

CAPÍTULO IV.

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.

Artículo 64.

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

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

Artículo 65.

«En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se habia propuesto ejecutar el culpable, se observarán las reglas siguientes:

»1.^a Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se habia propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á este en su grado máximo la pena correspondiente al segundo.

»2.^a Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se habia propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á este tambien en su grado máximo la pena correspondiente al primero.

»5.^a Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeren además tentativa ó delito frustrado de otro hecho, si la ley castigara estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente á la tentativa ó al delito frustrado en su grado máximo.»

Artículo 66.

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

Artículo 67.

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

Artículo 68.

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

Artículo 69.

«A los encubridores de un delito consumado se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado.»

Artículo 70.

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

Artículo 71.

«A los encubridores de un delito frustrado se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito frustrado.»

Artículo 72.

«A los cómplices de tentativa de delito se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para la tentativa de delito.»

Artículo 73.

«A los encubridores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para la tentativa de delito.»

Artículo 74.

«Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos 69, 71 y 75, los encubridores comprendidos en el número 5.º del artículo 16, en quienes concurra 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.»

Artículo 75.

«Las disposiciones generales contenidas en los artículos 66 y siguientes hasta el 74 inclusive, no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad ó el encubrimiento se hallen especialmente penados por la ley.»

Artículo 76.

«Para graduar las penas que en conformidad á lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes hasta el 75 inclusive, corresponde imponer á los autores de delito frustrado y de tentativa y á los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes:

»1.ª Cuando la pena señalada al delito fuere una sola é indivisible, la inmediatamente inferior será la que siga en número en la escala gradual respectiva á la pena indivisible.

»2.ª Cuando la pena señalada al delito se componga de dos penas indivisibles ó de una ó más divisibles impuestas en toda su extension, será inmediatamente inferior la que siga en número en la escala gradual respectiva á la menor de las penas impuestas.

»3.ª Cuando la pena señalada al delito se componga de una ó dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible, la pena inmediatamente inferior se compondrá de los grados médio y mínimo de la propia pena divisible y del máximo de la que la siga en número en la respectiva escala gradual.

»4.ª Cuando la pena señalada al delito se componga de varios grados correspondientes á diversas penas divisibles, la inmediatamente inferior se compondrá del grado que siga al mínimo de los que constituyan la pena impuesta y de los otros dos más inmediatos que se tomarán de la propia pena impuesta, si los hubiere, y en otro caso de la pena que siga en número en la respectiva escala gradual.

»5.ª Cuando la ley señalare la pena al delito en una forma especialmente no prevista en las cuatro reglas anteriores, los tribunales, procediendo por analogía, aplicarán las penas correspondientes á los autores de delito frustrado y tentativa, y á los cómplices y encubridores.»

Artículo 77.

«Cuando la pena señalada al delito estuviere incluida en dos escalas, se hará la gradacion prevenida en el artículo precedente por la escala que comprenda las penas con que estén castigados la mayor parte de los delitos de la seccion, capítulo ó título donde esté contenido el delito.»

COMENTARIO.

Con decir que el antiguo Código contenia muchas ménos disposiciones que el actual, al hablar de la aplicacion de las penas, se percibe perfectamente que los tribunales han luchado con gravísimos inconvenientes poniendo en ejecucion las disposiciones del Código en esta materia, la más esencialísima de la legislacion criminal, porque no es necesario ser un profundo jurista para conocer que no habrá justicia, si no hay buena aplicacion de la pena, evitando los excesos, ya procedan de un excesivo celo, ya de una mal entendida indulgencia.

Poco ó nada de provecho podemos adelantar nosotros á lo que Pacheco dice comentando los artículos 60 hasta el 66 inclusive del

Código antiguo, así como lo que con tanta lucidez escribieron los Sres. Castro y Zúñiga. Á los consejos de tan célebres jurisperitos, y á los informes de muchas Audiencias, se debe sin duda la nueva redaccion dada á esta seccion primera del capítulo IV. El juez encontrará en efecto mayores datos para no proceder de ligero en la aplicacion de la pena; pero la verdad práctica será que en muchos procesos ha de dudar y vacilar para hacer las verdaderas distinciones y encontrar la regla para aplicarla á cada uno de los ejemplares. No se concibe siquiera hasta dónde llega la inventiva del criminal, y qué diversos y variados accidentes ofrece cada uno de los hechos que pueden calificarse de criminosos. Hé aquí la causa por qué no en unos, sino en muchos comentarios repetiremos que no puede encerrarse el criterio judicial en un círculo de hierro, prescribiéndole reglas fijas para todo y por todo.

Racional, justo y hasta necesario es limitar las atribuciones de los Tribunales, diciendo al juzgador: tal pena merece el delito consumado, tal otra el delito frustrado, la de más allá la tentativa. Pero empeñarse el legislador en establecer reglas para cuando se comete un delito distinto, y cuando puede creerse que el encubridor pasa á la categoria de cómplice, y muchas veces de autor principal, es formar un empeño muy temerario que nunca dará resultados.

No quiere esto decir que censuremos la nueva redaccion que se ha dado al capítulo de la aplicacion de las penas. Las ampliaciones y variaciones han mejorado mucho el antiguo Código, y los tribunales podrán estudiar mejor la tabla que despues, á imitacion del antiguo Código, se ha insertado en este. Los principios, sin embargo, son los mismos; y despues de leer y estudiar esos catorce artículos, tales y como están escritos en la nueva ley, puede consultarse á los muchos y filosóficos comentarios que Pacheco hace sobre esta materia, y analizar despues los siete artículos que únicamente contiene esta seccion en el antiguo Código. (Tomo I, página 376 á la 396.)

No negamos al espíritu humano su tendencia progresiva hasta en el orden moral, aunque sean en él muy difíciles los adelantos; pero sí sostenemos con la más profunda conviccion que en la materia que tratamos puedan hacerse grandes mejoras. Lo que sí se conseguirá es introducir en el ánimo del juez recto y escrupuloso una confusion grande al aplicar tan repetidas disposiciones, buscando el artículo para aplicarle al caso sometido á su juicio. Conocemos demasiado á los tribunales, y desde ahora anunciamos que en ellos ha de dominar la intranquilidad hasta que amolden su jurisprudencia á los preceptos del Código reformado en todos los artículos que han sufrido variacion.

TABLA demostrativa de lo dispuesto en este capítulo.

	PEÑA SEÑALADA para el delito.	PEÑA CORRESPONDIENTE al autor del delito frustrado y cómplice del delito consumado.	PEÑA CORRESPONDIENTE al autor de tentativa de delito consumado, al encubridor del propio delito y á los cómplices del delito frustrado.	PEÑA CORRESPONDIENTE al encubridor de delito frustrado y á los cómplices de tentativa.	PEÑA CORRESPONDIENTE al encubridor de tentativa de delito.
PRIMER CASO..	Muerte.....	Cadena perpétua.	Cadena temporal..	Presidio mayor.....	Presidio correccional.
SEGUNDO CASO..	Cadena perpétua á muerte.....	Cadena temporal.	Presidio mayor.....	Presidio correccional	Arresto mayor.
TERCER CASO..	Cadena temporal en su grado máximo á muerte.	Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio.....	Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.....	Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio.....	Multa y arresto mayor en sus grados mínimo y medio.
CUARTO CASO..	Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio.....	Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.	Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio.....	Multa y grado mínimo y medio del arresto mayor.....	Multa.

COMENTARIO.

Era consiguiente que esta tabla contuviera más casillas que la del Código anterior. En él no había más que tres clasificaciones, al paso que en el moderno se incluyen cinco, distinguiendo perfectamente al autor del delito consumado y cómplice del mismo, al que lo es de delito frustrado y cómplice del delito consumado; al reo de tentativa y al encubridor y cómplice de delito frustrado, como todo más pormenor resulta de dicha tabla, y disminuyéndose bastante la penalidad en todos los grados y circunstancias. Los reformadores del Código antiguo podrán ser censurados por la más ó ménos oportunidad de esta misma reforma, por haber apretado los tornillos de la imprenta y restringido los derechos individuales. Habrá más ó ménos razon para estas críticas, pero no puede ménos de confesarse que han dulcificado en todo lo posible las penas, y ¡ojalá que hubieran encontrado el medio de hacerlas efectivas! El Gobierno que esto consiga, es el que adquirirá mayor popularidad en España. Los delitos, aunque no quedan impunes, producen poco escarmiento, porque, merced á nuestros establecimientos penales y á nuestras eternas y lamentables disidencias políticas, ni las condenas se cumplen como debian, ni los tribunales tienen el prestigio que merecen, no solo por su instituto, sino porque es la única clase que conserva algo de la antigua tradicion. Y no son las únicas ventajas que se consiguen con la variacion de la tabla actual comparada con la antigua. Aparte de la mayor facilidad que encontrarán los jueces para la aplicacion de la pena en cada uno de los casos sometidos á su juicio, de cuya ventaja disfrutarán todos los que intervienen en la administracion de justicia, á este beneficio va unida tambien en muchos de los casos esa facultad discrecional concedida á la magistratura para aplicar la pena en su grado máximo, medio y mínimo, que es la gran palanca en que se funda la verdadera administracion de justicia, porque no nos cansaremos de repetir é inculcar el gran principio de que el poder judicial no puede estar encerrado en un estrecho círculo para que obre como una máquina, sino que, por el contrario, debe tener criterio propio para representar dignamente los tribunales de justicia.

SECCION SEGUNDA.

Reglas para la aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes y agravantes.

Artículo 78.

«Las circunstancias atenuantes ó agravantes se tomarán en consideracion para disminuir ó aumentar la pena en los casos y conforme á las reglas que se prescriben en esta seccion.»

Artículo 79.

«No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, ó que esta haya expresado al describirlo y penarlo.

»Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse.»

Artículo 80.

«Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistieren en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad solo de aquellos autores, cómplices ó encubridores en quienes concurrieren.

»Las que consistieren en la ejecucion material del hecho ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la accion ó de su cooperacion para el delito.»

Artículo 81.

«En los casos en que la ley señalare una sola pena indivisi-

ble, la aplicarán los tribunales sin consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurren en el hecho.

»En los casos en que la ley señale una pena compuesta de dos indivisibles, se observarán para su aplicacion las siguientes reglas:

»1.^a Cuando en el hecho hubiere concurrido solo alguna circunstancia agravante se aplicará la pena mayor.

»2.^a Cuando en el hecho no hubieren concurrido circunstancias atenuantes ni agravantes se aplicará la pena menor.

»3.^a Cuando en el hecho hubiere concurrido alguna circunstancia atenuante y ninguna agravante se aplicará la pena menor.

»4.^a Cuando en el hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente por su número é importancia los tribunales para aplicar la pena á tenor de las reglas precedentes, segun el resultado que diere la compensacion.»

Artículo 82.

«En los casos en que la pena señalada por la ley contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado, con arreglo á lo prevenido en los artículos 97 y 98, los tribunales observarán para la aplicacion de la pena, segun haya ó no circunstancias atenuantes ó agravantes, las reglas siguientes:

»1.^a Cuando en el hecho no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.

»2.^a Cuando concurre solo alguna circunstancia atenuante la impondrán en el grado mínimo.

»3.^a Cuando concurre solo alguna circunstancia agravante la impondrán en el grado máximo.

»4.^a Cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes las compensarán racionalmente para la designacion de la pena; graduando el valor de unas y otras.

»5.^a Cuando sean dos ó más y muy calificadas las circuns-

tancias atenuantes y no concorra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley en el grado que estimen correspondiente, segun el número y entidad de dichas circunstancias.

»6.^a Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.

»7.^a Dentro de los límites de cada grado los tribunales determinarán la cuantía de la pena en consideracion al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, y á la mayor ó menor extension del mal producido por el delito.»

Artículo 83.

»En los casos en que la pena señalada por la ley no se componga de tres grados, los tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos.»

Artículo 84.

»En la aplicacion de las multas, los tribunales podrán recorrer toda la extension en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal ó facultades del culpable.»

Artículo 85.

«Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del núm. 8.^o del art. 8.^o para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el art. 579.»

Artículo 86.

«Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal que

obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo ménos, á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.

»Al mayor de quince años y menor de diez y ocho, se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley.»

Artículo 87.

«Se aplicará la pena inferior en uno ó dos grados, á la señalada por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.º, siempre que concurriere el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los tribunales estimaren correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren ó concurrieren.

»Esta disposicion se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 85.»

COMENTARIO.

El simple cotejo de esta seccion con la del antiguo Código, que comprende nueve artículos, demuestra que el legislador ha creído necesario dar extensas explicaciones haciendo muchas divisiones y subdivisiones, porque sin duda existen distintas consultas en el Ministerio de Gracia y Justicia sobre el modo de apreciar esas circunstancias atenuantes y agravantes. Pacheco dedica nada ménos que veinte páginas para explicar este punto interesante. Nuestra doctrina está ya iniciada al comentar otros artículos, y la sometemos al buen juicio de nuestros lectores. El legislador jamás conseguirá establecer reglas previendo todos los sucesos, y ménos describiendo sus detalles. Ya puede escribirse un Código penal de mil páginas, y de seguro á muy luego ocurrirá un hecho que no pueda ajustarse en un todo en su fondo ni en sus detalles á las prescripciones de la ley.

No son los mejores Códigos los que contienen más preceptos y reglas, como no son las mejores obras del entendimiento humano las que están llenas de descripciones difusas é indigestas.

Partidarios por consecuencia de que los Magistrados puedan

aplicar su sentido jurídico, teniendo por norte principios y reglas generales consignadas en la ley, naturalmente no nos ha de parecer bien que el Código penal aumente de volúmen, máxime cuando los diversos comentadores explican esas mismas leyes, las comparan con las de otros Códigos y pueden servir de estudio, cuando ocurren acontecimientos difíciles y complicados.

Nuestra imparcialidad, sin embargo, nos manda reconocer que se ha procurado por el legislador explicar la ley con claridad, tanto en los artículos que se han copiado del antiguo Código, como en los que se han añadido en esta seccion, y que si alguna duda ocurriere puede consultarse al comentario que se encuentra desde el folio 396 al 416 del tomo I de la obra de Pacheco, con cuyas opiniones estamos completamente de acuerdo sin poder añadir nada, porque todo sería pálido y vulgar al lado del raciocinio vigoroso de nuestro amigo. Únicamente nos permitiríamos alguna observacion si en el nuevo Código se hicieran grandes novedades; pero estando reducida la reforma á la variacion de artículos, con alguna más explicacion de lo que en el antiguo estaba ya mandado, dejamos esta materia para pasar á otra que tiene con ella un enlace íntimo.

SECCION TERCERA.

Disposiciones comunes á las dos secciones anteriores.

Artículo 88.

«Al culpable de dos ó más delitos ó faltas se impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.»

Artículo 89.

«Cuando todas ó algunas de las penas correspondientes á las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán respecto á ellas las reglas siguientes:

»1.ª En la imposicion de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado, en cuanto sea posible, por haber obtenido in-