Art. 607. Serán castigados con la pena de uno á quince días de arresto menor:

1.º Los que entraren en heredad ó campo ajeno para coger frutos y comerlos en el acto.

2.º Los que en la misma forma cogieren frutos, mieses ú otros productos forestales para echarlos en el acto á caballerías ó ganados.

3.º Los que sin permiso del dueño entraren en heredad ó campo ajeno antes de haber levantado por completo la cosecha para aprovechar el espigueo ú otros restos de aquélla.

4.º Los que entraren en heredad ajena cerrada ó en la cercada, si estuviere manifiesta la prohibición de entrar.

Art. 608. 1.º El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 535, si la utilidad no excediere de 25 pesetas ó no fuese estimable, será castigado con la multa de 5 á 125 pesetas.

2.º Los que con cualquier motivo ó pretexto atravesaren plantíos, sembrados, viñedos ú olivares, serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas.

Si en ambos casos hubiere intimidación ó violencia en las personas ó fuerza en las cosas, se entenderá la pena duplicada, á no corresponder otra mayor con arreglo á las disposiciones de este Código (1).

Art. 609. Por el solo hecho de entrar en heredad murada y cercada sin permiso del dueño incurrirá en la multa de 3 pesetas.

Art. 610. Serán castigados con la multa de 25 á 75 pesetas:

1.º Los que llevando carruajes, caballerías ó animales dañinos, cometieren algunos de los excesos previstos en los dos artículos anteriores, si por razón del daño no merecieren pena mayor.

2.º Los que destruyeren ó destrozaren choza, albergue, setos, cercas, vallados ú otras defensas de las propiedades.

3.º Los que causaren daño arrojando desde fuera piedras, materiales ó proyectiles de cualquiera clase.

Art. 611. El dueño de ganados que por su abandono ó negligencia, ó de los encargados de su custodia, entraren en heredad ajena y causaren daño, cualquiera que sea su cuantía, será castigado con la multa por cabeza de ganado: 1.º De 75 céntimos de peseta á 2 pesetas 25 céntimos si fuese vacuno. 2.º De 50 céntimos de peseta á una peseta cincuenta céntimos, si fuera caballar, mular ó asnal. 3.º De 25 céntimos de peseta á 75 céntimos, si fuese cabrío y en la heredad hubiese arbolado.

Si fuere lanar ó de otra especie no comprendida en los números anteriores, ó si fuere cabrío y la heredad no tuviere arbolado, la multa será del tanto del daño á un tercio más, sin tomar en cuenta el número de cabezas de ganado (2).

(1) Redactado como queda inserto por ley de 3 de Enero de 1907.

(2) Redactado como queda inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



Art. 612. Si los ganados se introdujeran de propósito, además de pagar las multas expresadas sufrirán los dueños, ó encargados de su custodia, de uno á treinta días de arresto menor, si no les correspondiere mayor pena como reos de hurto ó daño. La tercera infracción cometida en el espacio de treinta días, será juzgada y penada como hurto ó daño comprendido en el libro 2.<sup>o</sup> (1).

Art. 613. El dueño de ganados que entraren en heredad ajena sin causar daño, no teniendo derecho ó permiso para ello será castigado con la multa de 5 á 25 pesetas.

Art. 614. Serán castigados con la pena de arresto menor ó multa de 5 á 125 pesetas, los que ejecutaren incendio de cualquiera clase que no esté penado en el libro 2.<sup>o</sup> de este Código (2).

Art. 615. Serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas:

1.<sup>o</sup> Los que infringieren los reglamentos ó bandos de buen gobierno sobre quema de rastrojos ú otros productos forestales.

2.<sup>o</sup> Los que infringieren las ordenanzas de caza y pesca.

Art. 616. Serán castigados con la pena de arresto de uno á cinco días, ó multa de 5 á 25 pesetas, los que causaren un daño de los comprendidos en este Código cuyo importe no exceda de 50 pesetas.

Art. 617. Los que cortaren árboles en heredad ajena causando daño que no exceda de 50 pesetas, serán castigados con la multa del duplo al cuádruplo del daño causado, y si éste no consistiere en cortar árboles, sino en talar ramaje ó leña, la multa se entenderá del tanto al duplo del daño causado.

Si el dañador comprendido en este artículo sustrajere ó utilizare los frutos ú objetos del daño causado, y el valor de éste no excediere de 10 pesetas, ó 20 siendo de semillas alimenticias, frutos ó leñas, sufrirá la pena de cinco á quince días de arresto.

Art. 618. Los que aprovechando aguas que pertenezcan á otros ó distrayéndolas de su curso, causaren daño cuyo importe no exceda de 50 pesetas, incurrirán en la multa del duplo al cuádruplo del daño causado.

Art. 619. Los que intencionalmente, por negligencia ó por descuido, causaren un daño cualquiera no penado en este libro ni en el anterior, serán castigados con la multa del medio al tanto del daño causado si fuere estimable, y no siéndolo, con la multa de 5 á 75 pesetas.

## TÍTULO V

### Disposiciones comunes á las faltas.

Art. 620. En la aplicación de las penas de este libro procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo á las circunstancias del caso.

(1) Redactado como va inserto por ley de 3 de Enero de 1907.

(2) Redactado como va inserto por ley de 3 de Enero de 1907.



Art. 621. Los cómplices en las faltas serán castigados con la misma pena que los autores en su grado mínimo.

Art. 622. Caerán siempre en comiso:

1.º Las armas que llevarse el ofensor al cometer un daño ó inferir una injuria, si las hubiere mostrado.

2.º Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos, siendo nocivos.

3.º Las monedas ó efectos falsificados, adulterados ó averiados que se expendieren como legítimos ó buenos.

4.º Los comestibles en que se defraudare al público en cantidad ó en calidad.

5.º Las medidas ó pesos falsos.

6.º Los enseres que sirvan para juegos ó rifas.

7.º Los efectos que se empleen para adivinaciones ú otros engaños semejantes.

Art. 623. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior lo decretarán los Tribunales á su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias.

Art. 624. Los penados con multas, que fueren insolventes, serán castigados con un día de arresto por cada 5 pesetas de que deban responder.

Cuando la responsabilidad no llegare á 5 pesetas, serán castigados, sin embargo, con un día de arresto.

Por las otras responsabilidades pecuniarias en favor de tercero, serán castigados también con un día de arresto por cada 5 pesetas.

Art. 625. En las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales ó particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo, y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, á no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales.

Conforme á este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales ó cualesquiera otras especiales competan á los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes.

Art. 626. Quedan derogadas todas las leyes penales-generales anteriores á la promulgacion de este Código, salvo las relativas á los delitos no sujetos á las disposiciones del mismo, con arreglo á lo prescrito en el art. 7.º

Madrid 17 de Junio de 1870.



# INDICE

|                            | Páginas. |
|----------------------------|----------|
| A MODO DE ADVERTENCIA..... | 5        |
| PRÓLOGO.....               | 7        |

## INTRODUCCION

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Nociones preliminares sobre el Derecho penal y sobre su conocimiento científico..... | 17 |
| II. Bibliografía del Derecho penal.....                                                 | 22 |
| Bibliografía de la ciencia de las prisiones.....                                        | 26 |

## PROLEGOMENOS AL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

### CAPÍTULO PRIMERO

#### *Fundamentos racionales del Derecho penal.*

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Advertencias preliminares.....                                                    | 109 |
| I. Del principio fundamental de la justicia penal.....                            | 69  |
| II. Exposición crítica de los diversos sistemas sobre el derecho de castigar..... | 80  |
| III. Teoremas fundamentales del Derecho penal.....                                | 87  |

#### *Apéndice al capítulo primero.*

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| Escritores sobre filosofía del Derecho penal..... | 98 |
|---------------------------------------------------|----|

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### *Fundamentos históricos del Derecho penal.*

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <del>Advertencias preliminares</del> .....                                            | 109 |
| I. De los orígenes del Derecho penal de los pueblos modernos.....                     | 110 |
| A) Derecho romano.....                                                                | 110 |
| B) Derecho germano.....                                                               | 113 |
| C) Derecho canonico ó eclesiástico.....                                               | 115 |
| II. El Derecho penal desde el siglo XII al XVIII.....                                 | 117 |
| III. El Derecho penal desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta nuestros días..... | 127 |
| <i>Elementos de Derecho penal.</i>                                                    | 59  |



|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| IV. Indicaciones históricas sobre la legislación penal italiana desde el siglo XVIII hasta nuestros días..... | 186 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## Exposición del Derecho penal.

### Doctrinas generales.

#### LIBRO PRIMERO

##### De la ley penal.

###### CAPÍTULO PRIMERO

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>De la ley penal considerada en su eficacia intrínseca.....</i> | 203 |
|-------------------------------------------------------------------|-----|

###### CAPÍTULO SEGUNDO

##### *De la ley penal considerada en su eficacia extensiva.*

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Consideraciones preliminares.....                                                    | 219 |
| I. De la eficacia de la ley penal con relación al tiempo.....                        | 220 |
| II. De la eficacia de la ley penal con relación al lugar.....                        | 234 |
| III. De la eficacia de la ley penal con relación á la condición de las personas..... | 243 |

###### CAPÍTULO TERCERO

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| <i>De la extradición.....</i> | 257 |
|-------------------------------|-----|

#### LIBRO SEGUNDO

##### Doctrina general del delito.

###### CAPÍTULO PRIMERO

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| <i>Noción del delito y sus aspectos esenciales.....</i> | 277 |
|---------------------------------------------------------|-----|

###### CAPÍTULO SEGUNDO

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>Del mal objetivo ó del criterio de ilegitimidad intrínseca del delito.....</i> | 311 |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|

###### CAPÍTULO TERCERO

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| <i>De la individualidad humana como sujeto del delito.....</i> | 325 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

###### CAPÍTULO CUARTO

##### *De la acción humana como materia de la violación del Derecho considerada del lado interno del propósito.*

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Idea, especies y grados del dolo.....                                                             | 333 |
| II. De la ignorancia y del error como causas de negación del dolo, ó sea de la culpa y del caso..... | 345 |



|                                                           | Páginas. |
|-----------------------------------------------------------|----------|
| III. De la fuerza mayor como negación del dolo .....      | 254      |
| IV. De la imputación. ....                                | 366      |
| V. De la menor edad como causa de exclusión del dolo..... | 369      |
| VI. Del estado de privación ó vicio de la mente.....      | 377      |

CAPÍTULO QUINTO

*De la acción humana como materia de la violación del Derecho considerada del lado externo de la ejecución.*

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Del obrar criminoso visto del lado de la cantidad, ó sea de la consumación y del conato..... | 460 |
| II. De la acción criminosa del lado de la cualidad, ó sea de la participación en el delito:     |     |
| Advertencias preliminares.....                                                                  | 483 |
| A) Doctrina general del concurso de delincuentes...                                             | 484 |
| B) Bosquejo histórico sobre la punición del concurso para el delito.....                        | 491 |
| C) Doctrina especial acerca de las formas singulares de concurso para el delito.....            | 505 |

CAPÍTULO SEXTO

*De las contingencias del delito.*

|                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Consideraciones generales sobre las contingencias que agravan ó atenúan el delito..... | 529 |
| II. Del concurso de delitos.....                                                          | 537 |
| III. De la reincidencia.....                                                              | 550 |

LIBRO TERCERO

La punición del delito.

CAPÍTULO PRIMERO

*La pena.*

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| I. Doctrina racional de la pena.....            | 589 |
| II. La pena en el Derecho positivo vigente..... | 598 |

CAPÍTULO SEGUNDO

|                      |     |
|----------------------|-----|
| La acción penal..... | 622 |
|----------------------|-----|

CAPÍTULO TERCERO

*De los obstáculos á la acción penal y á la pena.*

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Advertencia preliminar.....                                                                       | 645 |
| I. De las causas que impiden el ejercicio de la acción penal, ya absoluta, ya temporalmente. .... | 645 |
| II. De las causas que extinguen la acción penal ó la condena.                                     | 650 |
| APÉNDICE.....                                                                                     | 691 |
| La pena de muerte.....                                                                            | 693 |
| Penas propiamente corporales.....                                                                 | 710 |



|                                                             | Páginas. |
|-------------------------------------------------------------|----------|
| Las penas de prisión . . . . .                              | 729      |
| El sistema celular . . . . .                                | 733      |
| Medios penales que pueden sustituir á las penas de prisión. |          |
| La reprensión. La condena condicional . . . . .             | 771      |
| Penas restrictivas de la libertad . . . . .                 | 781      |
| Penas infamantes . . . . .                                  | 784      |
| Penas privativas de derecho . . . . .                       | 787      |
| Penas pecuniarias . . . . .                                 | 790      |
| El tratamiento correccional de los menores delincuentes . . | 794      |

## APÉNDICE

### Código penal de 1870

|               |     |
|---------------|-----|
| LEY . . . . . | 811 |
|---------------|-----|

### CÓDIGO PENAL

#### LIBRO PRIMERO

##### DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y FALTAS, LAS PERSONAS RESPONSABLES Y LAS PENAS

|                                                                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Título 1.º—De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan ó la agravan.                                       | 813 |
| Capítulo 1.º—De los delitos y faltas . . . . .                                                                                                                    | 813 |
| Capítulo 2.º—De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal . . . . .                                                                               | 814 |
| Capítulo 3.º—De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal . . . . .                                                                              | 815 |
| Capítulo 4.º—De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal . . . . .                                                                              | 816 |
| Título 2.º—De las personas responsables de los delitos y faltas.                                                                                                  | 818 |
| Capítulo 1.º—De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas . . . . .                                                                         | 818 |
| Capítulo 2.º—De las personas responsables civilmente de los delitos y faltas . . . . .                                                                            | 819 |
| Título 3.º—De las penas . . . . .                                                                                                                                 | 820 |
| Capítulo 1.º—De las penas en general . . . . .                                                                                                                    | 820 |
| Capítulo 2.º—De la clasificación de las penas . . . . .                                                                                                           | 821 |
| Capítulo 3.º—De la duración y efectos de la pena . . . . .                                                                                                        | 822 |
| Sección 1.ª Duración de las penas . . . . .                                                                                                                       | 822 |
| Sección 2.ª—Efectos de las penas según su naturaleza respectiva . . . . .                                                                                         | 823 |
| Sección 3.ª Penas que llevan consigo otras accesorias.                                                                                                            | 826 |
| Capítulo 4.º—De la aplicación de las penas . . . . .                                                                                                              | 827 |
| Sección 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 . . . . . | 827 |



|                                                                                                                                                                                            | Páginas. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Sección 2. <sup>a</sup> —Reglas para la aplicación de las penas, en consideración á las circunstancias atenuantes y agravantes.....                                                        | 831      |
| Sección 3. <sup>a</sup> —Disposiciones comunes á las dos secciones anteriores.....                                                                                                         | 833      |
| Capítulo 5. <sup>o</sup> —De la ejecución de las penas y de su cumplimiento.....                                                                                                           | 838      |
| Sección 1. <sup>a</sup> —Disposiciones generales.....                                                                                                                                      | 838      |
| Sección 2. <sup>a</sup> —Penas principales.....                                                                                                                                            | 838      |
| Sección 3. <sup>a</sup> —Penas accesorias.....                                                                                                                                             | 841      |
| Título 4. <sup>o</sup> —De la responsabilidad civil.....                                                                                                                                   | 842      |
| Título 5. <sup>o</sup> —De las penas en que incurrn los que quebrantan las sentencias y los que, durante una condena, delinquen de nuevo.....                                              | 843      |
| Capítulo 1. <sup>o</sup> —De las penas en que incurrn los que quebrantan las sentencias.....                                                                                               | 843      |
| Capítulo 2. <sup>o</sup> —De las penas en que incurrn los que después de haber sido condenados por sentencia firme no cumplida, ó durante el tiempo de su condena, delinquen de nuevo..... | 844      |
| Título 6. <sup>o</sup> —De la extinción de la responsabilidad penal.....                                                                                                                   | 844      |

## LIBRO SEGUNDO

### DELITOS Y SUS PENAS

|                                                                                                                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Título 1. <sup>o</sup> —Delitos contra la seguridad exterior del Estado...                                                                                            | 846 |
| Capítulo 1. <sup>o</sup> —Delitos de traición.....                                                                                                                    | 846 |
| Capítulo 2. <sup>o</sup> —Delitos que comprometen la paz ó la independencia del Estado.....                                                                           | 847 |
| Capítulo 3. <sup>o</sup> —Delitos contra el derecho de gentes.....                                                                                                    | 849 |
| Capítulo 4. <sup>o</sup> —Delitos de piratería.....                                                                                                                   | 849 |
| Título 2. <sup>o</sup> —Delitos contra la Constitución.....                                                                                                           | 850 |
| Capítulo 1. <sup>o</sup> —Delitos de lesa majestad, contra las Cortes, el Consejo de Ministros y contra la forma de Gobierno.                                         | 850 |
| Sección 1. <sup>a</sup> —Delitos de lesa majestad.....                                                                                                                | 850 |
| Sección 2. <sup>a</sup> —Delitos contra las Cortes ó sus individuos y contra el Consejo de Ministros.....                                                             | 851 |
| Sección 3. <sup>a</sup> —Delitos contra la forma de Gobierno....                                                                                                      | 854 |
| Sección 4. <sup>a</sup> —Disposición común á las tres secciones anteriores.....                                                                                       | 855 |
| Capítulo 2. <sup>o</sup> —De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución.....                       | 855 |
| Sección 1. <sup>a</sup> —Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución.....          | 855 |
| Sección 2. <sup>a</sup> —De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución..... | 858 |



|                                                                                                                                                                                                                     | Páginas. |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Sección 3. <sup>a</sup> Delitos relativos al libre ejercicio de los cultos.....                                                                                                                                     | 864      |
| Sección 4. <sup>a</sup> Disposición común á las tres secciones anteriores.....                                                                                                                                      | 865      |
| Título 3. <sup>o</sup> — Delitos contra el orden público.....                                                                                                                                                       | 865      |
| Capítulo 1. <sup>o</sup> — Rebelión.....                                                                                                                                                                            | 865      |
| Capítulo 2. <sup>o</sup> — Sedición.....                                                                                                                                                                            | 866      |
| Capítulo 3. <sup>o</sup> — Disposiciones comunes á los dos capítulos anteriores.....                                                                                                                                | 867      |
| Capítulo 4. <sup>o</sup> — De los atentados contra la Autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia.....                                                                                                     | 869      |
| Capítulo 5. <sup>o</sup> — De los desacatos, insultos, injurias y amenazas á la Autoridad, y de los insultos, injurias y amenazas á sus agentes y á los demás funcionarios públicos.....                            | 869      |
| Capítulo 6. <sup>o</sup> — Desórdenes públicos.....                                                                                                                                                                 | 870      |
| Capítulo 7. <sup>o</sup> — Disposiciones comunes á los tres capítulos anteriores.....                                                                                                                               | 871      |
| Título 4. <sup>o</sup> — De las falsedades.....                                                                                                                                                                     | 872      |
| Capítulo 1. <sup>o</sup> — De la falsificación de la firma ó estampilla real, firmas de los Ministros, sellos y marcas.....                                                                                         | 872      |
| Sección 1. <sup>a</sup> — De la falsificación de la firma ó estampilla real y firmas de los Ministros.....                                                                                                          | 872      |
| Sección 2. <sup>a</sup> — De la falsificación de sellos y marcas.....                                                                                                                                               | 872      |
| Capítulo 2. <sup>o</sup> — De la falsificación de moneda.....                                                                                                                                                       | 873      |
| Capítulo 3. <sup>o</sup> — De la falsificación de billetes de Banco, documentos de crédito, papel sellado, sellos de telégrafos y correos y demás efectos timbrados, cuya expendición esté reservada al Estado..... | 874      |
| Capítulo 4. <sup>o</sup> — De la falsificación de documentos.....                                                                                                                                                   | 876      |
| Sección 1. <sup>a</sup> — De la falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio, y de los despachos telegráficos.....                                                                                 | 876      |
| Sección 2. <sup>a</sup> — De la falsificación de documentos privados.....                                                                                                                                           | 877      |
| Sección 3. <sup>a</sup> — De la falsificación de cédulas de vecindad y certificados.....                                                                                                                            | 877      |
| Capítulo 5. <sup>o</sup> — Disposiciones comunes á los cuatro capítulos anteriores.....                                                                                                                             | 878      |
| Capítulo 6. <sup>o</sup> — De la ocultación fraudulenta de bienes ó de industria, del falso testimonio y de la acusación y denuncias falsas.....                                                                    | 879      |
| Capítulo 7. <sup>o</sup> — De la usurpación de funciones, calidad y títulos, y uso indebido de nombres, trajes, insignias y condecoraciones.....                                                                    | 881      |
| Título 5. <sup>o</sup> — De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública.....                                                              | 882      |
| Capítulo 1. <sup>o</sup> — De la infracción de las leyes sobre inhumaciones y de la violación de sepulturas.....                                                                                                    | 882      |
| Capítulo 2. <sup>o</sup> — De los delitos contra la salud pública.....                                                                                                                                              | 882      |
| Título 6. <sup>o</sup> — De los juegos y rifas.....                                                                                                                                                                 | 883      |
| Título 7. <sup>o</sup> — De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos.....                                                                                                                | 884      |



|                                                                               | Páginas. |
|-------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Capítulo 1.º—Prevaricación.....                                               | 884      |
| Capítulo 2.º—Infidelidad en la custodia de presos...                          | 885      |
| Capítulo 3.º—Infidelidad en la custodia de documentos...                      | 886      |
| Capítulo 4.º—De la violación de secretos.....                                 | 886      |
| Capítulo 5.º—Desobediencia y denegación de auxilio....                        | 887      |
| Capítulo 6.º—Anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas..... | 888      |
| Capítulo 7.º—Usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales.....         | 888      |
| Capítulo 8.º—Abusos contra la honestidad.....                                 | 889      |
| Capítulo 9.º—Cohecho.....                                                     | 889      |
| Capítulo 10.—Malversación de caudales públicos.....                           | 890      |
| Capítulo 11.—Fraudes y exacciones ilegales.....                               | 892      |
| Capítulo 12.—Negociaciones prohibidas á los empleados..                       | 892      |
| Capítulo 13.—Disposición general.....                                         | 893      |
| Título 8.º—Delitos contra las personas.....                                   | 893      |
| Capítulo 1.º—Parricidio.....                                                  | 893      |
| Capítulo 2.º—Asesinato.....                                                   | 893      |
| Capítulo 3.º—Homicidio.....                                                   | 893      |
| Capítulo 4.º—Disposiciones comunes á los tres capítulos anteriores.....       | 894      |
| Capítulo 5.º—Infanticidio.....                                                | 894      |
| Capítulo 6.º—Aborto.....                                                      | 895      |
| Capítulo 7.º—Lesiones.....                                                    | 895      |
| Capítulo 8.º—Disposición general.....                                         | 897      |
| Capítulo 9.º—Duelo.....                                                       | 897      |
| Título 9.º—Delitos contra la honestidad.....                                  | 899      |
| Capítulo 1.º—Adulterio.....                                                   | 899      |
| Capítulo 2.º—Violación y abusos deshonestos.....                              | 899      |
| Capítulo 3.º—Delitos de escándalo público.....                                | 900      |
| Capítulo 4.º—Estupro y corrupción de menores.....                             | 901      |
| Capítulo 5.º—Rapto.....                                                       | 902      |
| Capítulo 6.º—Disposiciones comunes á los tres capítulos anteriores.....       | 902      |
| Título 10.—De los delitos contra el honor.....                                | 903      |
| Capítulo 1.º—Calumnia.....                                                    | 903      |
| Capítulo 2.º—Injurias.....                                                    | 904      |
| Capítulo 3.º—Disposiciones generales.....                                     | 904      |
| Título 11.—Delitos contra el estado civil de las personas....                 | 905      |
| Capítulo 1.º—Suposición de partos y usurpación del estado civil.....          | 905      |
| Capítulo 2.º—Celebración de matrimonios ilegales.....                         | 906      |
| Título 12.—De los delitos contra la libertad y seguridad.....                 | 907      |
| Capítulo 1.º—Detenciones ilegales.....                                        | 907      |
| Capítulo 2.º—Sustracción de menores.....                                      | 907      |
| Capítulo 3.º—Abandono de niños.....                                           | 908      |
| Capítulo 4.º—Disposición común á los tres capítulos precedentes.....          | 908      |
| Capítulo 5.º—Allanamiento de morada.....                                      | 908      |
| Capítulo 6.º—De las amenazas y coacciones.....                                | 909      |
| Capítulo 7.º—Descubrimiento y revelación de secretos....                      | 909      |



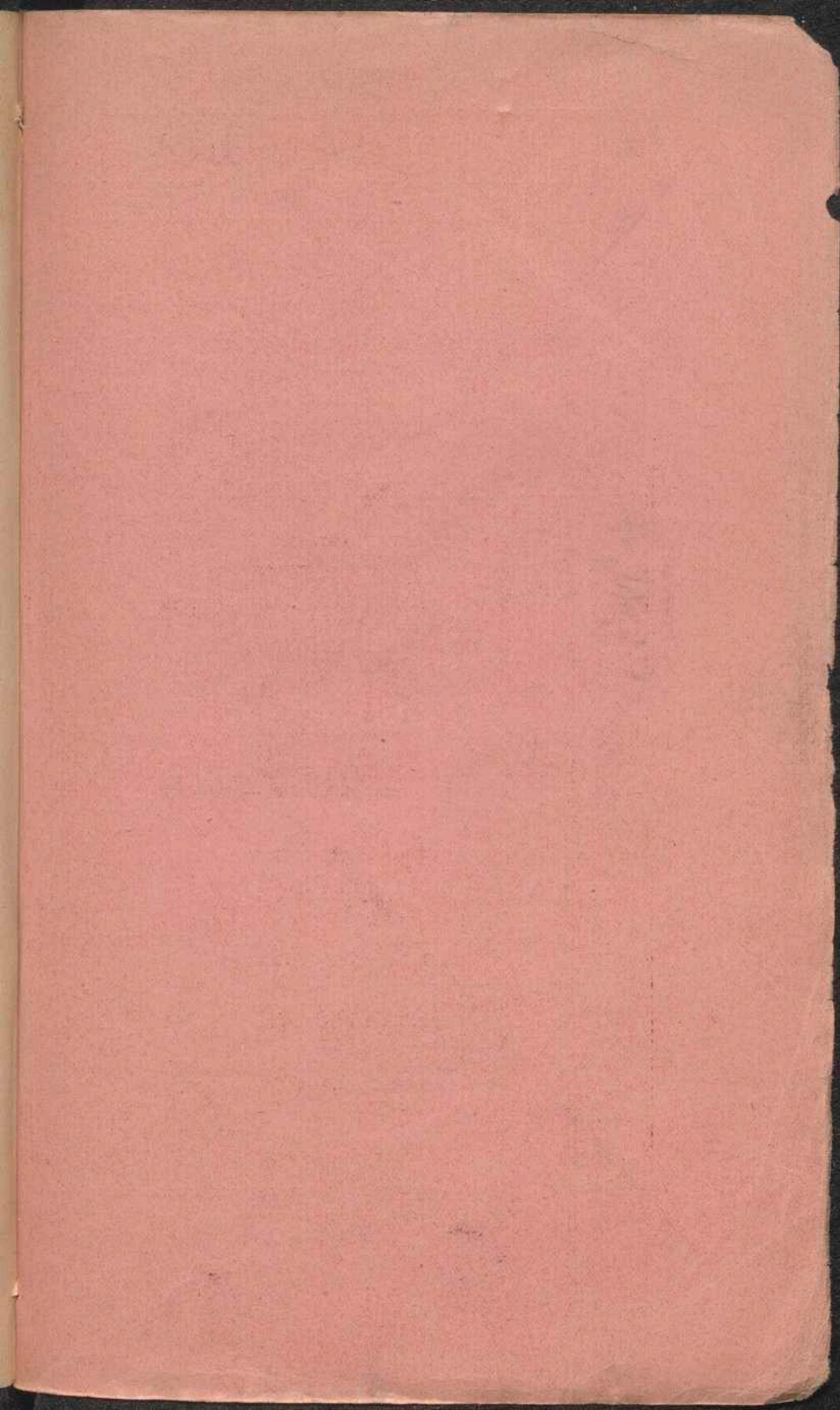
|                                                                               | Páginas. |
|-------------------------------------------------------------------------------|----------|
| Título 13.—De los delitos contra la propiedad.....                            | 910      |
| Capítulo 1.º—De los robos.. ..                                                | 910      |
| Capítulo 2.º—De los hurtos.....                                               | 913      |
| Capítulo 3.º—De la usurpación .....                                           | 914      |
| Capítulo 4.º—Defraudaciones.....                                              | 914      |
| Sección 1.ª—Alzamiento, quiebra é insolvencia puni-<br>bles.....              | 914      |
| Sección 2.ª—Estafas y otros engaños. ....                                     | 916      |
| Capítulo 5.º—De las maquinaciones para alterar el precio<br>de las cosas..... | 918      |
| Capítulo 6.º—De las casas de préstamos sobre prendas... ..                    | 918      |
| Capítulo 7.º—Del incendio y otros estragos.....                               | 919      |
| Capítulo 8.º—De los daños.....                                                | 921      |
| Capítulo 9.º—Disposiciones generales.....                                     | 922      |
| Título 14.—De la imprudencia temeraria.....                                   | 922      |
| Título 15.—Disposiciones generales.....                                       | 922      |

## LIBRO TERCERO

## DE LAS FALTAS Y SUS PENAS

|                                                                                                |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Título 1.º—De las faltas de imprenta y contra el orden público.                                | 923 |
| Capítulo 1.º—De las faltas de imprenta. ....                                                   | 923 |
| Capítulo 2.º—De las faltas contra el orden público.....                                        | 924 |
| Título 2.º—De las faltas contra los intereses generales y régi-<br>men de las poblaciones..... | 925 |
| Título 3.º—De las faltas contra las personas.....                                              | 928 |
| Título 4.º—De las faltas contra la propiedad. ....                                             | 929 |
| Título 5.º—Disposiciones comunes á las faltas.....                                             | 931 |







R

15941

## MANUALES R

Biblioteca de utilidad indis-  
 dos los profesionales del for  
 volúmenes lujosamente encuad

Biblioteca de La Rioja



10000490381

Se concede un descuento especial á los que  
 se suscriban.

## VOLÚMENES PUBLICADOS

- I.—Novísima legislación del impuesto de Dere-  
 chos reales (2.<sup>a</sup> edición, aumentada), por J. ZA-  
 RAGOZA. — 4 pesetas.
- II.—Manual del Médico Forense, por A. DE LACAS-  
 SAGNE. — 4 pesetas.
- III.—Cuestiones de Derecho marítimo, por P. Es-  
 TASEN. — 3 pesetas.
- IV.—Los Derechos públicos y las Constituciones  
 modernas, por I. TAMBARO. — 3,50 pesetas.
- V.—El impuesto sobre utilidades, por J. A. UBIER-  
 NA. — 4 pesetas.
- VI.—Legislación y Jurisprudencia relativas al Có-  
 digo civil, por P. CALVO. — 6 pesetas.
- VII.—Apremios administrativos, por J. A. UBIERNA. —  
 4 pesetas.
- VIII.—El fenómeno de la guerra y la idea de la paz,  
 por J. DEL VECCHIO. — 3 pesetas.
- IX y X.—Ley de Enjuiciamiento civil, por F. DE P. RIVES  
 y MARTÍ. — 12 pesetas.
- XI.—La defensa social y las transformaciones del  
 Derecho penal, por A. PRINS. — 3 pesetas.
- XII.—Tribunales industriales, por J. ZARAGOZA. — 4 pe-  
 setas.
- XIII.—El accidente de abordaje, por R. GAY DE MON-  
 TELLÁ. — 3,50 pesetas.
- XIV.—Derecho mercantil marítimo: Averías, por P.  
 de UNZURRUNZAGA. — 3,50 pesetas.
- XV.—Código de Comercio, por EMILIO MIÑANA. — 8 pe-  
 setas.



---

BIBLIOTECA JURÍDICA

IV

PESSINA

ELEMENTOS

DE

**DERECHO PENAL**

PRECIO:

**15** pesetas en Madrid,

**15,50** en provincias.

MADRID

Hijos de Feus.

REPTONES

—  
1913

---