

18. »La ley, pues, ha dicho: existe la conspiracion cuando dos ó mas personas se *conciertan* para la *ejecucion* del delito.—Y esas palabras *concierto* y *ejecucion* que usa la ley, son, de seguro, palabras muy notables, y que no se han puesto sino despues de maduras reflexiones.

19. »Vése desde luego que no basta que la idéa de un delito, la idea de poder cometerle, ocupe á dos ó mas personas, para que haya entre ellas conspiracion. No es, á la verdad, un acto inocente el entretenerse en tales suposiciones, ni el familiarizarse con tales pensamientos: juegan los que tal hacen, con el peligro, y no tendrá nada de extraño que se deslizen y caigan, por último, en él. Pero la ley humana tiene que considerar mucho lo que hace, tiene que justificar plenamente sus obras, y no puede proceder á una condenacion, sino cuando las ventajas de ésta sobrepujan con gran exceso á los inconvenientes. De aquí es que todos los actos de dudosa inocencia tienen que ser considerados como si fueran de inocencia indisputable; de aquí es que aun respecto á muchos que moralmente son malos, la ley tiene que cerrar los ojos, y prescindir de su comision. ¿Á dónde iríamos á parar? ¿Cuál sería el resultado que obtendríamos, si solo la conversacion acerca de cometer un crimen fuese ya condenable por una sentencia? ¿Cuáles y cuán tristemente fecundos no serian los resultados?

20. »Ni aun la expresion del deséo, relativamente al delito, deséo manifestado en comun por varias personas, constituye todavia la conspiracion. Decimos de aquel, lo que del discurso, del exámen, de la conversacion acerca de éste, hemos dicho en el precedente párrafo. No hacen bien los que se ocupan en sus comunicaciones, ó interesadas ó amistosas, en desear la comision de cualquier acto prohibido. Pero todavia de ese deséo, de esa complicidad moral, al acto mismo hay una inmensa distancia: todavia es cierto que esa distancia no la salvan el mayor número de los que piensan, acarician ó deséan los hechos criminales. La reflexion, el temor, mil causas, mas ó menos morales, pero todas efectivas, los contienen en esa todavia inofensiva aunque peligrosa esfera. Del pensamiento del crimen, de su deséo, no se sigue aún el crimen mismo: su ejecucion está muy lejos: queda mucho á que resolverse, mucho que andar, mucho que osar, primero que llegar á ella.

21. »Así, ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar para su comision. La ley exige más, y el buen sentido aprueba las exigencias de la ley.

22. El párrafo que examinamos, lo establece de un modo terminante. Conspiran solo los que se *conciertan* para la *ejecucion* del crimen. És, pues, necesario que la *ejecucion* esté resuelta, y que se verifique el *concierto*. Cuando no se trata de ejecutar; cuando nadie se ha concertado para la comision del acto punible, importa poco que se le haya deseado, poco que se haya discurrido sobre él; la conspiracion no existe. Esa conversacion, ese deséo, escapan al alcance de la justicia humana. La ley no

los llama con aquel nombre, no los castiga. Para él son condiciones indispensables el acuerdo y el propósito de obrar.

23. »Despues de haber definido así la conspiracion, el párrafo siguiente del artículo define la *proposicion para delinquir*. No era esto ménos necesario, ni debia hacerse con ménos esmero. Si era indispensable evitar con aquel que se juzgase como conspiradores á los que solo hubiesen discurrido sobre un hecho ilícito, ó manifestado hácia él sus simpatías; tambien lo era evitar con éste, que á cualquiera vaga é informal conversacion que alguno promoviese sobre tales asuntos, se la calificara de proposicion criminal. Lo que en dos no habia de ser delito, ni en uno tampoco era justo que lo fuese. La disposicion quedaria incompleta sin el tercer párrafo.

24. »Este dice: verificase la *proposicion* cuando el que *ha resuelto* cometer un delito *propone su ejecucion* á otra ú otras personas.—Vése, por consiguiente, en esa cláusula, que para que haya la proposicion, se necesita: 1.º, circunstancias anteriores en el que la hace; 2.º, circunstancias efectivas en el modo de hacerla y en la propuesta misma.

25. »Por parte del que toma esta iniciativa para con otros, es necesario que preceda la resolucion de cometer el delito: *cuando el que ha resuelto cometerle*—dice la ley. No cae, pues, la definicion sino en ese caso, y con esa condicion precisa. Si tiene duda sobre hacer ó no hacer; si solo está inclinado á delinquir, pero no determinado, no resuelto, no poseido de una decision definitiva, habrá conversacion sobre el delito, habrá ó podrá haber hasta un conato de conspiracion; pero proposicion criminal la condenada y definida en este artículo, no la hay. Falta la condicion antecedente.

26. »Por parte del hecho mismo, no es ménos necesario el que se realicen otras circunstancias. Tal propuesta ha de serlo formal, positiva, dirigida á la ejecucion del acto punible. Nada de ambages, nada de rodeos, nada de dudas, en este otro punto. *Propone su ejecucion*—son las palabras legales. Si no hay propuesta decidida, falta la base del nuevo delito. Si no es la *ejecucion* lo que se propone, tampoco es el caso previsto y penado por la ley.

27. »Una sola observacion general basta que hagamos aquí. Por regla ordinaria y comun, ni las conspiraciones ni las proposiciones de delinquir están sujetas á pena: si, pues, algunas de ellas, por excepcion, se castigan, necesario es que esa excepcion recaiga sobre hechos cuya clase, cuya esencia, cuya índole punible, no sea nadie capaz de poner en duda. La ley es sumamente cuidadosa en sus definiciones: nosotros debemos ser sumamente severos en su aplicacion *Odiosa sunt restringenda*.

## II.

28. »La doctrina establecida en este artículo es ciertamente clara: fáltanos solo considerar si es justa, y si está colocada convenientemente. —¿Está bien dictada la regla? ¿Es oportuno que esa regla tenga excep-

ciones? ¿Debian consignarse éstas aquí como principio, salvo el declararlas é individualizarlas despues? ¿Son legítimas y bien entendidas las definiciones que se les dan?

29. »La regla es—ya lo hemos visto—que las conspiraciones y las propuestas de delinquir no deben perseguirse ni pensarse. La regla es que aun esos mismos *conciertos* entre dos ó mas personas, esas propuestas formales para lo que uno está resuelto á hacer, no sean actos punibles. ¿Qué dice sobre este punto la razon? ¿qué aconseja el cálculo reflexivo? ¿qué dispone la ciencia?

30. »Basta considerár un instante cuáles serian los resultados de la doctrina contraria, para comprender que lo dispuesto por la ley es precisamente lo que la aconsejaba el buen sentido.

31. »Difícil hasta no más esa investigacion de actos que no dejen ordinariamente señal alguna de su comision; de actos que siempre pasan en el misterio, de actos que no pueden conocerse sino en virtud de indagaciones peligrosas, y que por otro lado están aún harto lejos de la ejecucion del delito á que se encaminan; no puede caber duda en que seria un grave mal multiplicarla á todos los casos, admitirla como posible respecto á todos los delitos, á todas las infracciones de la ley. Más de una vez se han indicado los límites que circundan á ésta, y que ponen toco á sus pretensiones, aun las mas morales. Pues ellos son los que tambien la sujetan en este punto, y la obligan á prescindir de lo que en otro caso hallaríamos conveniente. La conspiracion, tal como en este artículo se define, es sin duda alguna un acto inmoral, como es inmoral la resolucion de delinquir, y para ser mas vituperable que esta otra, y para poder caer bajo la autoridad de la ley, tiene la circunstancia de ser un hecho externo, de ser una *accion*, condicion precisa del delito. Mas *accion*, y *accion inmoral*, sin ningun género de duda, todavía es menester que no nos decidamos por regla general á señalarla con aquel carácter. Por los bienes que esa justa severidad nos acarrearía, fueran muchos y muy graves los males que la sociedad hubiera de sufrir. Ya lo hemos dicho más de una vez: hace bien, hace lo que debe, cuando de ordinario no trata de inquirir semejantes hechos.

32. »Solo en delitos que la interesan gravísimamente; solo en delitos que no recaen por lo comun sobre particulares, sino que la hieren en su esencia, y la trastornan en su ser; solo en delitos que apenas pueden herirse en otro estado que el de conspiracion, porque cuando pasan á más casi pierden el primitivo, para llamarse revoluciones; solo en esa esfera, en la que dolorosamente ha sido necesario rodear la fuerza pública de un enjambre de agentes investigadores, y hacerla descender, por mas que sea repugnante y amargo, á los secretos de la intimidad; solo en esos difíciles y graves delitos, en que se disminuyen aquellos inconvenientes por lo que se aumenta el peligro de la explosion, y en que es necesario evitar ésta por cualquier medio y á toda costa, pues que todo es ménos malo que el que estallen y se realicen; solo en tales casos, de-

imos, puede aconsejar la razon calculadora y reflexiva el que de hecho se admitan y juzguen por actos criminales la preparacion de uno y otro género de que vamos hablando, la conspiracion, y la proposicion para delinquir.

33. »Es, pues, justa la regla de la ley, y es desgraciadamente necesario que esa regla tenga excepciones. Si lo son, de hecho, las que el Código señala, eso ya lo veremos en los artículos en que las señale.

34. »No es tan claro de resolver si semejantes disposiciones debian consignarse en este lugar, ó en el correspondiente á los delitos, respecto á los cuales son penadas la conspiracion y la proposicion. Este punto, á la verdad, no tiene una importancia decisiva. Aquí, tras de la tentativa y del delito frustrado, no se puede desconocer la ilacion del artículo presente. Á la cabeza de los capítulos que tratan de ciertos crímenes, tambien se hallaria en oportuno lugar. Las cuestiones de metodo tienen siempre un poco de latitud en las ciencias morales, y en cuanto de ellas se deriva; y no seremos nosotros los que nos hayamos de mostrar severos en este punto, cuando no tengamos otra razon para censurar obras ajenas. Es cuestion que no merece el trabajo de plantearla.

35. »Vengamos, por último á las definiciones de la conspiracion y de la proposicion del delito. Hemos reconocido ya que son claras: veamos ahora si son justas.

36. »Ante todo, queremos advertir que el Código de 1822 llamaba *conjuracion* á lo que se llama *conspiracion* en el presente. Quizá aquella palabra, literariamente hablando, era de genealogía y procedencia mas española. *Conjurados* se llamaron siempre por nuestros buenos hablistas á los que se concertaban en el misterio, para cometer esos crímenes de gran importancia, á que se aplica hoy la idéa de conspiracion. Pero este otro término ha prevalecido modernamente, es el adoptado en los libros de la ciencia, es el que tiene ahora curso en la sociedad. La ley, que no debe presumir de purista, ha hecho bien en adoptarle y emplearle.

37. »Por lo que hace á la exactitud de las definiciones mismas, dueña la ley de ordenarlas segun le pluguiere, y pudiendo comprender mas ó ménos circunstancias en cada idea, como que no son nombres dados á seres materiales los que explica, claro está que nunca habria derecho de acusarlas absolutamente de inexactas ó incompletas. Mas aun así mismo, la comparacion con otras definiciones semejantes es una piedra de toque, por la que se puede juzgar del mérito ó demérito, de la perfeccion ó imperfeccion de la de nuestro Código.

38. »El mismo que hemos citado antes—el de 1822,—y el francés, convienen con el nuestro en el sentido que dan á la idéa de conspiracion—conjuracion segun uno, *complot* que la llama el otro—para los casos en que ha de ser condenada y penada. Entrambos quieren lo mismo que el artículo que examinamos. Aquel dice que ha de haber *resolucion tomada para cometer* el delito. Este dice que se ha de haber *concertado* y

*fijado* la propia *resolucion*. Se vé, por consiguiente, que la idea es la misma, que la doctrina es una y general.

39. »Alguna circunstancia más parece que añade aún el código de Nápoles. No solo es necesario segun éste que se haya resuelto la ejecucion del delito, sino que se hayan *concertado* y *fijado los medios* de obrarle. Segun sus palabras, pues, interin no se esté acorde en esto último, es decir, en los medios, el concierto solo y la resolucion general no bastan para constituir conspiradores á los que se reunen con aquel propósito.

40. »Sin embargo, no olvidemos que nuestra ley exige el *concierto*, no para el delito sino para la *ejecucion* del delito; y que esa palabra *ejecucion* ha de incluir ordinariamente los medios de llevar aquel á cabo. Solo por medios, y con el auxilio de medios, se ejecutan las cosas materiales, las que no son de pura voluntad. Pudiera, por tanto, decirse, que no habrá nunca ó casi nunca concierto sobre la ejecucion, sin que le haya contemporáneamente sobre los medios con que se ha de realizar el propósito.—Si alguna vez, empero, no sucediese así, si esos dos acuerdos pudieran separarse, y de hecho se separan, no cabe duda en que nuestro Código penaria una accion que no penara, de seguro el de Nápoles. Aquel sería quizá mas filosófico; pero este fuera, ó por mejor decir, es en semejante precepto, mas humano.

41. »En cuanto á la proposicion para delinquir, las circunstancias que hemos notado explicando el texto de nuestra ley, son tan bien pensadas como importantes. Es menester que sean proyectos serios los que llamen la atencion de la justicia, y merezcan la repension de las leyes. Solo cuando existan la resolucion de obrar en el proponente, y la formal y reflexiva propuesta, es cuando no se podrá temer el haberse dejado arrastrar de vaguedades é ilusiones, y el haber hecho mas mal con el castigo, que el que podía temerse del presunto y tal vez ridículo crimen.»

### III.

42. Hasta aquí habíamos escrito en 1848, teniendo que comentar el primitivo artículo. Se ve, pues, que le habíamos aprobado, y que habíamos querido justificarle: le teníamos por exacto en sus ideas, por acertado en sus preceptos.

43. Otros no lo creyeron así. Preocupáronse con peligros que habia de traer á la sociedad el no penar esas acciones que tambien nosotros reconocíamos como malas; y tuvieron en ménos las dificultades, que por nuestra parte creíamos descubrir en llevar la investigacion á esas difíciles esferas. Quizá, sobre todo, la idea de los delitos políticos era la que los dominaba, y la que aún á pesar suyo, imprimia en sus ánimos el sentimiento de la desaprobacion ó lo ordenado en el artículo.

44. Como quiera que fuese, la reforma realizada en 1850 varió, segun se ha visto, al tenor de su precepto; y nos dió por regla lo contrario de lo

que nosotros aprobáramos. La legalidad actual es la que dejamos consignada en el lugar oportuno. Hoy es regla, hoy es cánón de nuestra justicia la penalidad de las proposiciones y conspiraciones para cometer todo género de delitos. Se ha prescindido de lo que juzgáramos buena teoría; se han dejado aparte los antecedentes, el Código francés, el del Brasil, el de Nápoles, el de 1822; se ha tomado un camino mas estrecho y riguroso que el de ninguna otra legislacion; se ha llevado la severidad á donde parecia imposible que se llevase. Algunos instintos habrán quedado satisfechos; algunos escritores han aplaudido con orgullo y delectacion. Nosotros bajamos nuestra frente; pero no podemos aprobar.

45. Y no somos solos en este sentimiento. El informe del Colegio de Madrid piensa y habla como nosotros, segun verán nuestros lectores por el mesurado y razonado juicio, que nos permitimos copiar seguidamente.

46. «La Junta prefiere (dice el mencionado Informe) las disposiciones primitivas del Código, por lo que hace á la proposicion y conspiracion, á las que en la última reforma las han sustituido.—Enhorabuena que en algunos crímenes difíciles de reprimir, y de gran trascendencia al orden y á la seguridad del Estado, se castiguen, como por excepcion, actos preparatorios, que no han llegado aún á ser principio de ejecucion del delito, viniendo así á ser delitos *sui generis*. Mas establecerlo como medida general, es riguroso en demasía, porque solo por muy graves razones, en muy pocos casos, y en los delitos para cuya realizacion suelen intervenir muchas personas, puede autorizarse la severidad extremada de castigar al que en realidad no ha empezado á ejecutar el delito. De la proposicion y aun de la conspiracion á la ejecucion, hay á las veces una gran distancia. Basta, quizá, que no acepte la persona á quien se hace la propuesta, para que quede el proyecto criminal reducido á la manifestacion del deséo de delinquir: basta tal vez igualmente que alguno ó algunos de los conspiradores disientan de los otros, cosa muy frecuente, para que no tenga principio la ejecucion del delito. Si se agrega á esto lo peligroso que es en la simple proposicion dar á palabras pronunciadas quizá en momento de acaloramiento y sin premeditacion ni intencion bastantes, un carácter que no tienen; interpretarlas ó entenderlas el que de ellas depone, de diferente modo y en sentido diverso del que encerraban cuando fueron emitidas, se conocerán los inconvenientes que se originan de establecer como doctrina general, la que solo debe ser excepcion en casos determinados.—Parecidos, si no tan graves, son los peligros que resultan de considerar punible por regla general la conspiracion.—Y, ¡cosa singular! el Código que, en el caso de que ya se haya dado principio á la ejecucion del delito, declara libre de pena al que cesa en él por su propio y voluntario desistimiento (art. 3.º), exige que para que el desistimiento de la conspiracion ó proposicion exima de pena, se dé parte y se revele á la autoridad pública el plan y sus circunstancias, ántes de haber comenzado el procedimiento; lo que equivale á decir que se exigen mas condiciones para evitar la responsabilidad criminal en el

que propuso ó conspiró para delinquir, que en el que empezó á delinquir. — Otro inconveniente se sigue de la disposicion del Código, á saber, que el que cuando proponia ó conspiraba, tenia que denunciar el hecho y sus circunstancias para no ser penado, consigue esto mismo si comienza á ejecutar el delito, y desiste voluntariamente de él. — Y ¿qué se dirá de la disposicion del artículo 62, en que iguala para la penalidad, la conspiracion con la tentativa? La Junta créa que esto es destruir en parte la obra del Código, que, siguiendo la generacion del delito, va graduando sucesivamente la responsabilidad en que incurre el criminal, procurando separarle de su mal camino; propósito á que se falta cuando se igualan en la penalidad los actos preparatorios con los que son ya principio de ejecucion.»

47. Hemos querido copiar íntegramente esta parte del Informe del Colegio, porque nos parece decisiva, así en el terreno de la teoría, como en el de la práctica. Despues de ella, el artículo, tal como está, no deja de ser la presente ley; pero debemos lisonjearnos de que si debió su origen á preocupaciones y ligereza, destacándose de una obra sistemática que desfiguraba y contradecía, no podrá tardar mucho sin ser corregido como conviene, por una madura reflexion, y reducido de nuevo á lo que inspiran el buen sentido y la ciencia, que será lo mismo ó algo análogo á lo que existió primitivamente.

#### Artículo 5.º

«Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.»

#### CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—Art. 3. *Las tentativas de delitos—(tégase presente que no es lo mismo que crímenes)—no son consideradas como delitos sino en los casos determinados por una disposicion especial de la ley.*

Cód. napol.—Art. 71. *Las tentativas..... de contravencion no son imputables sino en los casos en que especialmente lo determina la ley.*

#### COMENTARIO.

1. Si la tentativa del delito y el delito frustrado han merecido á la ley la severa calificacion de actos punibles, la tentativa de falta y la falta

frustrada le han merecido, por el contrario, no una declaracion de inocencia, pero sí una exencion de penalidad. Para castigar la falta, es necesario que la falta se haya cometido, que la falta exista. No basta el intento, no basta el principio de su ejecucion.

2. En hacer esta declaracion terminante, la ley ha obrado con prudencia, para que no se desconociesen nunca ni pudieran ponerse en duda sus intenciones: en resolverse de ese modo, en concebir la idea de tal principio, no solo ha sido prudente y oportuno, sino que ha sido justa, y ha pensado con acierto, y ha reconocido y respetado sus límites. Lo que nuestro Código llama falta, no debe ser penado por el solo conato de cometerla.

3. ¿Qué es, sino, la falta? Hasta aquí podemos decir que es la division ménos grave de los hechos punibles; pues que como tal, y contrapuesta á delito, nos la ha señalado el artículo 1.º En el 6.º, que vamos á ver y examinar en seguida, encontraremos que mientras se designa con este último nombre (delito) todo género de accion ú omision á que la ley destina penas afflictivas ó correccionales; aquel primero (falta) solo se aplica ó dá á los hechos, tambien de comision ó de omision, á que la ley tiene señaladas penas *leves*. Leve, pues, será indispensable que estimemos la culpa que en él se encierra, cuando leve es la penalidad que la ley le ha preparado.

4. Ahora bien: cuando se trata de acciones de este género, de preceptos muchas veces de verdadera policia, mas bien que de verdadera moralidad; el legislador debia limitarse á lo que para su represion fuera absolutamente preciso, todavia con mas empeño y encerrándose en mas estrechos límites, que si se tratara de acciones en realidad criminales. La persecucion de la tentativa, imposible aquí en muchos casos, no estaria justificada en ninguno, porque no existiendo, ó siendo levisima é inapreciable la alarma que esa tentativa causase, nos expondríamos á que el remedio tuviera mas inconvenientes, ó produjera mas agitacion y y mas considerables perjuicios que el mismo mal.

5. Esta consideracion, que ya hemos indicado alguna vez, es uno de los principios que no pueden perderse de vista en la formacion de las leyes penales. Necesario es evitar, cuanto sea posible, el lujo en estas, como en los procedimientos que disponen: necesario es que los bienes que de ella se aguardan, no sean tristemente compensados y excedidos por la vejacion y los males que ocasionan. Imaginarse que hemos de llegar nunca á un estado en que la sociedad no tenga que sufrir pequeñas é irremediables molestias, es una utopia y un absurdo. Con ella nos ha de suceder, lo que con el estado material y físico de nuestro cuerpo nos sucede. La perfeccion en sus relaciones morales es como la salud absoluta en las relaciones físicas de éste: esa omnimoda salud casi nunca se logra, porque siempre ha de haber pequeñas incomodidades que se nos hagan sensibles. Mas, siguiendo la comparacion, dirémos que, así como seria un loco el que llamase á la medicina para remediar esos pequeños

males, que transitoria y levemente le afectan, sin impedirle el uso de sus funciones, ni causarle un verdadero dolor; así también procedería des-acordado el que pidiese á las leyes el castigo ó la represión de todo lo que no es absolutamente justo, y quisiera llevar sus cien brazos y sus cien ojos á escudriñar y perseguir, no solo los hechos leves, sino aun los intentos no consumados, los propósitos frustrados de semejantes hechos. Si tales propósitos, de por sí, causasen ya un mal digno de consideración, entónces será que los hechos á que se dirigian, no estarán bien calificados de leves: entónces será que deberían ser delitos y no faltas. Si por el contrario, solo eran y solo debian ser del género de estas, su tentativa no ha de ser cosa tan grave que no pueda dejarse en olvido y oscuridad.

6. Esta misma ha sido la doctrina de la legislación francesa. Segun ésta, la tentativa de crimen siempre es un acto punible; la de delito solo lo es cuando expresamente se declara. Ni una palabra dice de la tentativa de contravención; y es por tanto notorio que no la reconoce, como hecho digno de pena. Aun la de delito no lo es siempre y en todos los casos, sino que ha menester declaración especial para ello. No creemos, sin embargo, que nuestros lectores acusen de suave al código francés.

7. Aprobamos, pues, plenamente el artículo que nos ocupa, por la doctrina que contiene; y le aprobamos también, como se dijo ántes, por haberla consignado. Bueno es que no haya duda en los principios del derecho. Con todo, aun sin el artículo mismo, la verdadera inteligencia no podia ser otra. Recordemos que nada es punible sino lo que la ley declara como tal. Lo es en ciertos casos la conspiración, lo es la proposición de delinquir, porque existen declaraciones análogas. La tentativa de falta no lo debería ser nunca, ínterin no se declarase de la misma suerte que aquellas otras acciones. Si la idea de falta se comprende en nuestros discursos bajo la de delito, en la ley, en sus artículos fundamentales, no es ni puede ser así. Su tentativa sería impunible, toda vez que la ley no la hubiese penado.—Y sin embargo, volvemos á repetirlo, ningun mal hay en este renglon, que si no es necesario para evitar un yerro, puede ser útil para evitar una disputa.

#### Artículo 6.º

«Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas afflictivas.

»Se reputan delitos ménos graves los que la ley reprime con penas correccionales.

»Son faltas las infracciones á que la ley señala penas leves.»

### CONCORDANCIAS.

Cód. franc. Véase la concordancia á nuestro artículo 1.º

Cód. aust. Véase la concordancia á nuestro artículo 1.º—Artículos 2, 3, 4 y 5 del mismo cód. aust.

Cód. napol.—Art. 6. *La infracción sometida á penas criminales se llama crimen (mis fatto).*

*La infracción sometida á penas correccionales se llama delito.*

*La infracción sometida á penas de policía se llama contravención.*

### COMENTARIO.

1. En un libro de ciencia ó de doctrina, los dos primeros párrafos de este artículo hubieran debido redactarse en un sentido y con una expresión absolutamente contrarios. En vez de decir: delitos graves, los que se castigan con penas afflictivas; delitos ménos graves, los que se reprimen con penas correccionales,—habriase dicho: penas afflictivas, para los delitos graves; penas correccionales, para los que no lo son tanto. Esto es: que si aquí se definen los delitos por las penas, allí se habrían buscado las penas para los delitos. Precisamente el orden inverso en las ideas y en las expresiones.

2. Y sin embargo, una y otra cosa habrían sido y serian como deben ser. La doctrina sirve para hacer la ley, pero no es la misma ley: los caracteres de ésta son otros y muy distintos. Aquella parte de la moralidad de las acciones para deducir la criminalidad: ésta tiene que señalar esa criminalidad misma, por accidentes materiales y tangibles. Aquella dice: el delito es la violación de los deberes; y ésta tiene que decir: el delito es la infracción de mis preceptos. Aquella clasifica las acciones por el mal que causan; ésta, por la pena en que hacen incurrir.

3. Habia dicho el art. 1.º que era delito ó falta toda acción ú omisión penada por la ley; y nosotros, en su Comentario, habíamos dado plenamente nuestro asentimiento á esa práctica y usual definición. La ley hace bien—habíamos dicho—en definirlos de ese modo, en enseñarlos con

ese carácter visible, siempre que ella cumpla con sus deberes, y no prohiba ni imponga penas, sino á lo que la conciencia, la razon, la reflexion, los principios de la naturaleza humana y de la utilidad pública le señalen como penable.

4. Mas allí habian quedado confundidos el delito y la falta. Uno y otro se hallaban mezclados en la definicion, y por consiguiente era menester separarlos y distinguirlos. Tanto mas urgente era completar así la obra de sus respectivas explicaciones, cuanto que ya, en los artículos que se refieren á la tentativa y á los males frustrados, habíamos dado principio á establecer diferente derecho para los unos y para las otras. Ni un solo momento podia tardar esa declaracion.

5. El artículo que examinamos, contiene todavía algo más. No solo dice que son faltas las infracciones á que señala la ley penas leves, y que son delitos las que la misma ley reprime con penas correccionales ó castiga con penas afflictivas; sino que hace tambien distincion entre estos propios hechos, y llama delitos ménos graves á los de la primera especie, y delitos graves á los de la segunda. La division no tiene solo dos miembros, tiene tres.

6. Si hemos de decir la verdad, lo uno y lo otro no era absoluta ni igualmente necesario. Éralo distinguir los delitos de las faltas, como que una y otra expresion habian comenzado á usarse, se habian de usar de continuo en el Código, y convenia y era urgente que de cada cual de ellas se pudiese hablar con exactitud. Pero la division de los delitos entre sí, muy rara, y no absolutamente necesaria aplicacion habia de tener en la ley. Ciertamente que al leer sus escalas, se concibe bien que hay diferencia en la gravedad de aquellos; ciertamente que no solo en dos clases, sino en mil diversas categorías, se pueden ordenar y agrupar, si queremos entretenernos en tales clasificaciones. Esa distincion, pues, ni era necesaria por lo que hemos visto en los artículos que preceden, ni absolutamente lo era por lo que tenemos que ver, en cuantos nos quedan de todo el Código.

7. Y sin embargo, no puede suponerse que haya procedido solo de un gusto escolástico por las divisiones. Algo de útil y de práctico debia percibirse en ella, cuando jurisconsultos como los que componian la comision que lo ha formado, la aceptaban y la consagraban.

8. Fácilmente se recordará lo que en el comentario del art. 1.º (números 9, 10 y 11) hemos dicho, sobre la division de los actos punibles adoptada por la ley francesa. Allí se explicó que la causa de aquellos tres nombres, contravencion, delito y crimen, no era otra que una razon de procedimiento, una consecuencia de tener establecidos, ó pensar establecer tres órdenes de tribunales, para penarlos, habiendo de conocer cada cual de un género, con exclusion ó inhibicion de los otros. Pues bien: algo semejante ha ocurrido á los autores de nuestra ley: algo análogo en la causa los ha llevado, no á la misma, pero á una parecida consecuencia. Si no se ha pensado en crear tres distintas jurisdicciones co-

mo en la nacion vecina, háse pensado, sí, en que podria haber diferencias bastante graves en la sustanciacion, tal vez grados diversos, segun las penas que á los delitos hubieran de imponerse, y se ha creido ver una division oportuna en esa de la mayor ó menor gravedad, comparativamente con los castigos de mayor ó menor importancia.

9. Verdad es que la idea no está desenvuelta en este Código; pero á él deben seguirse los restantes, sobre todo el de enjuiciamiento criminal; y siempre que para éste sirvan las bases divisorias que aquí sentamos, ninguna crítica justa, ninguna censura puede hacerse con razon de ellas. Partes de un sistema y de un todo, por el sistema entero, y no solo por sí, es como se las ha de juzgar. Basta que en sí propias, sus divisiones, como sus declaraciones, no sean absurdas.

10. En cuanto á esto, nadie lo pretenderá respectivamente á la que examinamos. Puede decirse que la division de delitos graves y de delitos ménos graves no es conducente en la práctica de este Código mismo; pero nadie puede decir que no es verdadera. Considerados en sí propios, unos delitos tienen mas trascendencia, mas inmoralidad, mas gravedad que otros, bajo todos aspectos. Considerados con relacion á las penas, como los considera el artículo, no se puede dudar que sobre unos recaen penas afflictivas, y sobre otros penas correccionales, desde que las hay de entrambos géneros. De todos modos, por consiguiente, la division es exacta. Aun algunos casos se encontrarán en que la use la ley; y si bien hubiera sido posible pasar sin ella, encontrando otro modo de decir el mismo pensamiento, nunca podemos criticar que se haya empleado uno que, como éste, es breve y expedito.

11. Ahora; si se quisiere saber, y se preguntase, qué son penas correccionales, y qué penas afflictivas, voces empleadas en las definiciones del artículo actual,— nos limitariamos con remitir al lector al 24, que comprende la escala de unas y de otras.

12. Por lo demás, es digno de consideracion el cuidadoso empleo de las palabras que se usan en este artículo. Todas están escogidas con suma atencion, con particular esmero, á fin de no expresar otra idea que la que se quiere, y de diferenciar por pequeños accidentes lo que solo en pequenez debe diferenciarse. Pudiera calificarse este esmero de buena y atinada coquetería de redaccion.

13. En primer lugar, así en el párrafo 1.º como en el 2.º, empléase la locucion de *se reputan*, hablando de los delitos graves y de los delitos que no lo son tanto: mientras que en el 3.º se dice *son*, cuando se va á hablar de las faltas. La ley comprende que debe usar de este término decisivo cuando quiere definir lo que debe definirse; y que por el contrario, no debe usarlo en una distincion que no aparece completamente justificada, y que en cierto modo necesita pedir se le tolere. Como apenas va á hablar despues de delitos graves ni menos graves, como al ménos no tiene precision de hablar de ellos, no quiere adoptar el tono preceptivo, y no dice que *son*, sino que *se reputan*. En cuanto á las faltas, há menes-