

2.<sup>a</sup> Cuando el mal físico se haya aumentado más de lo ordinario por alguna circunstancia extraordinaria.

4.<sup>a</sup> Cuando el perjuicio producido por el crimen se haya aumentado por la naturaleza irreparable del mal causado.

5.<sup>a</sup> Cuando por virtud del crimen se haya añadido aflicción al afligido.

Cód. esp. de 1822.—Art. 106. En todo delito ó culpa, para la graduacion (de la pena) expresada en los dos primeros artículos, se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en los casos respectivos, las siguientes:

1.<sup>a</sup> El mayor perjuicio, susto, riesgo, desórden ó escándalo que causa el delito.

COMENTARIO.

1. Se propone uno matar á otro, y en vez de darle desde luego una puñalada que le acabe, comienza por mutilarlo, por atormentarlo, por hacerle sentir la venida de la muerte. Se propone uno robar á otro, y despues que le ha sorprendido en su casa, no contento con encerrarle (lo cual podia ser necesario para su obra), le agarrota los brazos, le pone una mordaza, le apalea en fin, lo cual es puro lujo de males, en la ocasion en que se encuentran. Aquel homicidio, este robo, llevan consigo circunstancias agravantes, segun este número de la ley.

2. La razon de tal precepto es notoria é inconstastable. Encontramos en el caso que nos ocupa, mas perversidad por parte del delincuente, mas daño causado al ofendido, mas alarma para la sociedad entera, que si se hubiese realizado pura y simplemente el delito, sin esa exuberancia de males. Todos los motivos, pues, por donde puede agravarse la responsabilidad, todos concurren en este hecho. La agravacion está justificada.

3. Mas es menester que nos fijemos un instante en dos palabras del texto de la ley, porque ni se han puesto por acaso, ni puede prescindirse de ellas en la aplicacion de sus disposiciones.—Estas palabras son: *deliberadamente*, y *males innecesarios*.

4. No basta, pues, que se haya causado un mal mayor que el que fue-se preciso para realizar la obra punible, á fin de que ésta tome esas proporciones mas amplias y graves que establece el número. Este mayor mal, aun siendo innecesario, puede ser efecto de casualidades, puede ser efecto de prontitudes, puede ser efecto de mil otras circunstancias, que

no agraven la criminalidad del agente. Para que eso suceda, es menester que él lo haya querido, con ciencia propia, con perfecta voluntad. Esto es lo que quiere decir la primera de aquellas palabras. Así como para que haya delito es indispensable que haya voluntad é intencion; así para que ese delito se agrave por males accesorios, es menester que estos males vengan de propósito, *deliberadamente*.—Y la razon aprueba satisfecha lo que la ley determina: es una consecuencia de los principios del derecho penal.

5. Ni es ménos digna de aprobacion la segunda circunstancia que para este aumento de responsabilidad se pide; á saber, que esos nuevos males fuesen *innecesarios*. Cuando no son de este género, cuando el delincuente los veia, los creia siquiera de buena fé, indispensables para su obra, en tal caso no son males del lujo, son los males del delito mismo. Existirán, pues, con una parte de éste, concurrirán á formarlos, serán una de las causas por las cuales le castiga la ley. Pero no constituirán una circunstancia agravante de él: son él mismo, y tienen su pena en la pena de éste. Lo accesorio desaparece cuando, en aquel caso, en aquellas circunstancias se halla tan unido á lo principal, que no pueden separarse lo uno de lo otro.

Artículo 10. (Continuacion.)

- «6.<sup>a</sup> Obrar con premeditacion conocida.
- »7.<sup>a</sup> Emplear astucia, fraude ó disfraz.»
- «8.<sup>a</sup> .....

CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—Art. 296. Todo homicidio (meurtre) cometido con premeditacion..... es calificado de asesinato.

Art. 297. Consiste la premeditacion en el designio formado ántes de la accion, de atentar contra la persona de un determinado individuo, ó contra la de cualquiera que se halle ó encuentre, aun cuando este designio dependa de alguna circunstancia ó condicion.

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

8.<sup>o</sup> Cuando el delincuente ha obrado con impremeditacion: esto es,

habiendo formado ántes de la accion el propósito de ofender á una persona determinada ó indeterminada.

Hay premeditacion cuando entre el proyecto y la accion han trascurrido mas de veinte y cuatro horas.

8.º Cuando el delincuente ha empleado el fraude.

.....

15. Cuando se ha cometido el crimen por sorpresa.

16. Cuando el delincuente ha cometido el crimen valiéndose de un disfraz, para no ser reconocido.

Cód. esp. de 1822.—Art. 106. Se tendrán por circunstancias agravantes:

.....

3.ª La mayor malicia, premeditacion y sangre fria con que se haya cometido la accion.

### COMENTARIO.

1. La premeditacion es uno de los orígenes mas fecundos y mas extensos de la agravacion de responsabilidad. A ella pueden referirse, porque bajo ella caen, bajo ella se comprenden, bastantes de los números que encierra este artículo. Verdad es que hay en éstos algo más que la premeditacion; pero entre eso que hay de más, la premeditacion existe, y ella sola surtiria ya las consecuencias de un motivo agravante. Premeditacion hay de ordinario en la alevosía, premeditacion en el delito pagado, premeditacion en el caso de veneno, premeditacion en el de disfraz, premeditacion en muchos otros que no decimos, porque desde luego los dirá cualquiera. Premeditacion hay en todo lo que no es instantáneo, supuesto que nuestra ley no ha definido técnicamente aquella palabra, y la ha usado, por lo mismo, en su significacion ordinaria y vulgar. Premeditacion, segun el Diccionario de la Academia, es consideracion ó meditacion reflexiva sobre algun hecho, ántes de ejecutarle.

2. El código del Brasil, como hemos visto en las Concordancias que anteceden, ha creído oportuno definir la premeditacion exigiendo á esas meditaciones que la constituyen por lo ménos el espacio de un dia. Nosotros entendemos que ha hecho bien. Nosotros juzgamos que sólo de ese modo sanciona la inteligencia ese precepto, y acepta el ánimo la premeditacion como un agravante de los delitos. No abogamos precisamente por el plazo de las veinte y cuatro horas; pero decimos sí, que debe haber alguno prudencial. De otro modo, premeditacion hay siempre, por-

que siempre se piensa lo que se va á hacer ántes de ejecutarlo. Caeríamos por consiguiente en esta consecuencia: que á excepcion de los actos de arrebato instantáneo, siempre tendríamos la premeditacion en todo crimen. Ahora bien: no puede suponerse que sea tal la voluntad, que sea tal la inteligencia de la ley, cuando señala por circunstancia agravante la premeditacion.

3. Hé aquí pues un nuevo encargo dejado á la conciencia de los jueces: hé aquí un nuevo deber que les impone el Código, y que es necesario desempeñen con todo esmero. La premeditacion que á ellos se les confía declarar, no puede ser una reflexion cualquiera; porque no ha de suponerse que esa cualquier reflexion constituyese tal circunstancia agravante. Es menester que aquel designio se haya concebido y madurado detenidamente: es menester que aparezca con toda su deformidad, por argumentos que no dejen duda. La premeditacion, ni se presume, ni se ha de declarar por fútiles razones. Cuando no esté muy notoria, dejemos el delito en su fealdad natural, sin recargarle con esos colores mas deformes y negros. Basta con castigar criminales, sin buscar mónstruos de propósito.

4. Tanto más se recomienda esta conducta, cuanto que ya hemos visto en este Comentario (núm. 1) que apenas habrá premeditacion calificada que no sea circunstancia agravante por algun otro concepto. Lo que nos queda pues como materia de este número, es la pura y simple premeditacion, sin ningun otro adherente. Pues bien: para elevar á ésta al rango de las demás, para hacerla, como aquellas otras, circunstancia agravante, bien es menester que por lo ménos en ella misma no falte nada que la justifique. Debemos estar muy seguros de que la hubo por el tiempo suficiente para que produzca todos sus resultados. Si no á la doctrina textual, al ménos conviene que consultemos el espíritu del código del Brasil.

5. Pero supuesta ya la premeditacion existente ¿será una circunstancia agravante en todos los delitos en que la haya? ¿no la podrémos encontrar, sin que aumente de un modo forzoso la entidad del crimen?

6. En todos aquellos delitos que pueden cometerse sin premeditacion, es indudable que esta circunstancia los agrava, y hace mayores. Pero la verdad es que tambien los hay que no han podido existir sin ella, como que han necesitado de largos preparativos para su comision. En semejantes casos, la premeditacion entra á formar parte del mismo crimen; y no puede ser algo que lo aumente, porque no es algo accesorio, algo que pueda separarse de su naturaleza. Suponed una conspiracion política: ¿cómo se la ha de concebir siquiera sin la premeditacion? ¿Es ella por ventura otra cosa que la premeditacion misma? Si quisiera separarse esa circunstancia ¿dónde quedaria el delito?

7. En semejantes casos, no hay necesidad de decir que no tendrémos motivos agravantes. Cuando ellos son el crimen, ó no pueden separarse del crimen, no hay que buscar otra cosa que éste. La ley lo ha conside-

rado ya para establecer la pena: los tribunales no han de aumentarla, mirando como accesorio aquello que es principal ó parte de lo principal. —Así nos lo dicen de acuerdo la razon y el art. 68 del Código, que hallaremos mas adelante, y que contiene las palabras siguientes: «*Tampoco lo producen (el efecto de aumentar la pena) aquellas circunstancias agravantes, de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no pueda cometerse.*»

8. Vengamos ya al número 7.º que habla de la *astucia, fraude ó disfraz*. Le hemos unido con el precedente, porque para nosotros el principio que le justifica es sólo de la premeditacion. La astucia, el disfraz, el fraude son medios que descubren á aquella, que aquella emplea para llevar adelante su obra y conseguir su propósito. Si por eso no fuese, confesamos con sencillez que en el fraude y la astucia no veriamos la circunstancia agravante, sino el delito mismo. Parécenos que no es con actos virtuosos con lo que éstos han de ir á cometerse. Hubiera bastado señalar como agravante la alevosía.

9. En cuanto al disfraz, tenemos que hacer una observacion. Lo que aumenta la criminalidad no es su empleo por acaso y sin intencion, cuando se ejecuta el crimen, es el acudir á ese medio de propósito, para ejecutarlo. En un baile de máscaras puede ocurrir una riña entre personas disfrazadas, y verificarse una muerte: aquí no hay nada agravatorio; quien estaba enmascarado, no tenia obligacion de descubrirse para reñir. Pero otra cosa es, y ésto es lo que señala la ley, disfrazarse de intento para cometer el crimen, ó pensando siquiera en la eventualidad de cometerle. La agravacion es aquí justa: exígenla de una parte, la mayor alarma, de otra el refinamiento de perversidad y de cautela. El número tiene plenamente razon: sólo que su idea está, nos parece, mejor expresada en el concordante del código brasileño.

#### Artículo 10. (Continuacion.)

«8.º Abusar de superioridad, ó emplear medio que debilite la defensa.

»9.º Abusar de confianza.»

«10.º . . . . .»

#### CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—El *abuso de confianza* es un delito especial, previsto y castigado por los artículos 406, 407, 408 y 409.—El 408 fué modificado en 1832.

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

6.º *Cuando el delincuente ha abusado de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas, ó de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidad de repeler la ofensa.*

10.º *Cuando el delincuente ha cometido el crimen, abusando de la confianza que se habia puesto en él.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 106. 9.ª *En todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo, la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefension, desamparo ó conflicto de la persona ofendida.*

#### COMENTARIO.

1. Los sentimientos caballerosos de la edad media han dejado en nuestra sociedad hondos y permanentes vestigios. Las costumbres y las leyes han conservado una parte de aquel perfume de cortesía y generosidad. Nuestros corazones laten aún, siquiera sea mas ténueamente, con lo que hacia latir los de nuestros antepasados. Los afectos de la honra, esa poesía del corazón, no se han extinguido en el mundo.

2. Á sus inspiraciones y á sus preceptos corresponde el número que nos ocupa. Ella es la que nos ha dicho que es una mengua y una ignominia valerse de la superioridad, abusar de la confianza, para causar daño á quien puede ménos, ó á quien se fia en nuestra honradez. Ella es quien ha escrito indeleblemente en nuestros corazones, que sólo los séres rebajados cometen semejantes vilezas. La reflexion ha podido despues encontrar justas sus inspiraciones; mas el origen de éstas, sólo en esos sentimientos de honor y de lealtad aun con los enemigos, es donde puede encontrarse.

3. La ley hace bien en conservarlos. La ley, que es la suprema de las fuerzas, cumple con una elevada mision cuando se consagra al amparo de la debilidad, á la garantía de la buena fé. No sólo obra en ello con justicia; obra con delicadeza, obra con caridad, obra con caballerismo, obra como cristiana y como civilizadora. No hay nada mas bello ni mas santo en este mundo que la proteccion de la inocencia contra la perfidia, de la debilidad contra los brutales atentados de la barbarie.

4. Y si ésto nos dice nuestro ánimo respecto al abuso de la superioridad, no nos dice ménos la razon respecto al de la confianza. Sobre ésta se halla fundada la sociedad: en sus servicios recíprocos descansan mul-

titud de relaciones, que se estremecen todas al golpe que la hiere. La ley no podia olvidarlo, ni dejar sin sancion á los intimos sentimientos que nos son tan naturales en esta materia. El que nos mata, el que nos roba, el que nos hace mal, abusando de nuestra confianza, es mas criminal que quien no tenia con nosotros semejante lazo.

## COMENTARIO

## Artículo 10. (Continuacion.)

«10. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.»

«11. . . . .»

## CONCORDANCIAS.

Cód. franc.—Art. 198. *Fuera del caso en que la ley pena especialmente los crímenes ó delitos cometidos por los empleados ú oficiales públicos, siempre que alguno de éstos tenga participacion en otros crímenes ó delitos cuya vigilancia ó represion les estaba confiada, serán castigados en esta forma. Si se trata de un delito de policia correccional, se les impondrá en todo caso al máximum de la pena señalada al delito. Si se trata de crímenes que se castiguen con pena afflictiva, serán castigados como sigue: á la pena de reclusion, si á consecuencia del crimen es condenado algun otro culpable á la de destierro ó argolla;—á la de trabajos forzados temporales, si algun otro culpable es condenado á la de reclusion;—y á la de trabajos forzados perpétuos, si alguno de los culpables lleva la de deportacion ó de trabajos forzados temporales. En otro caso se les aplicará la pena comun, sin agravacion.*

Cód. brasil.—Art. 275. *El abuso de poder de los empleados públicos en todos estos delitos (los particulares), será considerado como circunstancia agravante.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 106. *..... Se tendrán por circunstancias agravantes:..... 4.ª la mayor..... dignidad del delincuente, y sus mayo-*

*res obligaciones para con la sociedad, ó con las personas contra quienes delinquiere.*

## COMENTARIO.

1. Los empleados públicos pueden delinquir como tales, abusando del poder que la sociedad les ha confiado, y pueden delinquir como simples individuos, en aquello que no tiene relacion con sus atribuciones. No es esta la ocasion de discurrir sobre lo primero. Ese género de delitos tendrán su lugar, y encontrarán su explicacion en otro libro de nuestro Código. De lo segundo es de lo que tratamos ahora.

2. Nos ocupamos en ello, porque en la comision de estos delitos comunes, el carácter de empleado puede entrar por algo, y agravar la culpabilidad y la penalidad.

3. No dirémos nosotros, con el Código de 1822, que la mayor dignidad del delincuente sea justa causa de mayor castigo: esa idea de una moral rigorosa no nos parece que se debé consagrar y sancionar en las leyes. Al juez que seduce una mujer casada no impondríamos, sólo por ser juez, mayor pena que á otro seductor. Mas si para conseguir su impuro y criminal objeto, se prevaleció de aquella cualidad, si empleó el ascendiente, el influjo, el prestigio que ella le daba, como medio para llevar á cabo su propósito; no debe quedar la menor duda en que ésta es una de las agravaciones mas considerables que pueden recaer en cualquier delito. La pena es menester que ascienda tanto, cuanto asciende la culpabilidad. El abuso material ó moral es horrible.

4. Observemos en este particular, con qué generalidad tan estudiada está escrita la ley. No ha querido decir *emplear el carácter público*, ni tampoco *abusar del poder*, como quizá pudo ocurrir á primera vista. Ha buscado una expresion mas extensa, mas neutra, y ha dicho *prevalerse*. Toda clase de influencia, directa é indirecta, está comprendida en esa palabra. El Código ha mirado con la atencion que debia este punto, y ha querido que no se eximan de su precepto ninguno de los que caigan en esa fea y condenable situacion.—Hay algo de desigual y alevoso en ella; y por lo mismo que la ley es quien á tales personas ha dado su carácter, por lo mismo es justo que cuide más de que no lo amancillen con esa ignominia.

## Artículo 10. (Continuacion.)

«11. Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro.»

«12. . . . .»

## COMENTARIO.

1. Advertimos en primer lugar que este número no tiene concordancia. Nosotros no conocemos ninguna disposición análoga, mucho menos idéntica, en los códigos que nos sirven para tales comparaciones.—No quiere decir esto que condenamos la novedad: quiere decir tan sólo que es menester examinarla con el cuidado posible, mayor si cabe que en los demás casos.

2. Ante todo, pues, y para ello, comprendamos el precepto de la ley.

3. Entre las diversas divisiones que de los delitos pueden hacerse, hay una, que es la que tiene aquí importancia, y en la cual debemos fijarnos un instante. Delitos hay seguramente, que jamás se cometen sino para cometer otros despues; y delitos que no se hallan en ese caso, sino que pueden ser ó son de hecho el término de la voluntad criminal de quien á ellos se arroja. El que falsifica mi firma en un documento de crédito, delito de falsedad ha cometido; y sin embargo, le queda aún otro que cometer para completar sus intenciones, pues que nadie falsifica por gusto de falsificar, sino para conseguir con su falsificación algun mayor resultado. Por el contrario, el que mata puede haber terminado su intento: quizá tenia alguna venganza que satisfacer, y nada más se propuso que la muerte de una persona odiada.

4. De suerte que hay delitos que siempre, necesariamente, son medios; y hay delitos que son, ó pueden ser fines.

5. Mas estos últimos pueden ser tambien medios á su vez. No se mata por matar, y por satisfacer una venganza, sino por robar en seguida lo que custodiaba aquel á quien se diera muerte. No se injuriaba por afrentar, sino por provocar una riña, para matar al afrentado. En el primer caso, el homicidio es un medio para el robo; en el segundo, la injuria lo es para el homicidio. Un delito, que pudiera ser fin, se ha cometido como preparacion.

6. Supuesto este análisis, vengamos al artículo, y comprendamos su doctrina.

7. El artículo dice: es circunstancia agravante de un delito el haberle ejecutado como medio de perpetrar otro.—Ahora bien: esta disposi-

cion no puede aplicarse á la primera seccion de delitos que acabamos de señalar; únicamente la segunda es la que puede ser su materia y su objeto.

8. No puede serlo la primera; porque no pudiéndose concebir aquellos delitos sino como medios para cometer otros, claro está que esa circunstancia no es agravante, sino constituyente de su naturaleza misma. Ya la ha considerado la ley cuando los declara tales delitos: ya la ha tenido en cuenta, para imponerles la penalidad que les impone. No puede, pues, hablar de ellos el número que ahora nos ocupa.

9. Habla, pues, sin ninguna duda, de los delitos de la segunda clase, de los que pudiendo ser definitivos por sí, y término de la accion criminal, no lo eran sin embargo, sino que se realizaban como medio para preparar, facilitar, perpetrar otro, verdadero término de los deseos del culpable.

10. Mas aun aquí mismo podemos hallar diferencias, que á nosotros nos parecen de importancia. Los dos ejemplos que hemos citado,—el que mata para robar, y el que injuria para matar,—nos presentan dos tipos bien distintos, y que, á nuestro modo de ver, producen consecuencias diversas. Quien para robar mata, comete una accion mas grave, como medio para un delito menor: quien para matar injuria, comete una accion menor, como medio para un delito mas grave. La diferencia es notoria.—¿Será, sin embargo, una misma la disposicion de la ley? ¿Hablará el número igualmente de uno y otro caso?

11. Ciertamente que en sus palabras no hay ninguna distincion, pero investigado su espíritu y sus razones, quizá no es imposible encontrarla, y establecer por consiguiente un diverso derecho.

12. La razon de la ley es que; tanto en la intencion como en la alarma se encuentra mayor cantidad de males cuando al delito cometido iba á seguir otro, que cuando terminaba en él el propósito del delincuente. La parte moral era mas extensa, el peligro social lo era del mismo modo; la agravacion de la responsabilidad y del castigo seguíanse de ahí como consecuencias naturales y forzosas.

13. Estas consideraciones son justas cuando el delito cometido es menor que el deseado. Cuando se injuria como medio para matar, no tiene efectivamente réplica. Para la conciencia y para el mundo es mas temible, mas repugnante, mas criminal, el que injuria con ese segundo fin, que el que lo hace sin esa dañada intencion. Aquí, la razon aprueba á la ley.

14. Mas no sucede lo mismo en el caso contrario. Quien mata para robar, ni es mas criminal en sí propio, ni causa mas alarma, que el que mata como término de sus intentos. La gravedad de aquella accion no puede aumentarse por otra que no la iguala. En su mayor tamaño, en su mas ancha esfera, se eclipsa y pierde un propósito menos atendible. Lo hecho es mayor que lo que restaba por hacer. ¿Qué importa, pues, esto, ni cómo ha de ser circunstancia agravante? Falta la razon de la ley, y