

K19.1

52

1870

V. 2



Biblioteca de la Universidad de Salamanca

## LIBRO TERCERO.

DELITOS Y PENAS.

### TITULO I.

DE LOS DELITOS Y PENAS EN GENERAL.\*

- |  |   |
|--|---|
| 1 á 3. Legislacion penal en general.                               | 55. Correccion.   |
| 4 á 20. Definicion del delito y circunstancias que lo constituyen. | 56. Cuáles requisitos se reputan indispensables.  |
| 21 á 35. Actos preparatorios y constitutivos del delito.           | 57. Clases de las penas.  |
| 36 á 39. Medida de los delitos.                                    | 58 á 66. Penas corporales y afflictivas.  |
| 40 y 41. Clasificacion de los delitos.                             | 67 á 71. Penas corporales restrictivas. — <i>Expatriacion, destierro, confinamiento, cárcel.</i>              |
| 42 á 45. Definicion y objeto de las penas.                         | 72 á 83. Penas que afectan la opinion. — <i>Marca, vergüenza pública, infamia, palinodia, aperebimientto.</i> |
| 46. Requisitos de las penas.                                       | 84. Penas privativas.   |
| 47. Legitimidad de las penas.                                      | 85 á 90. Penas pecuniarias. — <i>Confiscacion, multa, pérdida de la cosa, costas.</i>                         |
| 48. Moralidad.   | 91 á 99. Proporcion entre los delitos y las penas.  |
| 49. Divisibilidad.   | 100 á 104. De la participacion en los delitos.  |
| 50. Certeza.   |   |
| 51. Proporcion.  |   |
| 52. Reparacion.  |   |
| 53. Analogía.  |   |
| 54. Ejemplo.   |   |

\* Tomamos este título de la excelente obra de los Sres. Gomez de la Serna y Montalvan, intitulada: *Elementos del derecho civil y penal de España.*

1. La parte de la legislación que define los delitos y señala las penas en que incurren sus autores, es sin dificultad la mas incompleta y defectuosa, y la que en mayor desacuerdo está con nuestra civilización, con nuestras costumbres y con nuestras prácticas.

2. Poco espresiva en la calificación de los delitos, deja un vacío inmenso en la parte mas interesante de la jurisprudencia, bien se la considere en el orden moral ó en el político; y cruel y bárbara en la imposición de las penas y en el modo de ejecutarlas, ha cedido á la razón, que condena doctrinas reprobadas por la humanidad y proscritas por la ciencia. Así es que una costumbre introducida con todas las circunstancias indispensables para establecer derecho, y autorizada por los altos poderes del Estado, hace casi siempre arbitrarias las penas que se imponen por los delitos comunes, dejando su graduación á la equidad y á la prudencia del juez.

3. Persuadidos nosotros de que la fijeza de la ley al definir los delitos y consignarles pena, debe ser base del derecho penal, porque de otro modo la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos quedan espuestos á la arbitrariedad, á la malicia y á la ignorancia, deseamos que nuestra legislación incierta reciba las reformas que reclaman los buenos principios de la ciencia. No se crea por esto que condenamos absolutamente la equidad ó el arbitrio judicial, circunscripto

dentro de ciertos límites: al contrario, le consideramos como el complemento de la ley, que fijando muchas veces el máximo y el mínimo de las penas, deja á la prudencia de los que juzgan la ponderación de las circunstancias que agravan ó atenuan el delito, y á que el legislador no puede descender individualmente.

4. En el estado, pues, que hoy tiene la legislación criminal, necesario es al esponer la doctrina de las leyes, comprender tambien algunos principios que puedan dirigir la conducta de los jueces en el silencio, en la oscuridad y en el desuso indispensable de muchas de nuestras leyes penales.

4. La palabra delito no siempre tiene la misma significación. La mayor ó menor latitud en que se toma, hace que unas veces comprenda todo acto prohibido por la ley, y otras solo los actos prohibidos con una sanción penal, que ó bien se limite á hechos criminales que no traspasan cierta medida contraponiéndose á la palabra crimen, ó bien que sea extensiva á los mas graves. Aquí no tratamos mas que del delito legal, que viola los deberes exigibles por la sociedad.

5. Nosotros le definimos, *contravención voluntaria á una ley penal*. Esta definición es genérica, y comprende por lo tanto los delitos graves ó atroces á que se dá comunmente el nombre de crímenes.

6. La definición que acabamos de dar nece-

sita ser analizada para ser completamente comprendida.

7. Decimos que el delito es una contravencion, y de aquí se infiere que los actos puramente internos no pueden ser objeto de la justicia humana, que se haria ineficaz y tiránica, si quisiera penetrar y castigar el pensamiento criminal, y establecer para ello una inquisicion odiosa, absurda y arbitraria. Pero si han existido actos exteriores que den principio á la ejecucion del delito, entonces hay una contravencion verdadera, porque ha empezado el quebrantamiento de la ley. De estos actos preparatorios, oportunamente nos ocuparemos.

8. En el delito, como hemos dicho en la definicion, es menester que haya voluntad ó intencion de perpetrarle. Así es que la ignorancia, el error y la fuerza que nos impele, hace que no nos sean imputados como delitos, actos que en otro caso lo serian.

9. Tanto la ignorancia como el error pueden proceder ó de causas absolutamente independientes de nuestra voluntad, ó de otras que mas ó menos nos son imputables. En el primer caso no tendremos responsabilidad, en el segundo quedaremos sujetos á la accion de la justicia, no por un hecho meditado y voluntario, sino por otro ocasionado por descuido ó imprudencia.

10. La edad y la enfermedad son las causas

principales de la ignorancia y error involuntarios.

11. Por razon de la edad no incurren en pena los menores de diez años y medio, cuando se trata de delitos comunes, ó de catorce en los de sensualidad; <sup>1</sup> término que han señalado las leyes, sin duda para evitar el peligro de confiar al arbitrio del juez la época en que se verifica el desarrollo moral en cada individuo; pero en la práctica las circunstancias particulares del niño y su mayor ó menor capacidad, sirven de regla para considerar como inculpable el hecho, ó disminuir el rigor de la pena, proporcionándolo á la tierna edad del que delinquiró. Segun esta doctrina, la edad que la ley señala, será el punto de partida para conocer si la presuncion de inocencia ó culpabilidad, está de parte ó contra el niño que infringe la ley penal.

12. La enfermedad para considerarse como causa de ignorancia ó error, ha de ser de las que destruyen ó suspenden por lo menos el ejercicio de las facultades intelectuales. Por esta razon reputamos incapaces de delinquir á los estúpidos, locos, maniáticos, delirantes, y á cuantos carecen de entendimiento y voluntad, porque ignorando el valor moral de las acciones, no tienen conciencia. Las declaraciones de facultativos, la observacion del juez y los actos anteriores á la perpetracion del delito, serán datos para cali-

<sup>1</sup> L. 4, tit. 19, P. 6.  
TOM, II.

ficar la enfermedad moral, cosa mas fácil de fijar por el que ha de aplicar la ley, que por el que tiene la mision de formarla. Así es que en los casos de una monomanía, de una locura que tenga intervalos y de sonambulismo, es menester por todos los medios posibles asegurarse del estado intelectual y moral del acusado, y tener en la memoria el principio de humanidad admitido en la legislacion penal, que menos malo es declarar irresponsable á un delincuente, que no castigar ó hacer quizá perecer bajo el aparato del crimen á la inocencia.

13. Como causas imputables del error y de la ignorancia, podemos considerar la embriaguez y la negligencia.

14. Discordes están las opiniones acerca de la culpabilidad de los actos, efecto de la embriaguez. La embriaguez, especialmente en el que la tiene por hábito, es una imprudencia reprehensible, peligrosa y aun criminal, pero como una especie de demencia transitoria, no puede suponer intencion en el que perpetra un delito, porque le priva de razon. Algunos ni aun la quieren considerar como circunstancia atenuante: esta doctrina nos parece dura, pero reputamos al mismo tiempo excesivamente indulgente la que la conceptúa como un motivo de justificacion. El juez pesando las circunstancias particulares, y teniendo presente que es fácil pretestarla, y que los testigos con facilidad se prestan á su justifica-

cion; deberá en nuestro concepto templar mas ó menos el rigor de la ley, con arreglo á las circunstancias de cada caso. Estas son muy diferentes en la práctica, porque la embriaguez puede ser del todo inculpable, puede ser resultado de un momento de imprudencia, y puede ser habitual, y por último, puede privar absolutamente de la razon, ó limitarse á exaltar las pasiones: doctrina que nos parece conforme al espíritu de las leyes de partida,<sup>1</sup> que señalan al reo de homicidio cometido en embriaguez, la pena de destierro por cinco años en lugar de la capital, en que incurriria si estuviera en su acuerdo.

15. La negligencia, como hemos visto, es otra de las causas imputables de ignorancia. Inadmisible, segun espusimos, si en ella se quisiese fundar la disculpa del no conocimiento de la ley, libertará del delito al imprudente que dejó de adquirir las noticias precisas para que su accion no fuera contraria á la ley penal, ó que no tomó las precauciones necesarias para evitar un mal que por sí ó por medio de sus cosas ó dependientes, ocasiona á otro. Culpable en este caso por su negligencia, no lo será sin embargo por el hecho que sin su voluntad ha ocurrido: por esto los romanos calificaban no de delito, sino de casi delito ó culpa á esta clase de contravenciones. Puede servir de ejemplo el caso del que podando en camino público, sin avisar á los pasajeros,

<sup>1</sup> L. 5. tit. 8. P. 7.

mate al transeunte con la rama que se desprende, ó el que cazando hiere por imprevision á un hombre.

16. Habiendo hablado ya suficientemente de la ignorancia y del error, réstanos solo hacerlo de la fuerza. La violencia que nos priva de voluntad al traspasar la ley, liberta de delito. Esta violencia puede ser física ó moral.

17. La violencia física irresistible á que cedemos, nos convierte en un instrumento material del delito, que no puede imputársenos.

18. Se hace violencia moral cuando se nos constituye entre dos males, y uno de ellos inevitable. La accion de la libertad entonces, aunque encerrada en muy estrecho círculo, no está del todo paralizada, puesto que nos queda la eleccion de sufrir un mal inmediato ó de causarle á otro. Para que no nos sea imputable el daño, es menester que el mal que para nosotros tememos no sea justo, ni efecto de nuestras propias faltas, ni evitable, y que ademas encierre un peligro inminente que de otro modo no podamos rechazar.

19. Una especie de violencia moral es el arrebató en los primeros momentos de una pasion violenta. Este no justifica la accion criminal, pero si ha sido provocado, dá lugar á la atenuacion de la pena, porque no debe ser juzgada con tanto rigor como un hecho meditado en el silencio y ejecutado con frialdad.

20. Finalmente, debemos explicar las últimas palabras de la definicion del delito. Decimos que la contravencion ha de ser á una ley penal: de lo que se infiere que hay actos que la ley tiene por reprehensibles, y que no son objeto de la jurisprudencia criminal; tales son los que por la naturaleza ó por la religion están suficientemente prevenidos, los que pueden ser enmendados por medidas previsoras, menos rigurosas que un juicio, y los que están bastante reparados por el derecho civil.

21. Al definir el delito en el párrafo anterior, hemos implícitamente comprendido la doctrina que es objeto de este. Sin embargo, para mayor claridad nos ocupamos aquí con mas extension de los actos preparatorios, y de los que constituyen un delito.

22. Los actos preparatorios pueden ser ínternos ó externos.

23. Dijimos antes, que los puramente internos no podian ser objeto de la justicia humana, que en vano querria sondear los sentimientos mas íntimos del hombre, sin el auxilio de los hechos exteriores, que son indispensables para la existencia del delito. El pensamiento es libre, no alcanza á él la accion de la ley: por esto no estiende su imperio ni sobre el deseo ni sobre la intencion, ni aun sobre la resolucion formada de delinquir. Esta que es el acto interno, que se presenta con mas caractéres de gravedad, no

puede ser objeto de la ley penal cuando no se ha cometido ningun acto para preparar ó empezar la ejecucion del crimen. Habrá sin duda una falta moral, pero en una legislacion bien entendida, aun en el caso de que fuera posible penetrarla, solo daria lugar á escitar la tutelar vigilancia de las autoridades.

24. Los actos preparatorios exteriores, no deben confundirse con los actos de ejecucion: aquellos no existen en todos los delitos, los últimos sí. Esta doctrina necesita mayor explicacion. Entendemos por actos preparatorios, todos aquellos que no teniendo por objeto la realizacion material del delito, ni por fin inmediato la accion criminal, la preceden y están mas ó menos ligados con ella, pero sin constituirla. Estos actos no forman el delito final, pero en algunas ocasiones dan lugar y nombre á un delito especial, que es castigado por las leyes. El delito de conspiracion puede servirnos de ejemplo: los que se asocian para atentar contra las leyes del país, que reunen armas y previenen medios semejantes, incurren en un delito preparatorio de otro que puede ser el de traicion, pero la ejecucion de este no empieza realmente hasta el momento en que los conjurados, preparados ya los medios, se resuelven y comienzan á realizarle.

25. De lo dicho se infiere que hay actos preparatorios de los delitos que las leyes especialmente castigan, y otros que no tienen califica-

cion alguna; de los primeros no debemos tratar aquí, porque son delitos verdaderos, pero sí de los segundos, esto es, de aquellos que serian lícitos ó indiferentes, si no existiese la intencion criminal.

26. Estableceremos una regla general: estos actos, puramente preparatorios, no deben ser castigados. Y con razon, porque sin penetrar en el sagrado de la conciencia, no puede objetarse su criminalidad, y porque de otro modo se cerraria la puerta del arrepentimiento al que pensaba delinquir, y aun no habia delinquido.

27. En este caso se halla la proposicion hecha y no aceptada de cometer un delito, porque no parece justo someter á castigo palabras simples, que pueden ser mal comprendidas ó mal interpretadas, que se refieren generalmente por persona parcial, y que dan lugar á la duda de si existe intencion deliberada, ó si mas bien son efecto de un momento de animosidad.

28. Hasta cierto punto puede decirse lo mismo de la amenaza simple, especialmente si es verbal; las circunstancias que en ella concurren pueden dar lugar á una ligera correccion, pero debiendo cuidarse siempre de no confundir palabras indiscretas, pronunciadas ó escritas en el calor de una pasion, con amenazas meditadas con frialdad.

29. En el caso de que la amenaza haya sido

medio para cometer un delito, entonces será considerada como parte de su ejecucion.

30. Pasemos á los actos de ejecucion. Desde luego debemos manifestar que siempre que un delito ha sido consumado, ha lugar á la pena que la ley fija para su castigo, mas que semejante doctrina, en buenos principios no es aplicable á los delitos, cuya ejecucion ha sido empezada, pero que no han sido completamente realizados.

31. Esto dá lugar á que tratemos aquí de la tentativa. Entendemos por tentativa de un delito la manifestacion de la intencion de delinquir, demostrada con un acto exterior, que dé principio á la ejecucion del delito, cuando esta puede ser aun suspendida ó interrumpida. De la definicion se infiere que no es fácil á veces distinguir los actos preparatorios de la tentativa, y á esta de la consumacion del delito; las circunstancias particulares de cada caso bien consideradas, harán conocer mejor esta doctrina que cuantas reglas pudiéramos nosotros dar.

32. Acerca de la tentativa, debemos establecer como regla general, que debe ser castigada con menos rigor que la consumacion del delito. Mas para completa inteligencia de este punto, distinguiremos el caso en que no se haya consumado por circunstancias ajenas de la voluntad de su autor, del de su desistimiento voluntario.

33. En el primero, la pena debe irse aproximando á la marcada por la ley para la consuma-

cion del crimen, á medida que el crimen va acercándose á su término. Esta doctrina, tan conforme con el sentimiento universal de los hombres, evita que el autor de la tentativa trate de consumir el delito comenzado, y está además en armonía con el principio de que no debe penetrarse en las intenciones cuando los hechos exteriores no las patentizan; de lo contrario se supondria gratuitamente que tenia perseverancia para la consumacion del crimen la persona que no le habia consumado.

34. En todos aquellos casos en que una circunstancia, agena de la voluntad del delincuente, no haya detenido la consumacion del delito, se supone que hay un desistimiento voluntario, porque no es dado al hombre, sin gran peligro de error, registrar el corazon de sus semejantes, y distinguir los sentimientos que han detenido la accion criminal. Ninguna pena deberá entonces imponerse al autor de la tentativa, á no ser que para la ejecucion del delito suspendido, hubiese consumado ya otro particular, de cuya responsabilidad no le libertará el desistimiento del primero.

35. Réstanos solo hablar del delito frustrado. Por él entendemos el terminado por parte del delincuente, pero que no ha correspondido á su intencion. Esta circunstancia, aunque del todo independiente de su voluntad, si bien moralmente hablando no le hace menos culpable, mitiga

la pena legal, y así en nuestra opinion no debe quedar sujeto á la misma que el reo que consumó la accion criminal.

36. El mayor ó menor agravio hecho á la sociedad, es la principal medida de los delitos: los que mas atacan el órden social, son los mas graves. Pero no es esto solo lo que aquí debemos esponer: la violacion de una misma ley puede ser mas ó menos grave, segun la diversidad de circunstancias que la acompañen. Esto dá lugar á que distingamos en los delitos circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes.

37. Hay circunstancias agravantes por razon del mismo delito, del modo de ejecutarlo, de la persona delincuente, y de la persona ofendida.

Por razon del delito, se reputan como agravantes las circunstancias del mayor riesgo, desórden, escándalo ó perjuicio que ocasione, y la mayor necesidad de escarmientos para cohibirlo.

Por el modo tiene circunstancias agravantes el cometido en sedicion, tumulto, incendio, naufragio ú otra calamidad, ó en sitio mas público ó mas autorizado, y el perpetrado en complicidad con otros.

Por el delincuente agravan el delito la malicia, premeditacion y sangre fria conque se haya ejecutado, la crueldad, osadía, violacion y artificio de su ejecucion, y la mayor instruccion, dignidad ó superioridad del delincuente.

Finalmente, por razon de la persona ofendida

son circunstancias agravantes del delito la edad corta, el sexo femenino, la incapacidad de defenderse, y el desamparo en que se halle.

38. Las circunstancias atenuantes de un delito dimanar todas de los motivos de disculpa, que en su misma persona tiene el delincuente. Así lo que su corta edad, su falta de talento ó instruccion, las pasiones y necesidades que le impulsen, su buena conducta, los servicios prestados al país, su presentacion voluntaria á los jueces, su confesion sincera cuando no hay pruebas, su arrepentimiento, sus esfuerzos para remediar el mal causado, y por último las amenazas y seducciones que le hayan incitado.

39. Cuando las leyes fijan un máximum y un mínimum en las penas, deberán los jueces tomar muy en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos, aumentando ó disminuyendo con arreglo á estos principios el grado que en la escala parezca mas equitativo.

40. No es nuestro objeto aquí hacer una division perfecta de los delitos, materia difícil que no nos proponemos tratar, porque no es de nuestro instituto. La clasificacion de delitos que seguimos en estos elementos, la adoptamos solo como un método para comprender en diferentes grupos las acciones que nuestras leyes castigan como criminales.

41. En este concepto consideramos:

1º Los delitos políticos.