

CAPÍTULO CUARTO.

DE LA APLICACION DE LAS PENAS.

SECCION PRIMERA.

Reglas para la aplicacion de las penas á los autores de delito consumado, de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices y encubridores.

1. Entre el autor, y el cómplice, y el encubridor—ya hace tiempo que lo tenemos dicho—son diferentes los grados de la responsabilidad. Entre el delito consumado, el delito frustrado y la tentativa,—tambien lo tenemos dicho,—son diversos los grados del crimen. Pero cuando hemos indicado estas diferencias, nos hemos detenido en la sola indicacion, y no hemos profundizado el asunto. Ahora solamente es cuando podemos penetrarlo más. Esos grados, esa escala, como la filosofía práctica la ha de señalar, es estableciendo la correspondiente en las penas. Si éstas forman una, si hay en ellas ese progreso creciente y decreciente, es con dos motivos igualmente importantes: primero, porque los delitos, tomados en comun, la forman los unos con los unos; segundo, porque en cada delito especial, tomado individualmente, se halla tambien bajo las consideraciones que hemos expuesto en esta obra, y que ha consagrado la ley.—Delito, delito frustrado, tentativa, autor, cómplice, encubridor.

2. Todavía tenemos una nueva escala, en lo agravante, lo ordinario, y lo atenuante; pero de éste no habla el Código hasta la Seccion próxima, y nosotros le imitarémos, dejando para entónces el examinarla.—Por ahora sólo tratamos de las dos primeras.

Artículo 60.

«A los autores de un delito ó falta, se impondrá la pena que para el delito ó falta que hayan cometido se halle señalada por la ley.

»Siempre que la ley señala generalmente la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.»

COMENTARIO.

1. Este artículo es la base, es el supuesto de los que van á venir despues. Para ordenar la combinacion artística que adopta la ley, es necesario partir de un principio natural. Las escalas han de tener su fundamento, que no sea arbitrario ni disputable.

2. El artículo dice: «lo que la ley señala como pena de un delito, lo es de aquel delito consumado, y no de el mismo frustrado ó de su tentativa: y está destinado para sus autores, y no para sus encubridores ó cómplices.»—Lo que proporcionalmente ha de recaer en estos cómplices ó auxiliadores, lo que ha de penar tambien proporcionalmente al delito frustrado ó á la tentativa, eso lo verémos por los artículos que siguen.

3. Debemos advertir aquí, que á veces la ley pena directamente la tentativa ó á los cómplices de un delito; pero esa es una excepcion, que no invalida la regla general. La regla es como hemos dicho: el castigo que expresamente impone la ley, es al autor del delito consumado.

Artículo 61.

«A los autores de un delito frustrado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito.»

CONCORDANCIAS.

Cóp. napol.—Art. 69. *Todo el que con intencion de ejecutar algun crimen, ponga en práctica los medios de ejecutarlo, en términos que nada le quede que hacer para obtener el complemento del acto, será castigado con la pena inferior en un grado á la señalada al delito, en el caso de que la consumacion del hecho se haya frustrado por circunstancias fortuitas ó independientes de su voluntad; salvo las excepciones que determina la ley en algunos casos particulares.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 634. *El que á sabiendas, y con el fin de matar á otra persona, la aplique, ó la haga tomar de cualquier modo substancias ó bebidas venenosas ó nocivas, aunque no llegue á causar la muerte, sufrirá la pena de trabajos perpétuos.*

Artículo 62.

«Á los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito.

»La conspiracion para cometer un delito, se castigará como tentativa: la proposicion para el mismo fin, con una pena inferior en dos grados á la anterior; salvo aquellos casos en que la conspiracion y la proposicion tengan señalada mayor pena por artículos especiales del Código.»

CONCORDANCIAS.

Partidas.—L. 2, tit. 31, P. VII. Véase la Concordancia á nuestro artículo 3.º

Cód. franc.—Art. 2. Véase la Concordancia á nuestro artículo 3.º

Cód. austr.—Art. 40. Véase la Concordancia á nuestro artículo 3.º

Cód. napol. Art. 70. *La tentativa de un crimen que se haya frustrado, aunque sea por circunstancias fortuitas é independientes de la voluntad del culpable, será castigada con la pena inferior de uno á dos grados de la señalada al delito.....*

Cód. brasil.—Art. 34. *Cuando la tentativa no sea objeto de una pena*

especial, será castigada con las mismas penas que el crimen, disminuidas en una tercera parte de su duracion en cada grado.

Cuando la pena sea la de muerte, se impondrá al culpable de tentativa en el mismo grado la de galeras perpétuas; y cuando sea la de galeras perpétuas, ó prision perpétua, con trabajo ó sin él, se impondrá la pena de galeras por veinte años, ó prision, con trabajo ó sin él, por igual tiempo.

Cuando sea la de extrañamiento, se le impondrá la de deportacion fuera del reino por veinte años; y cuando sea la de deportacion ó destierro perpétuo, se le impondrá la misma por veinte años.

Cód. esp. de 1822.—Art. 7. *Por regla general..... la tentativa de un delito..... será castigada con la cuarta parte á la mitad de la pena, que la ley prescriba contra el delito que se intentó cometer; y si el acto que efectivamente se haya cometido, para preparar ó empezar la ejecucion de este delito, tuviere señalada alguna pena especial, se aplicará ésta tambien al delincuente.*

COMENTARIO.

I.

1. El crimen frustrado y la tentativa de crimen han sido objeto de un extenso análisis en los principios de nuestros Comentarios (art. 3). Discurríamos entónces sobre su naturaleza, y debíamos hacer ver que semejantes hechos constituian obras verdaderamente criminales. Sin confundirlos con el delito mismo, era necesario justificar que entraban en la esfera de éste, y que, como él, reclamaban penalidad para sus autores.

2. Aquí tratamos de las consecuencias que á aquellos principios se siguen: de las penas que se deben imponer á los delitos frustrados y á las tentativas de delito. De aquel análisis deben inferirse estas consecuencias.

3. Hemos visto ya en las Concordancias con cuánta confusion, con qué poca filosofia, han desempeñado algunos Códigos esta materia. La doctrina teórica no es en ellos clara y distinta; y, como es consiguiente, la penalidad cae por lo mismo en oscuridades ó en notorios errores. Estos califican con una sola palabra la tentativa y el delito frustrado: aquellos sujetan entrambas nociones á la del delito ordinario y comun; otros, en fin, no se ocupan de semejantes hechos, ó no les dan importancia criminal alguna. De aquí, falta á veces de preceptos; dureza á veces en los que se dan, para que despues no puedan realizarse.

4. Nuestro Código ha sido claro, y ha sido justo en esta parte. Considera que el crimen frustrado es menor que el crimen, y que la tentativa es ménos aún que aquel primero. Y esta consideracion es exacta. En el crimen frustrado puede haber tanta maldad moral como en el verdadero crimen; pero no se causó el mal que en éste se causa. En la tentativa, ni el mal ni la perversidad son tan grandes; toda vez que el primero ha carecido de efecto, y que la segunda no era aún imposible de enmendar ó de contener. Donde cabe el arrepentimiento, la intencion no ha llegado completamente á despeñarse.

5. Partiendo, pues, de esta doctrina, ha dicho nuestra ley: «para el delito frustrado, un grado ménos de penalidad que para el delito cometido: para la tentativa, otro grado ménos aún.»—De suerte que si la pena normal de una accion puede expresarse por el número doce, la pena de la misma accion frustrada consistirá en el número once, y la pena de su tentativa, en el número diez.

6. Este sistema es tan racional, que basta con exponerlo para cautivar el asentimiento comun. Todo lo que puede caber de duda y diferencia respecto á él, consiste en si ha debido considerarse como tipo de la rebaja un grado, dos grados, tres grados, etc. En este punto, claro es que cabe alguna arbitrariedad: no es cuestion de derecho; es de prudencia únicamente. La Junta del Colegio de Madrid quisiera que la pena de la tentativa no fuese menor en *dos grados* á la del delito, sino de *dos á tres grados* dejándolo al arbitrio de los tribunales. Parécenos bien su idéa, y la aceptaríamos sin dificultad por lo que á nosotros toca. En la tentativa hay efectivamente una gran escala, y es digno de admitirse cuánto puede contribuir á proporcionar en ella la pena con el delito.

7. Por lo que hace á su práctica, si en ella pueden ocurrir algunas dificultades, no será ciertamente en lo tocante á la doctrina, sino en lo respectivo á los hechos. Puede dudarse alguna vez si tal accion ejecutada es un delito propio ó una tentativa, ó un delito frustrado. Cuando uno, por ejemplo, ha herido á otra persona, cabe que se suscite la dificultad de si sólo quiso herirle, ó si se proponia quitarle la vida. Pero de cualquier modo que se resuelva esta cuestion, fijados los hechos, determinado el caso del conato, ya es evidente que ninguna duda puede suscitarse. Basta que tengamos la penalidad del crimen comun, y las escalas graduales que mas adelante nos dará el Código, para que apliquemos sin vacilar las que respectivamente competen á los reos, ya de tentativa, y ya de aquel mas grave y por su parte terminado propósito.

8. Permitásenos recordar aquí que en el orden de las faltas, ni hay tentativas ni hay hechos frustrados (art. 5).

II.

9. Encontramos en el segundo párrafo de este artículo una de las reformas mas graves que se hicieron en 1850 en el Código penal, y, segun hemos dicho en otra ocasion, una de las reformas á nuestro juicio, mas desgraciadas. Tal es la que castiga, como regla general, á la conspiracion y á la proposicion para delinquir; abandonando la prudente economía con que primitivamente habia tratado el Código esta materia.

10. No vamos á repetir nuestro juicio desaprobatorio: basta que lo recordemos, y que nos ratifiquemos en él. Bajo otro punto de vista es como nos cumple examinar el párrafo del artículo presente.

11. Toda vez que la conspiracion y que la proposicion de delito se habian de castigar, natural cosa era que aquí se les señalasen sus castigos; y natural era tambien, siguiendo el sistema adoptado por el Código, que se expresasen en fracciones de la pena típica, como se habia hecho para la tentativa y para el delito frustrado. En este punto nada tenemos que decir respecto á la obra de la reforma.

12. Pero ¿era natural, era justo, que la conspiracion se igualase con la tentativa, y la proposicion con la complicidad de la tentativa misma? ¿Podia ser legítimo que de golpe se impusiesen penas tan altas y tan graves á lo que pocos meses ántes se habia creído deber eximir de toda pena? Suponiendo que la conciencia y la ley acriminen esos actos, ¿cómo los habian de equiparar con la tentativa y su complicidad, que los suponen, que los traspasan, que van mucho mas léjos?

13. Acusamos, pues, de ligereza y de falta de reflexion á la reforma que nos hizo esta nueva ley. La acusamos tanto más, cuanto que esos defectos se desprenden, si bien lo examinamos, de sus mismas palabras.—«Se castigarán, dice, como la tentativa y un grado ménos, salvo en aquellos casos en que tengan señalada pena mayor.»—¿Quién no creeria que habian de tener en efecto señalada pena mayor los casos de proposicion y de tentativa que el Código penara anteriormente?

14. Pues sin embargo, no es así. Tomamos por ejemplo los delitos de traicion. La tentativa se castiga en ellos hasta con pena de muerte;—art. 142: la conspiracion con la pena de presidio mayor; la proposicion con presidio correccional,—art. 143.—Tomamos los de lesa-majestad. La tentativa contra la vida del Rey se castiga con muerte: la conspiracion con cadena temporal; la proposicion con presidio mayor,—artículos 160, 161, 162.—No es pues exacto lo que dice aquí la reforma: no son penas mayores que las que ella en general designa las que señala el Código específicamente en los casos en que estimó desde luego que la proposicion y la conspiracion debian penarse. Hay inexactitud en sus dichos, como hay crueldad en sus preceptos.

15. Todo ésto prueba nuevamente una cosa que ya sabia el mundo.

Que lo que se llama con énfasis la práctica, cuando no va inspirado, dirigido, regulado por una buena y profunda teoría, suele caer con frecuencia en errores y en contradicciones.

Artículo 63.

«Á los cómplices se impondrá la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito.»

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*Lib. XLVII, tit. 16, L. 1.—Pessimum genus est rezeptorium, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur ut periunde puniantur atque latrones. In pari causa habendi sunt.....*

Partidas.—*L. 10, tit. 8, P. VII.—Sañudo estando algunt home..... si el otro le diese á sabiendas armas ó otra cosa con que mate á otri ó á si mismo, aquel que gela diere debe haber pena por ello, tambien como si él mismo lo matase.*

Lib. 10, tit. 9..... Ca quisada cosa es et derecha que los facedores del mal et los consentidores del que reciban equal pena.

L. 18, tit. 14..... Ca cualquier destos sobredichos á quien fuere probado que fizo furto en alguna destas maneras, debe morir por ende; él et todos cuantos dieron ayuda ó consejo á tales ladrones en facer el furto, ó los encubrieren en sus casas ó en otros lugares deben haver aquella misma pena.

L. 13, tit. 33..... Et dixieron aún que á los malfechores, et á los consejadores, et á los encubridores, debe seer dada equal pena.

Cód. franc.—*Art. 59. Los cómplices de un crimen ó delito serán castigados con las mismas penas que sus autores, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa.*

Cód. napol.—*Art. 75. Los cómplices serán castigados con las mismas penas que los autores principales del crimen.—Sin embargo, los cómplices comprendidos en los núms. 3 y 4 del artículo anterior serán castigados con la pena inferior de uno ó dos grados, cuando despues de descubierto el crimen no se haya reconocido su cooperacion tan eficaz que hubiera sido necesaria para la consumacion de aquel; salvo siempre los casos en que la ley disponga otra cosa.*

Cód. brasil.—*Art. 35. La complicidad será castigada con las mismas penas que la tentativa; y la complicidad de tentativa con las mismas penas de ésta, disminuidas en una tercera parte de su duracion.....*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 15. Los cómplices que voluntariamente y á sabiendas ayuden y cooperen á la ejecucion de la culpa ó delito en el acto de cometerlo, serán castigados con la misma pena impuesta por la ley á los autores del delito ó culpa. A los demás cómplices se les rebajará de la cuarta á la tercera parte de la expresada pena.....*

Art. 16. Los auxiliares y fautores serán castigados con la mitad á las dos terceras partes de la pena señalada por la ley contra los autores del delito ó culpa, á no ser que la misma ley disponga expresamente otra cosa.....

Art. 18. Sin embargo de lo prevenido en los..... últimos artículos, los que voluntariamente y á sabiendas ayuden con sus padres ú otro ascendiente en linea recta á la ejecucion de un delito, en el acto de cometerlo alguno de éstos..... no serán castigados como cómplices, sino como auxiliares y fautores.....

Art. 100. Por regla general, los auxiliares y fautores, y aun los cómplices, cuando no incurran en la misma pena que los autores del delito, sufrirán siempre la de ver ejecutar la sentencia de éstos en su caso, y la de infamia, si estuviere impuesta al delito auxiliado ó rezeptado.....

Artículo 64.

«Á los encubridores se impondrá la pena inferior en dos grados á la correspondiente á los autores del delito.

»Exceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos

en el número 3.º del art. 14, en quienes concorra la circunstancia primera del mismo número, á los cuales se impondrá la pena de inhabilitacion perpétua especial, si el delincuente encubierto fuere reo de delito grave, y la de inhabilitacion especial temporal, si lo fuere de delito ménos grave.»

CONCORDANCIAS.

Cód. repet. prael.—L. IX, tit. 12, L. 9.—*Crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuit, raptam rem, scientem delictum, servare.*

Idem.—Titulo 39, L. 1.—*Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum campe sociarunt; par ipsos et reos poena expectet: et latrones quisquis sciens susceperit, et reos offerre iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personae et iudicis aestimatione plectetur.*

Partidas.—Véanse las Concordancias á nuestro artículo anterior.

L. 19, tit. 14, P. VII.—*Abigei son llamados..... E demas decimos que el que encubriese ó recibiese á sabiendas tales furtos como estos, que debe ser desterrado de todo el señorío del Rey por diez años (1).*

Nov. Recop.—L. 3, tit. 7, lib. XII.—*Cualquier que acogiere en su casa hombre que fizo traicion ó aleve, ó mató á otro á aleve, ó á traicion, ó muerte segura, y lo tuviere tres dias en su casa, seyéndole probado que lo sabia cuando lo recibió en su casa; este tal acogedor sea tenido de dar el malhechor, y si no le diese pierda la mitad de sus bienes.....*

L. 7, tit. 18.—.....*Ordenamos y mandamos que ninguna persona de cualquier condicion que sea, pueda receptor ni encubrir en su casa, huerta, cortijo ó heredad á ninguno de los dichos salteadores, ni los pueda socorrer, ni socorra voluntariamente con bastimentos, pólvora, balas, ni otro género de armas; ni les dé avisos, ni les sirva de espía; pena á los que lo contrario hicieren de muerte natural.....*

(1) No es ésta la única ocasion en que las Partidas faltan al principio que han sentido. Pero el principio en sí es la igualacion del encubridor con el autor.

Cód. franc.—(Téngase presente que segun éste Código constituye complicidad lo que en el nuestro no es más que encubrimiento.)

Art. 248. *Los que oculten ó hagan ocultar á los culpables de crímenes que llevan consigo una pena aflictiva, sabiendo que lo son, serán castigados con la pena de prision de tres meses á dos años.....*

Cód. austr.—Art. 194. *Semejante culpable*—(el que oculta indicios ó pruebas del delito, ó á los delincuentes, ó los avisa, ó facilita sus reuniones)—*cuando no se halle en el caso de no-revelacion, previsto por el art. 55, será castigado con la pena de prision de seis meses á tres años.*

Cód. napol.—Art. 260. *Los que voluntariamente hayan ocultado ó hecho ocultar á alguna persona sentenciada á la pena de cadena, aunque haya de sufrirla en presidio, ó á otras mas graves, serán castigados con la pena de prision del segundo al tercer grado.*

Serán castigados con la prision del primer grado, ó el confinamiento, los que hayan ocultado á alguna persona contra quien se hubiese expedido mandamiento de arresto, á virtud de algun crimen que lleve consigo las penas mencionadas en el párrafo anterior.....

Art. 394. *El que haya ocultado el cadáver de una persona muerta á consecuencia de un crimen, será castigado con la pena de prision de segundo grado, sin perjuicio de otra pena mayor en el caso de que haya tenido participacion en el hecho.*

Art. 458. *Los que á sabiendas hayan ocultado en todo ó en parte las cosas robadas, sustraídas ó conservadas por medio de un crimen, serán castigados con la pena de reclusion, si el crimen lleva consigo la de cadena ó otra mas grave; pero si sólo lleva consigo la de reclusion ó otra menor, se aplicará esta misma, disminuida en un grado, al ocultador, salvas siempre las penas mas graves en caso de complicidad.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 17. *Los receptadores y encubridores serán castigados con la cuarta parte á la mitad de la pena que la ley prescribe contra los autores del delito respectivo, excepto cuando la misma ley disponga expresamente otra cosa.....*

COMENTARIO.

1. Lo mismo que encontrábamos en el particular del delito frustrado y de la tentativa, eso mismo volvemos á encontrar en el de los cómplices y los encubridores. Si muchas leyes habian confundido á los primeros con el verdadero y consumado delito, muchas tambien han confundido á los segundos con los autores del crimen. Nuestro Código ha seguido en ambos puntos un sistema opuesto, y análogo consigo mismo. Si en el delito frustrado rebaja un grado á la penalidad, y dos en la tentativa, así tambien para los cómplices y los encubridores hace iguales rebajas, de los propios uno y dos grados. La pena, pues, del cómplice del delito verdadero es la misma que la del autor del delito frustrado: la pena del encubridor la misma que la del autor de la tentativa.

2. Sin necesidad de detenerse en ello, se infiere de aquí que el cómplice y el encubridor del delito frustrado y de la tentativa, han de recibir penas menores en uno y dos grados á las de los cómplices y encubridores del delito verdadero.

3. Supongamos que se trate de un delito, cuya penalidad comun expresamos por 12.—Véase, pues, el orden con que se aplicará á los diversos casos posibles que hemos indicado:

12—al autor del delito (1);

11—al cómplice del mismo delito, y al autor del delito frustrado;

10—al encubridor del delito,—al cómplice del delito frustrado,—al autor de la tentativa;

9.—al encubridor del delito frustrado,—al cómplice de la tentativa;

8—al encubridor de la tentativa.

4. Es inútil que repitamos aquí lo que hemos indicado en varias partes; á saber, que éste es el mas satisfactorio á la vez que el mas artístico, de cuantos sistemas se han inventado y proclamado en las leyes hasta ahora. Sin duda alguna hay en él algo de arbitrario: la conciencia y la razon, que nos dicen, de seguro, que tales penas deben ser mayores ó menores que tales otras, ni señalan, ni pueden señalar con completa exactitud el cuánto en que deben distar de ellas, ó excederlas. En la fijacion de esos puntos, el legislador tiene amplitud, y procede de un modo libre, con tal que los preceptos que su imaginacion le inspira no repugnen despues del buen sentido.—Léjos de que nos repugnen,

(1) En este lugar prescindimos todavia de las modificaciones de la penalidad por razon de circunstancias agravantes ó atenuantes. De ésto se tratará en la Seccion siguiente.

por regla general, los de nuestro Código, parécenos que se avienen perfectamente con sus inspiraciones.

5. Una excepcion, sin embargo, hace el artículo, en la cual debemos fijarnos un instante. Bastará considerarla, y comprender lo que dispone, para convencerse de su completa justicia.

6. Recordarás bien que, á diferencia de otros Códigos antiguos y modernos, no ha llamado el nuestro *encubridor*, ni ha impuesto por lo general pena alguna, al que albergue, ú oculte á un delincuente. Separándose de esos otros que hemos citado en las Concordancias, ha respetado los sentimientos naturales, y honrado el principio de simpatía ó de caridad, que en tales actos nos dirige. Sin embargo, esta regla tiene excepciones (artículo 14); y la primera de ellas es cuando, para la ocultacion, interviene de parte del que la hace abuso de funciones públicas. En semejante caso hay verdadero encubrimiento.

7. Pues bien: á este encubrimiento que aquí recordamos, y que consiste en ese abuso, la ley ha querido imponer una pena especial y análoga. No ha buscado para ella la relacion con el delito principal; porque esta relacion es escasa ó ninguna, segun sus principios, cuando se trata de albergamiento ú ocultaciones personales: ha atendido mas bien al abuso de funciones que se cometia, y ha señalado un castigo consiguiente á tal consideracion. El encubridor de este género,—ha dicho—quede inhabilitado para el cargo que desempeñaba: con inhabilitacion perpétua, si el criminal á quien favoreció habia cometido un delito grave; con inhabilitacion temporal, si era de los ménos graves el que habia cometido.

8. Verdaderamente, y hablando con todo rigor científico, lo que hay aquí no es encubrimiento, sino un delito *sui generis*, que la ley pena con discrecion y con justicia.

9. Hemos dicho ántes que por regla general nos parecia bien la pena impuesta al encubridor, en lo cual se advertia fácilmente que podia haber algun caso en que no nos lo pareciera. Es así, y vamos á decir en cuál.—Segun la circunstancia 2.^a, núm. 3.^o del art. 14, son encubridores los que dan albergue á un reo de homicidio de cierta clase. ¿Aceptará por ventura la conciencia que al que tuvo en su casa una noche por conmiseracion á semejante reo se le imponga la penalidad que resulta del precepto de este artículo? A nosotros nos parece que no. Pase que se prohíba, y aun se castigue, tal exceso de piedad; pero querer castigarla de ese modo, se nos figura inmoral, cruel, imposible.—Verdaderamente, más que encubrimiento, seria ésta una accion *sui generis*, como la que poco há señalábamos, que debería tener su correccion particular.