

con ella, para que no se extrañe, antes bien se apruebe el encontrarlo entre sus fundamentos.

9. La circunstancia de que habla este párrafo, no se verificará ordinariamente, pero podrá presentarse alguna vez; y es bueno á todas luces el consignar lo que haya de hacerse en tal caso. Así se completa la idea que ha presidido al párrafo anterior: así se justifican, mas completamente aún, si fuese necesario, las disposiciones en él tomadas.

10. Decimos que no será ordinario el que se presenten hechos dignos de represion, y no comprendidos en el Código: lo uno porque la experiencia de tres mil años, porque la historia de todas las legislaciones, porque tantos centenares de códigos, porque tantos millares de leyes criminales como se han hecho hasta aquí, es muy difícil que hayan dejado fuera de sus noticias y de sus preceptos caso alguno que convenga vedar y castigar. Si muchos, infinitos de ellos, no se han consignado en nuestro Código, no consiste de seguro en distraccion ni en olvido de sus autores; consistirá mas bien en que no han juzgado el acto como punible, en que hayan juzgado que nunca se le debió prohibir, ó que no debe prohibirse en el día. En segundo lugar, la forma altamente comprensiva y sintética en que el Código está ordenado, tampoco da lugar á que se haya prescindido de ninguno de los hechos que naturalmente son de su jurisdicción. Eso es facilísimo en las leyes casuísticas: eso es muy difícil en las legislaciones sistemáticas. Lo que no se dice en éstas, de ordinario es porque no ha querido decirse (1).

11. Con todo, como el hecho es posible, la ley ha determinado lo que en su caso se habia de hacer. Los tribunales donde se presente, lo manifestarán al Gobierno: éste meditará, se informará, y encontrando necesaria una resolucio, la propondrá, como es su deber, á las Cortes. Pero el tribunal mismo ninguna otra cosa tiene en qué mezclarse mas que en elevar esa exposicio. Previénesele expresamente que se abstenga de todo procedimiento; y vuelve á inculcarse de este modo la doctrina que hemos consignado antes: *no hay delito sin ley anterior que lo declare y lo pene como tal.*

12. Parécenos completamente inútil decir aquí: 1.º que bajo la expresio de tribunales se comprenden igualmente los juzgados: 2.º que semejantes consultas deben hacerse por el orden natural de la gerarquía, elevándola el juez á la Audiencia, ésta al Tribunal Supremo, y el último, en fin, al ministro del ramo, acompañando cada cual su dictámen: 3.º, en fin, que el ministerio fiscal, por lo que le respecta, tambien puede y debe contribuir á este propósito, ora sea tomando parte en los acuerdos del juzgado ó del tribunal, ora dirigiéndose exprexamente al Gobierno por el conducto natural de su especial jefe.—Estos preceptos

(1) El colegio de Abogados de Madrid cree que se han omitido en el Código actos dignos de penalidad. En los lugares oportunos examinaremos los que cita.

son de razon, de buen sentido, de consideraciones gerárquicas, que no necesita declarar la ley; porque dimanen de la institucion y la organizacion judicial en sí propia.

III.

13. El párrafo tercero de este artículo, tal como se encuentra hoy, es una adicio de la reforma de 1850. No se hallaba en el Código primitivo: quizá lo inspiraron en aquella ocasion las acumulaciones de penas á que dió lugar el art. 76, ora con motivo, ora sin motivo.

14. Sea de ello lo que fuere, el precepto añadido es humano, y de ninguna suerte se opone á la justicia. Toda vez que la autoridad judicial no deje de aplicar la ley ni de dictar sentencia con arreglo á ella, ningun mal puede señalarse de que llame la atencion del Gobierno cuando esa aplicacion le pareciese demasiado dura. El gobierno verá—caso de encontrar justo aquel dictámen de los tribunales,—si es que la dureza resulta de la teoría general y exige una modificacion en el Código ó si es que trae su causa de circunstancias accidentales, individuales, que solo hacen legítimo un indulto ó conmutacion de la pena en aquel caso. Precisamente porque eso puede suceder, es por lo que tienen los Monarcas la facultad de perdonar y de mitigar los castigos.

15. Pero debemos insistir, por conclusion de este Comentario, en recomendar á los tribunales inmensa mesura y prudencia sobre las exposiciones de ese género, para no fatigar al Gobierno con inútiles consultas. Desconfien algo de su celo, no se resuelvan á elevarlas sino cuando tengan una muy íntima conviccion. Mediten particularmente y con mucha especialidad acerca de lo que hemos dicho ántes; y comprendan bien cómo no es fácil cosa que ningun crimen verdadero segun las leyes de la razon, haya dejado de erigirse en delito en el Código de que tratamos. Aquellas acciones, sobre todo, que ya fueron proscritas y condenadas por antiguas leyes, es imposible que solo por descuido hayan dejado de comprenderse en la nueva. Si en ésta no se hallan, debe necesariamente consistir en que no lo permite la razon, en que repugna á nuestra cultura, á nuestras costumbres. Tengan cuidado los que las echan de ménos, no sea que, en vez de acreditar una falta de prevision en las leyes, acrediten solo una falta de inteligencia en su razon, una falta de instruccion y de comprehension en sus ánimos.

Artículo 3.º

«Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

«Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra

su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

«Hay tentativa cuando el culpable dá principio á la ejecucion del delito directamente por los hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa ó accidente, que no sea su propio y voluntario desistimiento.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVIII, tit. 19, l. 18. Cogitationis poenam nemo patitur.*

Partidas.—*Ley 2. tit. 31, P. VII. Pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fecho: et despues deso, asman que si lo cumpliesen, que farien mal, el repiéntese. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comensase a obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes. Mas si despues que lo oviesen pensado, se trabajasen de lo complir, comenzándolo á meter en obra, magüer non lo compliesen del todo, estonce serien en culpa et merescerien pena de escarmiento segunt el yerro que ficiesen, porque erraron en aquello que era en su poder de se guardar de lo fazer, si quisiesen. Et esto serie como si algunt home oviese pensado de fazer alguna traycion contra la persona del Rey, et despues comenzase de alguna manera a meterlo por obra, asi como fablando con otros para meterlos en aquella traycion que habia pensado, o haciendo jura ó escripto con ellos comenzándolo á meter en obra, en otra manera alguna semejante destas, magüer non lo oviese fecho acabadamiente. Et eso mismo serie si veniese en voluntad da algun home de matar á otro, si tal pensamiento malo como este comenzase á lo meter por obra, teniendo alguna ponzoña aparejada para dárge-la á beber, ó tomando cuchillo o otra arma desnuda et yendo contra él para lo matar, ó estando armado assechándolo en algun lugar para darle muerte, ó trabajándose de lo matar en alguna otra manera semejante destas metiéndolo ya en obra; ca, magüer non lo compliese, meresce seer escarmentado, bien asi como si lo oviese complido, porque non fincó por él de lo complir si pudiera. Otrosí, decimos que si alguno pensase de robar ó de forzar alguna muger vírgen ó muger casada, et comenzase á meterlo en obra trabando de alguna dellas para complir su pensamiento malo, o levándola arrebatada, ca magüer non passase a ella meresce seer escarmentado, bien asi como si oviese fe-*

cho lo que cobdiciaba; pues que non fincó por él, por quanto él pudo fazer que se non cumplió el yerro que habie pensado. Et en estas cosas sobredichas tan solamente ha lugar lo que diximos, que deben recibir escarmiento los que pensaren de fazer el yerro, pues que comienzan a obrar dél, magüer non lo cumplan. Mas en todos los otros yerros que son menores que estos, magüer los pensaren los homes de fazer el comenzasen a obrar, si se repinteeren ante que el pensamiento malo se cumpla por fecho, non merescen pena ninguna.

Cód. franc.—*Art. 2.º reformado por el 13 de 1832. Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por un principio de ejecucion, si no ha sido suspendida, ó si no ha carecido de efecto mas que por circunstancias independientes de la voluntad de su autor, es considerada como el crimen mismo.*

Cód. austr.—*Art. 40. Las circunstancias atenuantes que se derivan del hecho mismo, son:*

1.º *Si el acto ha quedado en los limites de tentativa, y segun que se haya llevado mas ó ménos cerca de la consumacion.*

Cód. Nap.—*Art. 69. Cualquiera que á la voluntad de cometer un crimen, reune tales actos de ejecucion que nada le quede que hacer para llegar á su complemento; si este complemento no se verifica por causas fortuitas ó independientes de su voluntad, será castigado..... salvo las excepciones previstas por la ley en algunos casos particulares.*

Esta especie de tentativa se llama crimen frustrado.

Art. 70. La tentativa de un crimen que no se ha verificado aun, por causas fortuitas é independientes de la voluntad del culpable, será castigada..... si se llegó á manifestar por actos exteriores próximos á la ejecucion, pero tales, sin embargo, que aun quedase á aquel algo por ejecutar para la consumacion del crimen: salvo siempre las excepciones previstas por la ley en algunos casos particulares.

Art. 71. Las tentativas de delito no son imputables sino en los casos en que especialmente lo determina la ley.

Cód. brasil.—*Del art. 2.ºLa tentativa de crimen no será castigada sino cuando el crimen intentado daria lugar á una pena de mas de dos meses de prision simple, ó bien al destierro de la comarca.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 5.º *La tentativa de un delito es la manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior, que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare.*

Art. 7.º *Por regla general, y excepto en los casos en que la ley determina expresamente otra cosa, la tentativa de un delito, cuando la ejecucion de este no haya sido suspendida ó no haya dejado de tener efecto sino por alguna casualidad, ó por otra circunstancia independiente de la voluntad de su autor, será castigada.....*

Art. 9.º *El pensamiento y la resolucion de delinquir, cuando todavia no se ha cometido ningun acto para preparar ó empezar la ejecucion del delito, no están sujetos á pena alguna, salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley.*

COMENTARIO.

I.

1. No aparece el crimen en el mundo como apareció la Minerva antigua en las teogonías de los filósofos y poetas griegos, saliendo de una vez y armada de la cabeza de Júpiter. La generacion de los proyectos criminales, su realizacion como hechos en la sociedad, es mas detenida y mas laboriosa. Entre ser y no ser el delito, hay una porcion de grados, hay una série de pensamientos, de incertidumbres, de resoluciones, de actos preparatorios, y de actos, en fin, de ejecucion, que ni los jurisconsultos ni los legisladores han debido dejar pasar sin examinarlos y sin calificarlos.

2. Nuestro Código, obra de la ciencia, debia fijar su vista en tales hechos, en tales circunstancias: no le era permitido, como á las antiguas leyes, pasar en silencio ese estado, que no es el de la inculpabilidad, y en el que no se ha cometido todavía, plena y definitivamente, el delito. Acerca de esa situacion eran necesarios principios, reglas, disposiciones: véase, pues, el análisis, cuyas bases supremas nos presenta y define este artículo.

3. Por él, además del delito consumado, en que nos ocupáramos hasta aquí, se declaran igualmente punibles el delito frustrado y la tentativa, y se definen el uno y la otra.

4. Ciertamente la ley no debia hacer más; porque á ella no le corresponden otras explicaciones que las de los hechos que caen bajo su poder. La ley penal no tiene que decir nada de las cosas que no castiga; porque ya ha declarado que la pena no alcanza sino á lo que ella designa previamente. Respecto á la generacion, pues, del delito, solo

tiene que ocuparse en aquello que se eleve á su categoría, reclamando para sí análogas penalidades.

5. Pero nosotros, que vamos á exponer y á justificar la teoría de la ley, podemos y debemos tomar de mas alto la cuestion, invertir su orden, y proceder, no sintéticamente como hablan los códigos, sino en el orden natural, en que la generacion del crimen se desarrolla y verifica. Podemos partir de la inocencia, para llegar al delito consumado.

6. Sujeta al escarpelo de la inteligencia humana, esa generacion comenzará para nosotros en el pensamiento del mal, oscura y desapacible nube, que mancha la pureza del ánimo. Sigue el deseo de ejecutarle: sigue la vacilacion, que traen consigo las reacciones de la conciencia: sigue la fascinacion que nos deslumbra, empeñando y acallando aquella otra, y haciéndonos resolver en nuestro mal propósito. Fija de este modo la voluntad, tiende y procura, segun las leyes de la naturaleza humana, á convertirse en hecho. A veces, hay vociferacion ó amenaza; á veces hay actos preparatorios, inocentes por sí mismos, malos por la intencion que los inspira, y que son indispensables para facilitar ó para hacer posible el último acto. Aquí se entra en la esfera de la tentativa, comenzando de hecho la ejecucion. Obstáculos extraños, casualidades imprevistas, repentinos é inesperados sucesos, pueden hacer fracasar la obra proyectada y comenzada. Tambien el arrepentimiento, esa postrer áncora de la inculpabilidad, puede hasta la última hora salvarla en su naufragio. En tanto que queda algo por hacer para la consumacion del delito que se intenta, siempre es posible ó el propio desistimiento, ó la aparicion de un obstáculo que lo embarace. Mas llega por último el postrer paso del actor, termina su propósito, cumple su voluntad, en cuanto á sí: nada deja por hacer de lo que es necesario para la consumacion de su obra. Esa obra, sin embargo, puede no estar consumada. El delito puede haberse frustrado. Su accion puede no haber caido en la persona á quien la dirigia. Ó bien el hecho se consumó plenamente; y lo que comenzó por una leve nube, se ha terminado en una explosion horrorosa: el crimen está cometido, realizado, llevado enteramente á cabo.

7. Hé aquí la serie de que hablábamos antes: hé aquí la generacion del delito, íntegra, completa, con todo lo que en ella puede ocurrir. Examinémosla ahora parcial y detalladamente.

8. Primera faz, ó primer estado.—Pensamiento, deseo, vacilaciones, resolucion del delito. Débense reunir bajo un punto de vista estos diversos grados de la série, porque en ellos no puede encontrar ni señalar diferencias la justicia humana. Hay entre ellos todos una cualidad comun, que los exime de su jurisdiccion: la de ser actos de la conciencia, la de no tener ningun accidente externo, que los realice en la sociedad. No se ha turbado el orden público: aun no ha habido siquiera el mal de la alarma: toda la perturbacion que ellos inducen de las leyes morales es una perturbacion interna, á cuyo enderezamiento no alcanzan el poder ni el derecho de los hombres. No hay accion ni omision, y por con-

siguiente no hay nada punible. Ulpiano lo habia dicho con su sentenciosa y concisa expresion: *cogitationis poenam nemo patitur*. Es un sagrado el de la conciencia, cuando el hombre está encerrado en sus pliegues.

9. Seguidamente á los actos interiores, hemos hablado de la amenaza de delinquir, de la vociferacion de los propósitos criminales. La amenaza es una accion, y puede caer, por tanto, bajo el poder de las leyes: la amenaza *puede* indicar resolucion de cometer un crimen, *puede* alarmar á la persona contra quien se dirija, y por consiguiente puede tambien dar motivo á preceptos particulares de este código. La amenaza puede ser erigida en delito, ella sola, ella de por sí. La ley lo hará, cuando estime que en efecto ha de causar alarma, ha de causar males.

10. Por lo demás, téngase presente que solo hemos dicho «*puede*» hablando de ella. Mas bien que una resolucion meditada de cometer delitos, lo que indica su amenaza es un raptó de cólera, que hace prorumpir en declamaciones poco temibles. Los que amenazan matar, no son los que matan: si alguno amenazase robar, no sería quien robara él. La amenaza previene al amenazado; y por lo mismo, lejos de ser un acto preparatorio del crimen, es un acto que previene para que se evite su comision. El que se dispone á cometerlo, no por medio de jactanciosas revelaciones, sino en el silencio y en la oscuridad es como se prepara.

11. Si, pues, la ley, por una parte, puede declarar ciertas amenazas actos punibles, como delitos consumados, como que son acciones perfectas; por otra, no debe darles el carácter de tentativa, de acto preparatorio, de fraccion, si es lícito decirlo así, del delito á que se refieren. La amenaza puede ocurrir en este camino; pero no es naturalmente parte de este camino. Volvemos á decir que no es el que amenaza quien ejecuta; y por eso es por lo que todos nos hemos reido en este mundo de mil amenazas de que hayamos sido objeto, sin darles más estimacion que la que se puede dar á las vacías exhalaciones de una liviana cólera.

12. Lo que verdaderamente viene en pos de los actos internos, de la resolucion de delinquir, son los actos preparatorios para el delito, cuando éste, como sucede de ordinario, los ha menester.—«No solo se ha admitido y acariciado el pensamiento del mal, no solo se ha resuelto decididamente ejecutarlo, sino que se principian á practicar hechos exteriores, con objeto de preparar las vías para aquel, de proporcionarse los medios de allanar los obstáculos que se opongan á su realizacion. Ya se ha adquirido la llave, ya se ha comprado el puñal, ya se ha confeccionado el veneno, ya se ha escrito el libelo que debe publicarse. Dáse principio á los actos que han de facilitar la ejecucion del crimen, pero el crimen mismo no está principiado todavía. ¿Qué es lo que corresponde, en semejantes casos, á la justicia humana?»

13. «La justicia humana no tiene todavía accion, por regla general, sobre la persona que ha resuelto ser delincuente. Puede tenerla, á virtud de otro especial delito, si entre los actos preparatorios para el ideado, hay alguno que tenga de por sí ese mismo carácter. Pero si ellos

particularmente son inofensivos, si todo el mal de su ejecucion consiste en el moral que se deriva del intento con que se les pone por obra; dicho se está en eso mismo que aún no se ha entrado bajo la jurisdiccion de los poderes del mundo; y que permanecen exentos de quien no puede elevarse á la region de la conciencia. Todo lo que compete, y es un deber de la autoridad, consiste en la vigilancia respectiva á los que indiquen con sus actos la responsabilidad ó la existencia de pensamientos criminales. Con justicia se seguirá y se inspeccionará su conducta; mas de los hechos de policia á los del procedimiento penal hay siempre una considerable distancia, que no puede salvarse sin motivos legítimos, sin la existencia de un verdadero crimen (1).»

14. Despues de los actos preparatorios, ó cuando ménos, si á la vez, independientemente de ellos, es cuando tiene lugar la tentativa del delito. Aquí, en ella, es donde encontramos ya la disposicion del artículo que nos ocupa. La tentativa puede entrar y entra bajo el poder de la ley.

15. Ya han principiado los actos de ejecucion. Ya se ha *metido el designio por obra, magüer no se oviese fecho acabadamente*. Ya, no solo se ha comprado la llave, con que se debía abrir la puerta; sino que armado con ella se ha dirigido su poseedor á la que deseaba abrir, y la ha metido en la cerradura, y le ha dado una vuelta, y la puerta se ha abierto, ó está á punto de abrirse. La mano del criminal toca el objeto que su ardorosa y fascinada mente codiciára. El delito está principiado.

16. Tal es la situacion que nos define el tercer párrafo del artículo. Se ha comenzado la obra *directamente*, esto es, por medios que no dejaban duda de ser ella la que se intentaba. Se la ha comenzado por *hechos exteriores*, por hechos visibles, sensibles, no sujetos solo, como los de la conciencia, á la estimacion y al juicio de la Divinidad, sino que caen bajo el dominio de los hombres, porque hieren sus sentidos, porque necesariamente han de juzgarlos con su inteligencia. Hay indudablemente principio de ejecucion de un hecho vedado y penado.

17. Mas este principio de ejecucion, ó se lleva á cabo y se termina, ó se interrumpe y queda sin consumir. Si se lleva á terminacion, es el delito que se ha completado; en tal caso, no hay que ocuparse del intento: en lo mayor va comprendido lo menor, el todo incluye las partes. Si se interrumpe y queda sin consumir, esto puede proceder de dos causas diversas. O bien es que un accidente ó causa extraña ha motivado la suspension, embarazando ó impidiendo que la obra se concluya;—ó bien es que el agente se ha arrepentido, y por un estímulo propio é interno, por ese arrepentimiento, por remordimiento, por miedo siquiera, ha desistido libremente de su propósito. En ambos casos, el delito no se com-

(1) Lecciones de Derecho penal. Leccion VII.