

jueces para que restrinjan, sino para que aumenten las atenuaciones que ella había señalado: adviértase que, aun en este mismo prudencial arbitrio con que los decora, les da reglas para que sujeten su sentir y su fallo.

10. Los motivos de esas posibles atenuaciones no han de ser unos motivos cualesquiera, sino que han de guardar *analogía*, y han de ser de la *propia entidad* de los señalados ántes. Vago es ciertamente ese precepto, como que aquellos se derivan de diversas causas, y no tienen todos el mismo valor; mas al cabo, ya es una regla, ya es un dato que la razón ha de consultar, ya es un obstáculo que se levanta, para que la arbitrariedad no se desboque sin freno. El peligro no sería nunca una impunidad completa, sino una rebaja de ciertas penalidades; y este peligro mismo se disminuye con aquellas condiciones en que se ha de fundar la sentencia. Verdad es que al cabo tenemos que acudir al buen sentido y á la razón, para determinar lo que no está fijado sino de esa manera genérica; pero no olvidemos nunca que la razón es el criterio general de las apreciaciones morales, y que por más que desconfiemos de ella, á ella hemos de venir en último resultado en todas las obras de esta especie.

11. El problema era aquí, como tantas veces lo es, una elección de los menores inconvenientes, de los menores males. Á nosotros nos parece que abandonando la severidad lógica, y refugiándose en este sistema mixto que el buen sentido le inspiraba, lo ha resuelto la ley del mejor modo posible (1).

CAPÍTULO CUARTO.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1. Desde el momento en que admiten como posibles las circunstancias atenuantes de los delitos, no puede haber duda en que la razón ha de concebir también sus circunstancias agravantes. El delito se compara en ese sistema, según creemos haber dicho, á un número, capaz de aumento y de disminución: si lo atenuante es lo que lo mengua, también debe haber agravante que lo redoble. Su idea fundamental admite recargo, como admite sustracción: desde su tipo medio y abstracto pueden señalarse grados numerosos, hácia la inocencia, de una parte; hácia un infinito de horrores, de la otra.

2. Mas aunque la razón concibe semejantes agravaciones, todavía

(1) «Convendría además añadir (dice la Junta del Colegio de abogados) á las circunstancias atenuantes la de la irrepreensible conducta anterior del procesado, la de presentarse y confesar su delito pudiendo ocultarse ó sustraerse por medio de la fuga de las persecuciones judiciales, la de haber reparado ó procurado reparar el mal causado, y atajado ó procurado atajar sus consecuencias.»—Estamos de todo punto conformes con esta indicación.

puede ser un problema si los ha de consignar la ley. No cabe duda en que ésta tiene que limitarse en ciertos puntos, y dar por igual para sus preceptos todo lo que se encuentre mas allá. Depende eso de que sus medios son limitados, y no admiten la subdivisión inmensa, las modificaciones inacabables de las acciones humanas. Una misma pena tiene que servir para mil delitos diferentes: pasado cierto límite, aquella toca el máximun de la gravedad; éstas pueden seguir todavía aumentándose sin fin y sin término.

3. De estas consideraciones obvias, indisputables, se sigue naturalmente una cosa: que la razón ó la inteligencia pueden concebir que existan circunstancias agravantes en los delitos, y sin embargo puede también ser oportuno que la ley no hable de ellas, que la ley no las reconozca. La ley debe arreglarse á la razón, sobre todo no contradiciéndola: pedir que la siga paso á paso en sus pormenores y detalles, es pedir muchas veces un imposible, es pedir alguna vez lo que trae mas que bienes perjuicios.

4. Por eso no hay de hecho circunstancias agravantes en algunas legislaciones. Lo que aumenta á nuestros ojos la idea del delito se ha mirado en ellas ó como parte ordinaria de esa idea misma, ó como accidentes imponderables, que no varían su esencia ni deben influir en su penalidad. Cuando era tal la circunstancia que no podía ménos de tomarse en consideración, háse preferido el formar con ella un delito diverso, especial, mayor que el delito comun á que se refiere. Se ha consignado el parricidio como distinto crimen que el homicidio: se ha penado el sacrilegio—la sustracción de vasos sagrados—como diferente delito que el robo.—Fuera de esos casos especiales, á que se ha dado su nombre y su penalidad particular, la doctrina de las circunstancias agravantes no ha sido admitida por tales leyes.

5. La nuestra empero no ha procedido de ese modo. Sus pretensiones artísticas no la han abandonado en este punto. Este capítulo que vamos á examinar, comprende la larga lista de esas circunstancias, mayor quizá que en ninguna otra ley. No ha huido ella del problema que indicábamos poco hace: le ha contemplado cara á cara, y se ha resuelto con decisión á vencer sus dificultades.—Después veremos, en los lugares oportunos, cómo y con qué éxito han sido vencidas y superadas.

6. Sin embargo, en algunos puntos ha abandonado la ley este sistema general, y ha seguido parcialmente los usos autorizados por una inconcusa costumbre. Ya encontraremos, por ejemplo, que se habla en ella del parricidio como de un crimen propio, en vez de limitarse á considerarlo como el delito de homicidio general, con ciertas circunstancias agravantes. Y no será ésta la única ocasión en que la veamos seguir ese discordante camino. O la fuerza de los hábitos, ó razones que procuráremos investigar, hallaremos que la impelen y conducen por él.—¿Será en esto digna de censura? ¿Será, por el contrario, digna de alabanza? No es ocasión de decirlo en este instante.

7. Basta por ahora de consideraciones generales sobre esta materia. Después del exámen de todo el artículo nacerán naturalmente, y tendrán su oportuno valor, las que el exámen del mismo artículo hubiese inspirado.

Artículo 10.

«Son circunstancias agravantes:

»1.^a Ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, ó afín en los mismos grados del ofensor.»

«2.^a»

CONCORDANCIA.

Partidas.—L. 8, *tít.* 31, *P.* VII.—Véase en el Comentario al epígrafe del anterior capítulo, núm. 8. (c).

Cód. brasil.—Art. 16. *Hay circunstancias agravantes:*

7.^a *Cuando el ofendido tiene la cualidad de ascendiente, de maestro, ó de superior del delincuente, ó cualquiera otra cualidad que le coloca en la posición de un padre respecto al último.*

COMENTARIO.

1. Duélenos decirlo; pero nos parece sumamente desgraciada, y aun errónea, la redacción de este *número* primero. Inspirado por un sentimiento tan justo como natural, ha escogido mal las palabras, y se ha expresado con tal extensión que contradice á otros sentimientos y aun á otros artículos del Código.

2. Cuando se comete un homicidio en un padre, en un hijo, en un cónyuge, en un hermano, nosotros convenimos que estas circunstancias deben ser agravantes del crimen. A haberse hecho el *número* para esos casos solos, nada tendríamos que oponer á su exactitud. Pero precisamente para tales casos no era menester hacerlo; porque semejantes homicidios son crímenes especiales según la ley, y tienen en ella su nombre y su penalidad particular. De esos homicidios no se dice técnica-

mente que tiene circunstancias agravantes; se les llama *parricidios*, y como tales se les castiga.

3. Pero supongamos otros casos, otros delitos menores. Tratemos de injurias, tratemos de robos. Si es cierto que la ofensa hecha á un padre sea mayor que la hecha á un extraño ¿diremos también que lo sea la hecha por un padre á su hijo, por un marido á su mujer? ¿Es cierto tampoco que se siga el mismo resultado de agravación en los robos de tan íntimos parientes? ¿No es precisamente lo contrario la verdad? ¿No dice después la ley que en semejantes casos no ha habido robo?

4. Luego la fórmula sintética de que usa el *número* es completamente inexacta. Esos íntimos parentescos no agravan siempre los delitos. Á veces, por el contrario, los disminuyen. (1)

5. La verdad pudiera ser que, cuando no los disminuyen, los agravan. Aquellas relaciones estrechas hacen que tales personas no sean para nosotros lo que son las demás. Hay entre los parientes lazos de amor, de superioridad, ó de dependencia, que no pueden ménos de traer algún resultado en la esfera del crimen. Ó le elevan, ó le rebajan: no pueden dejarle vulgar, ordinario, comun.

6. Ordinariamente rebajan, y aun á veces extinguen la responsabilidad de los delitos, cuando éstos se ejecutan de un modo directo *sobre cosas*. Véase, si no, el artículo 468. Según él están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente á la civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que se causaren, los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos ó cuñados de la persona hurtada, defraudada ó dañada. Así lo dice de un modo expreso. Las razones las examinaremos y las aprobaremos cuando lleguemos allá: desde ahora, semejante disposición echa por tierra la generalidad con que está concebido éste número, al ménos en los delitos que sobre la propiedad recaen.

7. En los que hieren directamente *á las personas*, ya hemos hecho notar que cuando llegan al último extremo, el parentesco es efectivamente una agravación; pero en los grados inferiores, en las heridas, en los golpes, en las injurias, la agravación no depende del parentesco solo, sino del parentesco con superioridad. La redacción concordante del código del Brasil nos parece mas exacta y verdadera. «Hay circunstancias agravantes—dice aquel—cuando el ofendido tiene la cualidad de ascendiente, de maestro ó de superior del delincuente, ú otra cualquiera que le coloca en la posición de un padre respecto al último.» Esto es cierto é incuestionable, salvo en el caso de lesión en los bienes, que acabamos de presentar. Aquí no es sólo del parentesco, sino de éste unido con la superioridad, de lo que se deduce la agravación. Cuando el paren-

(1) El informe del Colegio apoya esta idea nuestra y pide que este «número» se traslade á las circunstancias atenuantes.

tesco va sin ella no influye para el aumento de tales delitos; cuando por el contrario, ya unido á la inferioridad, lejos de agravar el mal, lo atenúa. Un padre puede respecto á su hijo más que respecto á un extraño. Lo que hecho contra un padre será crimen horrible, volvemos á repetir que hecho contra un hijo apenas traspasará los límites de lo tolerado.— Se exceptúa siempre ese último término, que la ley declara un delito especial. Mas por lo mismo que lo es, repetimos, no se necesitaba de este número para tales acciones.

8. ¿Qué dirémos, en resumen, acerca de este número mismo, de su aplicación, de su práctica?—Dirémos que, reconociendo el espíritu que lo ha dictado y lo excesivamente extenso de su letra, no nos empeñáremos en realizarla con rigor y en todos los casos que materialmente caben en sus disposiciones. Dirémos que es menester concertarla y armonizarla no sólo con los demás preceptos explícitos de la ley, sino con los que se deducen de sus principios, de sus doctrinas, del espíritu general y constante que la inspira toda. Dirémos, en fin, que convencidos de que la expresion material no ha sido aquí acertada, la subordinarémos y limitarémos en caso necesario por esas otras consideraciones, á las cuales no podrémos oponer el mismo defecto. Para eso se nos ha dado la razon. Eso es, ya lo hemos dicho, la jurisprudencia: *non legum verba tenere, sed vim et potestatem.*

Artículo 10. (Continuacion.)

«2.ª Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra á traicion ó sobre seguro (1).»

«3.ª»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—L. 3, tit. 27, P. VII.—*Asesinos son llamados una manera que hay de homes desesperados et malos, que matan á los homes á traicion, de guisa que se non pueden dellos guardar. . . . Otrosi decimos que los asesinos. . . . deben morir por ende.*

(1) La primitiva redaccion de este número decia «á traicion y sobre seguro.» Algunos creyeron que esa fórmula copulativa indicaba la necesidad de que concurriesen entrambas circunstancias. Aunque no lo creímos nosotros, preferimos por mas clara la expresion actual.

Fuero Real.—L. 2, tit. 17, lib. IV.—*Todo home que matare a otro a traicion, o aleve, arrástrele por ello, e despues enforquenlo: e todo lo del traydor háyalo el rey, y del alevoso haya la meitad el rey, e la meitad los herederos: e si en otra guisa lo matare sin derecho, enforquenlo, e todos sus bienes herédenlos sus herederos, e no peche el homecillo.*

Cód. franc.—Art. 296. *Todo homicidio (meurtre) cometido con premeditacion ó alevosía (guet-apens) es calificado de asesinato.*

Art. 298. *La alevosía (guet-apens) consiste en esperar mas ó ménos tiempo, en uno ó en diversos lugares, á un individuo, sea para darle muerte, sea para ejercer con él actos de violencia.*

Cód. brasil.—Art. 16. *Hay circunstancias agravantes:*

12. *Cuando el crimen ha sido precedido de una emboscada, en uno ó en muchos lugares, con la esperanza de que cayera en ella el ofendido.*

COMENTARIO.

1. Segun este número parece que alevosía y traicion son en nuestra nueva ley términos sinónimos, pues que se explica el primero por el segundo. Pero no es así; como no lo fué tampoco en nuestro antiguo derecho. La traicion, nombre sustantivo,—y el aleve (que es como llamaron á la alevosía) eran en realidad cosas muy semejantes.

2. Bastaria para probarlo la ley del Fuero Real, que hemos citado en las concordancias. Por ella aparece desde luego que la penalidad era diversa. Si al aleve y al traidor se les arrastraba y se les ahorcaba, á este segundo le eran tambien confiscados todos sus bienes, y al otro sólo la mitad.

3. ¿Qué era, pues, entonces la traicion, no siendo alevosía, no siendo la muerte segura? Las Partidas lo dijeron extensamente. Seis leyes y todo un título dedicaron á su explicacion y á su condenacion. Catorce especies de ella distinguieron y señalaron.

4. «*Laesae majestatis crimen* en latin, tanto quiere decir en romance como yerro de traicion que face home contra la persona del rey. *Et traicion* es la mas vil cosa et la peor que puede caber en corazon de home: et nascen della tres cosas que son contrarias de la lealtad, en son estas: tuerto, et mentira, et vileza. . . . *Et traicion* tanto quiere decir

como traer un home á otro so semejanza de bien a mal: et es maldad que tira assi la lealtad del corazon del home: et caen en los homes yerro de *traicion* en muchas maneras, segunt mostraron los sabios antiguos que ficieron las leyes.....»

5. Y ésto que era la *traicion* entónces, no ha dejado de serlo todavía. En nuestro mismo código se llaman delitos de *traicion* varios de los que afectan á la seguridad exterior del Estado. Aquel nombre sólo es el epigrafe del cap. 1, tít. 2.º, lib. II de esta ley. No ha caido, pues, en desuso la inteligencia que le daban las de Partida.

6. Pero al mismo tiempo que era tal la inteligencia directa del nombre, este recibia tambien otra, usado como expresion adverbial. Aquella misma palabra, que significó rectamente el crimen de Estado, significó tambien por una amplificacion bien fácil el crimen hecho sobre seguro, faltando á la lealtad que el caballerismo infundia en nuestras costumbres. «A *traicion*—dice el Diccionario—es un modo adverbial, que equivale alevosamente, faltando á la lealtad ó confianza, con engaño ó cautela.» Es la *emboscada* del código brasileño, el *guet-apens* del código francés.

7. De suerte que la palabra *traicion* tuvo desde luego, y conserva hoy técnicamente estos dos significados. Es traidor el que ataca la independencia nacional; es tambien traidor el que obra alevosamente y sobre seguro.—Explicaciones en que hemos querido entrar para que no quede duda acerca de aquel término y para que no se confundan tomándose una por otra sus acepciones. En el primer sentido se dicen *delito de traicion*, en el segundo, *delitos cometidos á traicion*. De éstos es, por supuesto, de los que ahora hablamos. De ésta circunstancia es de la que el *número* expresa que es agravante del crimen mismo.

8. Y tiene ciertamente razon el *número*. La alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar á un delincuente, y tambien uno de los peligros que alarman más á la sociedad entera. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa. Por lo mismo que le falta á él el peligro, por lo mismo es mas abyecto y mas odioso. La ley debe hacer con él lo que con los reptiles hacemos: aplastarlos sin misericordia.—Esta es una circunstancia agravante, que inspira el instinto, y que la reflexion aprueba y consagra. No tiene lugar en todos los delitos, pero ennegrece bien aquello sobre que cae.

Artículo 10. (Continuacion.)

«3.º Cometer el delito, mediando precio, recompensa ó promesa.»

«4.º

CONCORDANCIAS.

Partidas.—L. 3, tít. 27, P. VII.—.....*Otrosi decimos que los asesinos et los otros homes desesperados que matan los homes por algo que les dan, que deben morir por ende.*

Cód. brasil.—Art. 16. *Hay circunstancias agravantes:*

11.ª *Cuando el delincuente ha cometido el crimen mediando salario ó esperando una recompensa.*

COMENTARIO.

1. Los derechos que nos impelen á obrar, son motivos de justificacion: las pasiones nobles, ó por lo ménos dignas, son motivos de excusa; los apetitos vergonzosos son motivos de agravacion. El delito es un hecho moral, y la moralidad es uno de los primeros principios que lo regulan. Nada hay tan bajo como el que mata por precio, á no ser el que mata alevosamente y sobre seguro.

2. La ley usa de las dos expresiones *precio* y *recompensa*, para que se tenga entendido que no sólo el dinero, sino cualquier otro pago que se dé por el crimen, constituye una circunstancia agravante. Dice tambien *promesa*, para que no se distinga entre el precio satisfecho de antemano y el ofrecido para despues. Todo ello produce idénticas consecuencias: todo ello demanda una agravacion de penalidad.

2. Pero cuidado no se vaya á dar á la palabra *recompensa* una significacion que no tiene en este *número*: cuidado no vaya á creerse que por ella obra quien se lanza á cometer el crimen para gozar despues lo que se promete á sí mismo en su imaginacion ó en sus cálculos. Eso es un motivo que tambien puede agravar, pero que no es el de este *número*. No habla aquí la ley del que mata para robar, del que mata para suprimir un marido, y perseguir enseguida á su mujer: habla de aquel á quien se da ó se ofrece dinero, de aquel á quien se brinda con placeres ciertos en pago de su obra. Los casos de este *número* suponen siempre un mercado, una persona que paga ú ofrece, y otra persona á quien se le ofrece ó paga. Cuando no hay ese concierto, debe buscarse el derecho en otro *número*, y no en el que aquí examinamos.

Artículo 10. (Continuacion.)

«4.º Ejecutarlo por medio de inundacion, incendio, ó veneno.»

«5.º»

CONCORDANCIAS.

Cód. repetit. prael.—Lib. IX, tit. 18, l. 1. *Plus est hominem extinguere veneno quam occidere gladio.*

Partidas.—L. 7, tit. 8, P. VII.—.....*Et si por aventura matare con ellas (yerbas, veneno), estonce el matador debe morir deshonoradamente echándole a leones, o a canes, o a otras bestias que lo maten.*

Cód. franc.—Art. 301. *Entiéndese envenenamiento todo atentado á la vida de una persona, por medio de sustancias que pueden dar la muerte mas ó ménos pronto, de cualquier manera que estas sustancias se hayan empleado ó administrado, y cualesquiera que hayan sido sus efectos.*

Art. 302. *Todo reo de asesinato, de parricidio, de infanticidio y de envenenamiento, será castigado con la pena de.....*

Cód. brasil.—Art. 16. *Hay circunstancias agravantes:*

2.ª *Cuando el delincuente ha cometido el crimen por medio de veneno, incendio ó inundacion.*

COMENTARIO.

1. Las circunstancias expresadas en este número son indudablemente alevosías; y el veneno en particular la mas cobarde de las alevosías todas. El horror y la alarma en este caso, el aumento del mal, incomensurable, de los otros dos, no permitian que dejaran de ser circunstancias agravantes las tres á que se refiere este precepto.

2. El incendio y la inundacion son además delitos por sí, y gravísimos delitos, á más de ser por este número y por otros, circunstancias agravantes. Ya hemós notado que constituyen una especie de alevosía, y entran por consiguiente bajo la disposicion del número 2.º Tambien están evidentemente incluidos en la del 11.º—Por regla general, estas circunstancias agravantes que aquí demarca una á una la ley, suelen reunirse con frecuencia en unos propios casos. El deseo de no prescindir de ninguna hace que tal vez sea el artículo superabundante y repetidor. Poco mal es éste, cuando su letra se nos presenta clara, y la conciencia y la razon le prestan su asentimiento. La conciencia y la razon nos dicen que el envenenamiento supone una perversidad extremada; que el incendio y la inundacion, como medio para otros delitos, suponen una barbarie feroz, y pueden producir males sin límite. En uno y otro caso, la intensidad del mal para que se les emplea sube de todo punto, y la penalidad no puede ménos de seguirle, segun todos los principios de conveniencia y de justicia.

Artículo 10. (Continuacion.)

«5.ª Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecucion.»

«6.ª»

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—Art. 17. *Se tendrán tambien como agravantes de los crímenes las circunstancias siguientes:*

1.ª *Cuando además del perjuicio que en sí lleva el crimen, produce éste otro mal para el ofendido ó para las personas de su familia.*