

*cion ó servicio*,—es sumamente digna de observarse en éste, como que es la explicacion y la justificacion de su precepto. Por ella se limita, por ella se fija, por ella se defiende la responsabilidad de que se trata. Fuera de ese caso no la hay: en él, nuestra razon nos la señala como debida y conveniente. El maestro, el amo, el jefe de cualquier establecimiento ó industria, deben conocer la capacidad de sus discipulos, dependientes ó subordinados, y no imponerles otra obligacion, y no encargarles otro servicio, que aquella ó aquel que sepan y puedan desempeñar. El público descansa en la seguridad que le prestan tales jefes: para ellos es la utilidad y la gloria de sus empresas; de ellos ha de ser igualmente la responsabilidad y los perjuicios, cuando se causan en una esfera que ellos habian ordenado, y por la persona que en nombre de ellos la desempeñaba.

3. Por lo demás, una sola cosa tenemos que advertir. Esa responsabilidad, de que hablamos ahora, es *subsidiaria*, como las del artículo precedente. No tendrá, pues, lugar, sino cuando el directamente responsable no puede satisfacerla. Aun en este caso,—y esta es la regla de semejantes responsabilidades,—siempre quedará accion al segundo, subsidiario obligado, para repetir contra el primero la reintegracion de lo que abonó, si ese primero pudiera satisfacerla despues. Lo subsidiario reemplaza á lo principal, pero no lo anula ni lo extingue.

---

## TÍTULO TERCERO.

---

### DE LAS PENAS.

1. En un sentido comun y lato, en la mas amplia expresion de la palabra,—que no es sin embargo su acepcion primitiva y directa, sino una acepcion traslaticia,—llamamos y llama todo el mundo *pena* á cualquier consecuencia dolorosa, sea material sea moral, sea interna sea externa, del mal que hemos ejecutado. La indigestion es la pena de la gula: una caida lo es de la ligereza imprevisor: los remordimientos lo son de un crimen, que sólo Dios y su autor pueden conocer.

2. Pero ya decimos que no es éste el sentido primitivo y recto. Segun éste, la pena es un mal impuesto por quien tiene autoridad, sobre el autor de un delito, y á consecuencia del mismo delito.

3. Ordenadas las sociedades, constituidos y regularizados los gobier-

nos, dictada la ley que ha de regular nuestras acciones, la pena técnicamente, científicamente, como la usa el Código, como la entiende el sentido comun en la esfera de la justicia;—la pena no es otra cosa que ese mal que la ley, y solamente la ley, señala á los criminales, ora para hacerles expiar su crimen, ora para intimidar á otros que pudieran cometerlo, satisfaciendo y garantizando de este modo á la sociedad, en sus instintos, y en sus justos temores. La ley es quien ha de preverla, quien ha de señalarla. Si no fuese efecto de la ley, llamaríase arbitrariedad, procediendo de autoridades; procediendo de particulares, llamaríase venganza.

4. La idea de la pena es la segunda elemental del Código. La primera es la del delito. Esta es el principio, y aquella es la consecuencia. Por eso, despues de haber considerado á aquel en general, vamos ahora á considerar la pena de la misma suerte. En seguida los pondremos en relacion, el uno y la otra, y nuestra obra estará terminada.

---

## CAPÍTULO PRIMERO.

### DE LAS PENAS EN GENERAL.

#### Artículo 19.

«No será castigado ningun delito ni las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de autoridad á la cual estuviese concedida esta facultad.»

---

## CONCORDANCIAS.

Véanse todas las que se refieren al art. 2.º de este Código.

---

Cód. aust.—Art. 26. *La pena debe ser aplicada dentro de los límites de la ley, sin que pueda imponerse otra mas dura ni mas suave que la que aquella prescribe, atendidas las circunstancias del delito y la posición de su autor.*

Art. 27. *A ningun delincuente podrá imponerse otra pena que la determinada por el presente Código.*

---

Cód. napol.—Art. 60. *No podrá ser castigado ningún crimen con pena que no haya establecido la ley antes de su perpetración.*

Cód. brasil.—Art. 33. *No será castigado ningún delito con penas que no se hallen establecidas por la ley, ni superiores ó inferiores á las que se hayan impuesto para la represión del crimen en su grado máximo, medio ó mínimo, salvo el caso en que se permite el arbitrio del juez.*

### COMENTARIO.

1. El artículo 2.º del Código había dicho que «no serán castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos ó faltas.» El presente completa aquel pensamiento, declarando que «no será castigado ningún delito ni las faltas de que pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida con anterioridad á su perpetración.»—Entre los dos, pues, consignan y perfeccionan el interesante principio de que sólo es punible una acción cuando ántes se la ha declarado tal, y con el mero castigo que se le ha señalado. Hé aquí—ya lo hemos dicho—una gran garantía de la inocencia, un gran freno á los desmanes, ó á la arbitrariedad del poder.

2. No tiene, pues, efecto retroactivo la ley penal, cuando castiga lo que ántes no estaba castigado, ó cuando agrava la pena señalada para algún hecho punible. Aquel nuevo precepto no rige las acciones que estaban consumadas cuando se le publicó. Desconocido, inexistente para los particulares, era imposible que éstos fuesen obligados á regular por él su conducta. Regirá desde que nace, desde que és; no pudo regir cuando no había tenido principio, cuando nada era.

3. Aun ordinariamente, al dictarse nuevas leyes penales—como no sea en algún caso urgentísimo para la seguridad pública—se suele señalar un plazo mas ó ménos extenso, pero siempre suficiente, para que puedan ser estudiadas y conocidas, ántes de que empiecen á tener efecto. Sólo Calígula, acatando los principios de la promulgación y de la no-retroactividad, los eludía hipócritamente, valiéndose de una escritura ilegible por su pequeñez y por el lugar en que la colocaba. Pero la conciencia pública ha hecho justicia de tal superchería; y su autor ha sido designado con las calificaciones que merece quien así progresa en el camino del mal, queriendo envolverse siempre en mentidas apariencias de bien.

4. En el Comentario de éste artículo no podemos ménos de advertir que se ha variado su redacción en la reforma de 1850. En vez del texto que hemos presentado á nuestros lectores, el primitivo contenía sólo

estas palabras: «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetración.» Á nuestro juicio aquella fórmula era mas concisa, y no podía dar lugar racionalmente á ninguna duda; pero debió haber quienes creyesen lo contrario, y con el propósito de evitarlos se hizo la alteración que resulta en el artículo oficial presente. Á mas de *ley*, que nos parecía á nosotros, aquí, el nombre genérico, comprensivo de cuanto legítimamente conminaba con penas, se puso también *Ordenanzas y mandatos de autoridades que tuvieran facultades de penar*, con el propósito sin duda de que no se sofistese contra sus preceptos; pretendiendo que no les alcanzaba la primer expresión.

5. Pase, pues, la enmienda en este punto, que no hemos de oponerlos nosotros á nada que sea mas claro y mas exacto. Pero ya que se ha buscado escrupulosamente la exactitud, ¿cómo es que se ha dicho *las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales*? Por ventura aquellas de que los tribunales no conozcan ¿podrán ser castigadas con penas que no estén establecidas previamente? Si la administración puede imponer castigos ó siquiera correcciones, ¿podrá nunca hacerlo sin someterse al principio general de que *ubi non est lex nec praevencio*?—No decimos que ésto se infiera necesariamente del artículo; pero decimos que puede pretenderse tal ilación, y la posibilidad sólo es un mal en semejante materia.

6. Mas con lo que acabamos de decir, y con lo que previene este artículo, no tenemos resuelta sino la mitad de la cuestión. El hecho puede ser absolutamente contrario al que se desprende de su texto. La ley puede aminorar la pena, en lugar de agravarla; y puede también dejar sin castigo alguno lo que ántes lo tenía. El artículo siguiente declarará lo que se haya de hacer en uno y otro caso.

### Artículo 20.

«Siempre que la ley modere la pena señalada á un delito ó falta, y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito ó falta, disfrutará estos del beneficio de la ley.»

## CONCORDANCIA.

Cód. napol.—Art. 60. *En el caso de ser distintas la pena establecida por la ley al tiempo del fallo, y la que regia cuando se cometió el crimen, se aplicará siempre la mas benigna.*

## COMENTARIO.

1. Las palabras del artículo no hablan expresamente mas que de uno de los casos que acabamos de indicar; pero su espíritu es comun á los dos, y no cabe duda acerca de la extension del precepto. Si cuando se disminuye la pena ha de ser observada la nueva ley, la ley mas favorable; cuando se suprime todo castigo, á *fortiori*, es necesario seguir el mismo sistema. Quiere decir que ya no es delito lo que fué. Quiere decir que ha faltado el supuesto, la base de la causa. Quiere decir que esta no puede continuarse. No hay otro recurso, no hay otro arbitrio que el sobreseimiento.

2. De todos modos, el artículo que examinamos es una evidente excepcion al principio de la no-retroactividad, excepcion que la conciencia acepta, con que las buenas doctrinas se satisfacen, y que—sea dicho de paso,—no es la única que modifica la generalidad de aquel pretendido axioma. Esta excepcion la humanidad la ha inspirado, y la ciencia se ha complacido en aceptarla. Cuando la ley aminora ó extingue la pena de un hecho, los que eran responsables de él deben gozar de tan insigne beneficio, siempre que no estuvieren condenados por sentencia ejecutoria.

3. Así, en estos momentos en que se establece el Código penal, y toma posesion de nuestro foro, tenemos de hecho dos leyes criminales en España, y se há menester una atencion para aplicarlas convenientemente. Podrán existir procesos, en los cuales haya sido necesario sobreseer, por ejemplo los de sodomía: otros, que se deban decidir por el nuevo Código, por ejemplo los de armas vedadas: otros, en fin, que deban ser juzgados por las antiguas disposiciones, por ejemplo, muchos de los de robo. Las reglas para obrar de una ú otra suerte, el artículo anterior y el presente nos las facilitan. ¿Ha aumentado el Código en penalidad? Pues no es aplicable á delitos que le son anteriores.—¿La ha borrado ó disminuido? Pues es plenamente aplicable á ellos.

4. No creemos deber dejar este artículo sin hacernos cargo de una opinion que se ha manifestado acerca de él por los apreciables autores del *Comentario al nuevo Código penal*, D. Tomás María de Vizmanos y

D. Cirilo Alvarez Martinez. No sabemos si será ilusion nuestra; pero nos parece que hay en aquella un error peligroso, y debemos por lo mismo señalarlo, sometiendo, como siempre, nuestro juicio á la mas reflexiva é ilustrada consideracion de tan dignos compañeros.

5. Según aquellos juriscultos, para que la ley nueva, que aminora la pena de un delito, tenga aplicacion á los cometidos con anterioridad, es necesario que la antigua, mas grave, no haya sido impuesta á ninguno de los co-reos del delito mismo. Pero si alguno fué sentenciado ya por ella, el beneficio que la moderna les concede no puede ser aplicado á los restantes.—«Supongamos, continúan, dos coautores de un homicidio castigados por las leyes anteriores con pena de muerte, y por el presente Código con la de reclusion temporal: si al tiempo de promulgarse éste, no se hubiese dictado el fallo de los tribunales, que cause ejecutoria, ambos delinquentes disfrutarán del beneficio de la moderacion de pena; pero si respecto del uno hubiese recaído sentencia ejecutoriada, y no respecto del otro, por hallarse ó haber estado prófugo, no disfrutaria éste de la ventaja que (no?) alcanzó al otro, ni fuera justo que tal premio obtuviese el que habia burlado la persecucion de la justicia. Si el uno habia sufrido la pena de muerte, justa seria para el otro, aunque pareciera repugnante.»

6. A nosotros, por el contrario, no sólo nos pareceria repugnante, sino injusto lo que en tal doctrina se establece. A nosotros se nos figura: 1.º que la ley no dice tal cosa en sus terminantes palabras; 2.º que si lo dijese, preceptuaria un absurdo, un imposible de toda imposibilidad.

7. En el texto de la ley hay de seguro algun defecto, que es el origen de la confusion. La palabra *reos* deberia estar precedida de un artículo propio ó impropio que la determinase. Deberia leerse *contra los reos*, ó bien *contra algunos reos del mismo delito ó falta*. Tal como está la locucion, es inusitada segun la índole de nuestro idioma, y á primera vista puede parecer ambigua.

8. Sin embargo, si la intencion del artículo hubiese sido la que pretenden los Sres. Alvarez y Vizmanos, creemos que habria tomado otro giro para declarar su pensamiento. En nuestra opinion, el texto legal no habria podido ménos de redactarse de este modo. «Siempre que la ley modere la pena señalada á un delito ó falta, y se publicare aquella antes de haberse pronunciado el fallo que cause ejecutoria *contra algunos de los reos* del mismo delito ó falta, disfrutarán *todos* del beneficio de la ley.»—Esto hubiera sido lo natural, lo claro, lo oportuno, en las ideas que vamos combatiendo.

9. Pero eso, por otra parte, hubiera conducido á singulares consecuencias. Un reo de armas prohibidas deberia ser destinado hoy á presidio, sólo porque su compañero lo fué. Un reo de sodomía—hecho que no es punible—deberia ser condenado á muerte, sólo porque bárbaramente se condenó al otro.—Esto no es posible ya. La desgracia de una persona

no es, ni puede ser, razon legal para que otro sea condenado á muerte. Porque uno fué desgraciado, no se ha de hacer víctima á quien tuvo mejor suerte ó mayor fortuna.

10. Y no se diga que deberá en tal caso su deliberacion á haberse burlado de la justicia. La fuga es un acto natural, y nuestra nueva ley no la señala como delito.

11. En resúmen: todo género de consideraciones nos hacen creer que no nos hemos equivocado, atribuyendo á la ley la inteligencia que acabamos de darle: si de otro modo fuese, lo sentiríamos por la misma, mas bien que por nosotros propios.

#### Artículo 21.

«El perdon de la parte ofendida no extingue la accion penal: extinguirá sólo la responsabilidad civil en cuanto al interés del condonante, si este lo renunciare expresamente.

»Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto á los delitos que no pueden ser perseguidos sin prévia denuncia ó consentimiento del agraviado.»

#### CONCORDANCIAS.

Cód. repetit. prael.—*Lib. I, tit. 6, l. 18. Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.*

Partidas.—*L. 22, tit. 1, P. VII. Acaesce algunas vegadas que algunos homes son acusados de tales yerros que si les fuesen probados que recibirian pena por ello en los cuerpos, de muerte ó de perdimiento de miembros: é por ende, por miedo que han de la pena, trabajan de fucer avenencias con sus adversarios, pechándoles algo por que non anden mas adelante en el pleito. E porque quisada cosa es é derecha que todo home pueda redimir su sangre, tenemos por bien que si la avenencia fuere fecha ante que la sentenciá sea dada sobre tal yerro como este, que vala para non recibir por ende pena en el cuerpo el acusado, fueras ende si el yerro fuesse de adulterio. Ca en tal caso como este non puede*

*seer fecha avenencia por dineros, mas bien se puede quitar de la acusacion el marido si quisiere, non recibiendo precio ninguno por ello. Pero si la acusacion fuesse fecha sobre yerro alguno que fuesse de tal natura en que non mereciese muerte, nin perdimento de miembro, mas pena de pecho ó de desterramiento, si se aviniere el acusado con el acusador pechándole algo, segun que sobredicho es, por tal avenencia como esta decimos que se da por fecedor del yerro por razon de la avenencia, é que lo puede condenar el judgador á la pena que mandan las leyes sobre tal yerro como aquel de que él era acusado, fueras ende si la acusacion fuesse fecha sobre yerro de falsedad. Ca estonce non se daria por fecedor del yerro por razon de la avenencia: nin lo podrian condenar á la pena, si non le fuesse probado. Pero si este que fizo la avenencia pechando á su contendor lo fizo que era sin culpa, é por tollerse de en-xeco de seguir el pleito, tovo por bien de pecharle algo, si esto pudiese probar, non debe recibir ninguna pena, nin lo deben condenar por fecedor del yerro; ante decimos que debe pechar el acusador aquello que recibió dél á cuatro doblo, si gelo demanda fasta un año, é si despues del año gelo demandare débelo pechar otro tanto quanto fué aquello que recibió dél, como quier que el que es acusado puede facer avenencia sin pena sobre la acusacion, assi como de suso deximos. Pero el acusador que la fizo cae en la pena que es puesta en la quinta ley ante desta. Esto es porque desamparó la acusacion sin mandamiento del judgador.*

Nov. Recop.—*L. 4, tit. 40, lib. XII. Por quanto somos informados que algunos han querido poner duda y dificultad si en los delitos en que se procede á instancia y acusacion de parte, habiendo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal; declaramos que, aunque haya perdon de parte, siendo el delito y persona de calidad que justamente pueda ser condenado en pena corporal, sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras, por el tiempo que segun la calidad de la persona y del caso pareciese que se puede poner.*

Cód. aust.—*Art. 27. La pena impuesta no puede ser remitida por virtud de una transaccion entre la parte ofendida y el delincuente.*

Cód. brasil.—*Art. 67. El perdon de la parte ofendida, dado antes ó despues de la sentencia, no eximirá de las penas que sufran ó puedan*