

Pero aun cuando así no fuera, habria necesidad de hacer una nueva legislacion, por haber caído la española en completo desuso desde muy antiguo, pues de lo contrario tendríamos que seguir como hasta aquí, sin mas ley que el arbitrio, prudente á veces y á veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia.

Conociendo el Gobierno ese grave mal, y queriendo remediarlo sin demora, nombró en 6 de Octubre de 1862 una comision, á que tuve la honra de pertenecer, á fin de que formara un Proyecto de Código penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja-California. Esa comision se dedicó asiduamente á desempeñar su encargo, y habia ya concluido el Libro I cuando tuvo que suspender sus trabajos con motivo de la invasion extranjera. Insistiendo el Gobierno en su noble empeño de que tenga la Nacion Códigos propios, en 28 de Setiembre de 1868 encomendó á la comision actual que formara un nuevo Proyecto, teniendo á la vista el Libro I ya citado.

Para corresponder debidamente á tan honrosa confianza, nos dedicamos desde luego á trabajar con el mayor empeño, y en Octubre y Diciembre de 1869 quedaron presentados al Gobierno los Libros I y II. De entónces acá no ha omitido la comision medio ni fatiga alguna para continuar y perfeccionar sus trabajos; y estando ya concluidos, tiene la satisfaccion de elevarlos á vd., por mi conducto, para que se sirva ponerlos en manos del C. Presidente de la República.

Bien quisiera la comision que su proyecto fuese acompañado de una exposicion minuciosa de las disposiciones que contiene; pero como esa difícil tarea demandaria mucho tiempo y otra salud mejor que la mia, me limitaré á dar las siguientes explicaciones, que he creído absolutamente necesario hacer sobre aquellos puntos en que puede haber duda, ó que presentan alguna novedad.

#### TITULO PRELIMINAR.

El estado de anarquía en que hemos vivido largo tiempo, ha sembrado la desconfianza entre los ciudadanos, ha engendrado odios; y rompiendo los vínculos sociales, ha sido causa de que todos se aislen, de que cada cual no piense sino en su interes privado y se desentienda del bien general. De ahí que las autoridades no hayan contado con la cooperacion de los particulares, y que por falta de ella no haya podido afianzarse la seguridad pública, que es absolutamente indispensable para la prosperidad de las artes, de la industria y del comercio.

Si todos se persuadieran de que con una ligera y fácil cooperacion de su parte se restableceria completamente la seguridad pública, y de que contribuyendo así al interes general

trabajaban tambien por su propio interes, cumplirian sin repugnancia con ese deber que tiene el que vive en sociedad, sobre todo en una sociedad esencialmente democrática como la nuestra. Mas como no se hace así, preciso es que el legislador declare que existe esa obligacion y que castigue al que no la cumpla, como se hace en el art. I del Proyecto adjunto, y como se ha hecho ya en algunos Códigos extranjeros, en el decreto de 11 de Setiembre de 1820, en la ley mexicana de 5 de Enero de 1857, y en algunas otras anteriores y posteriores á ella.

## LIBRO PRIMERO.

### REGLAS GENERALES.

Bajo este título se exponen algunas reglas generales sobre delitos y faltas, que no necesitan explicacion, si se exceptúan las dos contenidas en los artículos 8 y 14.

En aquel se dice: que todo acusado se presume inocente mientras no se pruebe la existencia del delito que se le imputa y que él lo cometió. Esta declaracion tiene dos objetos; uno de ellos es que, durante el proceso, traten los jueces á los acusados con las consideraciones que se deben tener al desgraciado que, siendo tal vez inocente, ha perdido su libertad por engañosas apariencias.

Pero al hacer esa declaracion se ha tenido tambien otra mira mas trascendental, á saber: que en el Código Criminal de Procedimientos se den reglas mas justas y equitativas que las vigentes, para otorgar la libertad bajo caucion. En efecto, actualmente basta, para reducir á prision á una persona, que hay indicio de que es reo de un delito que tiene señalada pena corporal, aun cuando sea la de unos cuantos dias de arresto. Y si bien es verdad que la detencion preventiva es una necesidad social, ya para hacer cesar el temor y el escándalo causados por un delito, ya para facilitar y abreviar la averiguacion de este, y ya, en fin, para que se pueda hacer efectivo el castigo del culpable, evitando su ocultacion ó su fuga; es tambien inconcuso que cuando faltan esos requisitos, no puede haber justicia en sepultar en la prision á una persona por un delito levísimo en arrancar á un hombre honrado de su hogar doméstico, ni en llenar de luto y desolacion á una familia, tratándose de una persona de notorio arraigo, tal vez inocente, y que no inspira temor alguno de que quiera sustraerse al castigo, en caso de resultar culpable.

Hacerlo así, y conformarse con ponerla en libertad al cabo de algun tiempo, despues de reducirla á la miseria, y sin concederle la mas mínima indemnizacion por los daños y perjuicios que se

le han causado, es una cosa horrible; y apenas puede concebirse cómo ha durado hasta hoy sistema semejante, teniendo como tenemos instituciones en alto grado democráticas, y cuando en ellas se ha procurado rodear de garantías la libertad individual. Es, por lo mismo, preciso y urgente reformar la legislación sobre este punto, estableciendo reglas equitativas que concilien el interés de la sociedad con la libertad de los ciudadanos, como se ha hecho en Inglaterra, en los Estados-Unidos y en Bélgica.

La mayor parte de los códigos penales admiten los mismos tres grados de culpa que se admitían en derecho civil, esto es, grave, leve y levísima: pero el Código de Baviera de 1813 hizo la novedad de desechar el tercero de esos grados, apoyándose en que en derecho penal importa mucho no fijar sino líneas de demarcación simples y perceptibles para todas las inteligencias, y no todas pueden percibir entre la culpa grave y la leve el término medio de la levísima, porque es imposible marcar sus signos característicos, que dependen de un hecho psicológico muy delicado. A la comisión le pareció exacto este raciocinio, y á ejemplo de los ilustrados autores del último proyecto de Código penal de Portugal, adoptó, en esta parte, el sistema del Código de Baviera, que además tiene la ventaja de estar en armonía con el Código civil del Distrito.

#### GRADOS DEL DELITO INTENCIONAL.

Después de haber distinguido en el capítulo primero los delitos intencionales de los de culpa, se han fijado en el capítulo segundo los grados de los primeros; y en esto se ha hecho la novedad de introducir un grado más de los que hasta hoy han admitido los códigos, a saber: el de delito intentado, como intermedio entre el conato y el delito frustrado.

El fundamento de esta innovación es: que además de que no puede decirse con propiedad que se frustra una cosa imposible que se intenta ejecutar, no es justo aplicar la misma pena á quien se le frustra la ejecución de un delito posible, que al que intentó vanamente cometer un delito irrealizable.

Acaso parecerá injusto que en este último caso se imponga una pena por ligera que sea; pero la comisión ha opinado lo contrario, creyendo que cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta ó relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo.

#### ACUMULACION Y REINCIDENCIA.

En los artículos 27 á 31 se fijan reglas tan claras y precisas para saber cuándo hay acumulación y cuándo reincidencia, que

no es necesario hablar de ellas. Pero sí es preciso explicar los principios que se han adoptado para la imposición del castigo en esos casos, y aunque los preceptos que sobre esto se dan se hallan en otro lugar, parece mejor exponer aquí sus fundamentos, para que se comprendan más fácilmente.

Varios son los sistemas sobre la pena que deba aplicarse en caso de acumulación de delitos, y en este punto hay gran discordancia entre los códigos. Unos adoptan como regla invariable: que se apliquen al reo sucesivamente todas y cada una de las penas en que haya incurrido por cada delito. Otros solo le imponen la pena del delito mayor. Otros previenen que se aplique siempre el máximo de la pena señalada al más grave.

La comisión ha desechado esos tres sistemas como defectuosos. Lo es el primero, porque de la aplicación cumulativa de todas las penas al que ha cometido diversos delitos, resultaría un castigo exorbitante y bárbaro, que equivaldría muchas veces á una pena perpetua, si eran corporales las aplicadas, ó á la confiscación total de bienes si aquellas eran pecuniarias. Lo son el segundo y el tercero, porque adolecen del defecto contrario, pues señalan la pena de uno solo de los delitos, dejando impunes todos los otros.

Esos graves inconvenientes se evitan siguiendo la opinión de Bonneville, (1) que es la que ha adoptado la comisión, y que se reduce á imponer la pena del delito más grave, aumentada con la cuarta parte de la suma total de las penas señaladas á los otros delitos, con las modificaciones que se expresan en los artículos 207 á 216.

No es menor la divergencia de opiniones sobre la pena que

(1). Bonneville, *Amélioration de la loi criminelle*, tom. 2, cap. 3.

deba aplicarse á los reincidentes, pues por una parte se sostiene que debe ser la señalada al delito, sin agravación alguna por la reincidencia, y por otra, que debe ser mayor por esta circunstancia.

En favor del primer extremo se alega que, habiendo sufrido ya el delincuente el castigo de su anterior delito, no debe castigarse de nuevo por él; y que á esto equivaldría aumentarle la pena, por el delito último en consideración al anterior. En esto se apoya la justa censura que se hace del Código de Baviera de 1813, el cual impone al reincidente la pena de su primer delito, aumentada en una cantidad igual tantas veces cuantas sean las reincidencias, porque así resultan indubitablemente castigados dos veces todos los delitos anteriores al último.

Este inconveniente no se evitará del todo si la agravación de la última pena es exorbitante, pero sí cuando sea prudente y

moderada; porque si es cierto que no se trata de castigar mas que el último delito, es tambien innegable que en la apreciacion de la pena debe tenerse en cuenta no solo el hecho material con que se violó la ley, sino tambien el estado moral del delincuente al ejecutarlo, y la necesidad social de represion.

La reincidencia, en sentir de Ortolan, no cambia los elementos de hecho del delito mismo; pero sí tiene una gran parte en el elemento moral, y otra no menor en el social, es decir, en la necesidad pública de la represion; y de ahí deduce que debe ejercer una influencia indisputable sobre esta, tanto bajo el punto de vista de la justicia, como bajo el de la utilidad social, que son los dos fundamentos del derecho de castigar.

En efecto, la justicia y el interes social exigen que se castigue con mayor severidad al que reincide, no solo porque la repeticion del delito revela mayor perversidad y audacia en el delincuente, sino porque este acredita con su conducta que el castigo que ántes se le aplicó era insuficiente para reprimirlo, y porque siendo mayor el alarma que causa á la sociedad, debe imponérsele una pena mas ejemplar y de mayor eficacia. Además, si es un principio generalmente admitido que la mala conducta anterior del condenado es motivo bastante para aumentarle la pena, y si esa circunstancia se ha considerado siempre como agravante, no hay razon, por cierto, para desentenderse de ella cuando esté plenamente probada por una sentencia anterior.

Apoyada en estos fundamentos, y siguiendo las doctrinas que le han parecido mas filosóficas, adoptó la comision las reglas que contiene el artículo 217, en las cuales procuró poner un justo medio entre los extremos que deja indicados.

En lo que sí se desvió de la opinion comun de los criminalistas, es en haber exigido para la agravacion de la pena de los reincidentes, que estos hayan sufrido las correspondientes á los delitos anteriores, ó que hayan sido indultados de ellas. La razon es, en el primer caso, que no puede tenerse como insuficiente la pena impuesta por un delito, sino cuando la haya sufrido realmente el condenado, así como no seria prudente aumentar la dosis de una medicina cuyo efecto no se haya experimentado todavía.

Por este motivo parece que debia decirse lo mismo en caso de indulto; pero en contra hay la razon especial de que no habiendo sufrido la pena el indultado, no puede decirse que, agravándole la que corresponde al último delito, se le castiga dos veces por el anterior, ni mucho menos que haya injusticia en tratar con alguna severidad al que con su reincidencia se hace indigno de la gracia que ántes se le otorgó tal vez por un mentido arrepentimiento.

#### CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

La materia de este capítulo ha dado lugar á serias y detenidas discusiones en la comision, por haberse tenido que decidir cuestiones de grave importancia y de suma dificultad.

La primera que se resolvió para formar el artículo 34, dió mucho que pensar, porque se trataba nada ménos que de fijar reglas para determinar con precision los casos en que no resulta ni debe resultar responsabilidad criminal de un delito por hallarse privado de la razon el que lo cometió; para esto hubo necesidad de ocuparse de todas las afecciones mentales que perturbaban la razon.

Las ideas de la comision en este punto están consignadas en las fracciones I y II del citado artículo 34; y aunque no se lisonjea de haber evitado todos los inconvenientes, se tranquiliza con haber obrado de acuerdo con los muy ilustrados médicos D. Luis Hidalgo y Carpio, D. José Barragan y D. José Barceló Villagran, con quienes ha discutido todas las cuestiones médico-legales que ha habido que tratar, como auxiliares nombrados por el Supremo Gobierno.

Parecerá excusado fijar un precepto especial sobre la embriaguez, puesto que con ella se perturba la razon, pero se hizo así, tanto para evitar dudas y controversias, como para dejar expresamente consignado que solo cuando es completa deba tenerse como circunstancia excluyente.

Respecto de los sordo-mudos, los ha equiparado la comision á los menores, considerándolos exentos de responsabilidad criminal en los casos y con las condiciones de que habla la fraccion VII del citado artículo 34, siguiendo en esto las doctrinas de los mejores criminalistas.

En la fraccion VIII se trata de la excepcion de defensa, y sobre esta importante materia se dan las reglas que se han creído mas seguras.

En la fraccion 15 se habla de la obediencia pasiva; punto delicado y que ofrece graves dificultades. En algunos códigos se pone la obediencia pasiva como circunstancia excluyente, sin distincion ninguna; pero esto es considerar al agente como un verdadero autómatas, y dar ocasion á muchos crímenes; porque sabiendo que el que obedece es irresponsable, se prestarían inferiores á cometer los mayores atentados, como viles instrumentos de sus jefes seguros de la impunidad. En otros códigos se ha creído salvar la dificultad exigiendo simplemente que la obediencia sea legítima. Pero esto es lo mismo que no resolver nada; porque lo que se trata de averiguar es precisamente cuándo es legítima y obligatoria la obediencia.

La comision, adoptando en este punto las doctrinas del

célebre Ortolan, ha puesto como un principio, que la obediencia pasiva á un superior legítimo, en el orden gerárquico, no es punible, aunque el mandato constituya un delito, sino cuando esta circunstancia sea notoria ó se pruebe que el acusado la conocia; porque la presuncion está siempre á favor del que obedece las órdenes de su legítimo superior.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.—CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

Por buena que se suponga una ley penal, pecará por demasiado severa en unos casos y por muy benigna en otros si no deja á los jueces alguna libertad para aumentar ó disminuir las penas dentro de ciertos límites fijados en la misma ley, en atencion á las circunstancias que precedieron, que acompañaron y que se siguieron al delito, y de las personales del delincuente, para proporcionar la pena á la gravedad de aquel. Esto demuestra, sin dejar lugar á duda alguna, que es racional, justo y necesario el sistema de circunstancias atenuantes y agravantes.

¿Pero deberá dejarse la designacion de ellas al arbitrio de los jueces? Evidentemente no; porque entónces se daría lugar á que aquellos disminuyeran ó aumentaran las penas á su antojo y sin causa suficiente para hacerlo, ó se vería, como se ha visto en Francia, el escandaloso absurdo de que declarasen los jurados por mayoría, y aun por unanimidad, que habia habido circunstancias atenuantes, siendo así que cada jurado habia tenido en consideracion una circunstancia diversa, y que no habia habido mas de un voto para cada una de ellas. (1)

Por esto hemos preferido hacer una enumeracion prolija y minuciosa de cuantas circunstancias atenuantes ó agravantes nos han parecido dignas de tomarse en consideracion. Todavía mas: las hemos dividido en cuatro clases, valorizándolas por su gravedad intrínseca y no por el estado moral del agente, por el alarma que producen y por el daño que causan, como lo hicieron los autores del proyecto de Código penal de Portugal, porque dentro de cada una de esas categorías que ellos hicieron, caben circunstancias de muy distinta gravedad.

Fijadas las que pueden admitirse, y su valor respectivo, no habrá dificultad alguna para imponer la pena, aun cuando concurran á la vez en el mismo delito y en la misma persona circunstancias atenuantes y agravantes. Hoy, por el contrario, en dos ó mas casos idénticos no sería remoto ver que los jueces aplicaran penas muy distantes en gravedad, por no tener reglas semejantes á las que se han fijado en el Proyecto.

Por esa misma causa no se quiso facultar á los jueces para que admitieran cualquiera otra circunstancia que no sea de las men-

cionadas en él, aunque sea de igual ó mayor gravedad que aquellas, como se hizo en el Código español y en algun otro; porque esto, aunque en menor escala, tiene los mismos inconvenientes que el no fijar en la ley las circunstancias que se hayan de admitir. Pero como es imposible que el legislador las prevea todas, y no es justo que habiendo alguna atenuante de notoria importancia se deseche tan solo porque no ha sido prevista, la comision propone en su Proyecto que en ese caso el juez que pronuncie la sentencia que cause ejecutoria, informe sobre ello al Gobierno para que este reduzca ó conmute la pena impuesta, si creyere justo hacerlo.

Tomadas todas estas precauciones, es de esperarse fundadamente que no se haga del saludable sistema de circunstancias atenuantes y agravantes el injustificable abuso que algunos jueces ignorantes ó malévolos han hecho de la famosa ley 8<sup>a</sup>, tit. 31, partida 7<sup>a</sup>.

(1) Bonneville, tomo I, páginas 83 y siguientes.

RESPONSABLES DE LOS DELITOS.

No admite duda que para castigar á los delincuentes debe atenderse no solo á las circunstancias personales de aquellos y á las del hecho en que consiste el delito, sino tambien á la participacion que en este hayan tenido; y sería hoy inadmisibile que se impusiera al autor de un delito la misma pena que á sus cómplices y á sus encubridores. Estas son las tres únicas clases de delincuentes que se admiten en el Proyecto, porque aunque en uno que otro código se hace una clasificacion mas numerosa, la comision ha preferido la mencionada, porque debe procurarse la sencillez en las leyes cuando de esto no resulta inconveniente.

SISTEMA PENAL ADOPTADO.

PRISION.—PENA CAPITAL.

Sobre estos dos puntos dije lo que me pareció conveniente en la breve exposicion con que, en 31 de Octubre de 1869, elevé al Gobierno el Libro primero del Proyecto adjunto. Creo, por lo mismo, que bastará reproducir aquí lo que entónces expuse, pero haciéndole algunas modificaciones.

Nada hay que no sea grave y difícil en un código penal; pero lo mas delicado de él por su trascendencia, el trabajo verdaderamente cardinal, consiste, sin disputa, en la eleccion de las penas. Sobre este punto están conformes los criminalistas modernos, en que la pena por excelencia y la que necesariamente debe servir

de base á un buen sistema penal, es la prision aplicada con las convenientes condiciones, como la única que, á las calidades de divisible, moral, revocable y en cierto modo reparable, reúne las de ser afflictiva, ejemplar y correccional (1).

Las mas importantes de todas esas circunstancias son, sin duda, las tres últimas; pues con ellas se alcanza el fin único con que las penas se imponen, el de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan. En efecto; por medio de la intimidacion se alejará á todos del sendero del crimen; y por medio de la correccion moral del condenado, se afirmará este en los buenos propósitos que la pena le haya hecho formar, y que de otro modo quebrantaria muy fácilmente. Los legisladores antiguos y casi todos los modernos no han empleado sino el

(1) Ortolan; "Eléments de Droit pénal," núm. 1365.

primero de estos dos medios, cuidándose muy poco ó nada del segundo; á pesar de que, como observa un respetable autor, (1) hace muchos siglos que el jurisconsulto Paulo, dijo: "Pœna constituitur in emendationem hominum."

Pero ¿se puede alcanzar este gran fin con la pena de prision? Sí, en verdad, con tal que se aplique por un tiempo proporcionado á la naturaleza y gravedad del delito y en establecimiento adecuado al objeto; que no tengan comunicacion alguna los presos entre sí; que se les impongan ciertas privaciones ó se les concedan ciertas gracias, segun sea mala ó buena la conducta que observen al estar cumpliendo su condena: que durante ella se les ocupe constantemente en un trabajo honesto y lucrativo, y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital, para que tengan de qué subsistir cuando estén libres: que á los que carezcan de instruccion en un oficio ó arte, se les dé, así como tambien en las primeras letras, en la moral y en la religion; y, finalmente, que por un término suficiente de prueba, den á conocer la sinceridad de su arrepentimiento, para que no haya temor de que recaigan al volver á la sociedad. He ahí las medidas que aconsejan los criminalistas filósofos, y las que al eminente Livingston inspiraron tal confianza, que se avanzó hasta decir: "Yo creo firmemente que muchos de los condenados, cuando vuelvan á la sociedad serán miembros mas dignos de ella que otros que, por no haber cometido un delito de gravedad, no hayan incurrido en una pena semejante." (2)

Acaso sea esto suficiente, pero ha hecho todavía mas la comision: pues ha establecido que tengan un recargo en su pena, hasta de un tercio de ella, los reos que al estarla sufriendo se menejen mal; y que se haga una rebaja hasta de la mitad á los que hayan dado pruebas irrefragables de su arrepentimiento y enmienda: que el fondo de reserva de los primeros sea menor

(1) Ortolan, num. 210. (2) "Report made by E. Livingston on the plan of a Penal Code," pag. 44.

que el de los segundos y que se expida á estos un documento fehaciente, no solo de que han purgado su delito, sino tambien de que por su buen comportamiento se les ha juzgado dignos ya de volverse al seno de la sociedad, sin peligro alguno para esta, lo cual equivale á una rehabilitacion.

Como á pesar de todas esas medidas, á cual mas racional y filosófica, podria haber algun peligro en que, sin preparacion alguna, se pusiera á los condenados en absoluta libertad, entregándolos de improviso á todas las seducciones, á todos los peligros del mundo, despues de muchos años de privaciones y encierro, la comision ha cuidado de que los presos estén en comunicacion constante con su familia y con otras personas capaces de moralizarlos con su ejemplo y sus consejos, y de proporcionarles trabajo. Ademas, ha fijado como período último de prueba uno de seis meses, en que poniéndolos en completa comunicacion y dándoles alguna libertad, no quede ya duda de que es verdadera y sólida su enmienda.

Averiguado esto, se les otorgará una libertad provisional, á la que se ha dado el nombre de preparatoria y que será revocada en el momento en que las faltas del que la disfrute den á conocer que salieron fallidas las esperanzas que se habian concebido de su regeneracion. Mas breve: hemos querido y procurado que, para otorgar una libertad completa y definitiva á los reos, que son unos verdaderos convalecientes de un mal moral, se obre con el mismo tiento y consideracion que se emplean con los que convalecen de una grave enfermedad física. En suma, ciudadano Ministro, el plan de esta comision se reduce á emplear en el castigo de los delitos, y como medios eficaces de impedir que se cometan otros, los dos resortes mas poderosos del corazon humano, á saber: el temor y la esperanza; haciendo palpar á los reos que si tienen una conducta arreglada, solamente sufrirán la tercia parte de la pena que sufririan en caso contrario: que se ahorrarán no pocas privaciones y padecimientos, y que de hombres despreciables y aborrecibles se convertirán en miembros útiles de nuestra sociedad.

Con semejante perspectiva, y despues de haber estado por largo tiempo entregados al trabajo, y recibiendo una instruccion moral y religiosa, la comision no duda que muchos de los criminales vuelvan al sendero del honor y de la virtud, porque, como dice Bonneville con la elocuencia que acostumbra: "Todos estos desgraciados que, á pesar de sus vicios conservan aun el sentimiento de la dignidad de hombre: todos aquellos que tengan una madre, una esposa ó hijos á quienes amar y mantener que no hayan renunciado á los santos goces de la familia: que suspiren por el aire, por el sol, por su independencia, ¿no sentirán saltar su corazon y que se dilata con esta preciosa esperanza? ¿No experimentarán una emocion