

las de tercera á tres, y á cuatro las de la cuarta clase ó categoría—arts. 36 y 37.

178. El Código de Portugal sigue un sistema semejante. Especifica nominalmente las circunstancias atenuantes y agravantes y las clasifica en tres órdenes ó categorías ; pero sobre bases diversas que las adoptadas por nuestro código. La clasificación hecha por el Código de Portugal expresa la apreciación de la importancia relativa de estas circunstancias, según que afectan á la persona misma del agente ó á los resultados de su acción.

Según ántes hemos dicho la criminalidad de un delito reconoce como elementos necesarios la culpabilidad en el agente, y la infracción considerada en sí misma, y los resultados de ésta se relacionan con la alarma producida en la sociedad y con el daño causado por la infracción. De esta manera la pena impuesta debe medirse y graduarse en relación con aquellos elementos. Se disminuirá disminuyendo la culpabilidad del acusado ó la alarma y el daño producidos. Se agravará aumentando algunos de estos elementos ó todos. Por esta razón el Código de que hablamos clasifica las circunstancias accesorias, atenuantes y agravantes, en tres categorías : la primera que comprende las que se relacionan con el estado personal del agente ; la segunda las que dicen relación á la alarma causada, y la tercera las que afectan á la extensión del daño producido ; las primeras tienen una intensidad superior á la de las segundas, y éstas á la de las últimas ; las primeras se representan por un valor de tres, las segundas de dos y las terceras de uno. Así este Código dá más importancia, entre los elementos que constituyen la criminalidad de una infracción, á la culpabilidad moral del agente, que á la alarma producida, y más á ésta que al daño material causado.

El Código de Baviera adopta una teoría análoga ; divide las circunstancias atenuantes y agravantes en dos órdenes ó

categorías ; una que comprende las que se relacionan con la naturaleza de la acción punible considerada en sí misma, y otra que abraza las que afectan á la criminalidad, bajo el punto de vista de la intención del agente.

Los demás Códigos, adoptando la teoría de las circunstancias agravantes y atenuantes se abstienen de clasificarlas ; algunos las mencionan y especifican ; otros como el francés y el de Veracruz dejan su apreciación y la declaran de su existencia al jurado y á los jueces.

179. Tanto las circunstancias atenuantes como las agravantes que daremos á conocer después, dejarán de considerarse con semejante carácter y de tomarse en consideración para aumentar ó disminuir la pena en los casos siguientes:

I. Cuando sean de tal modo inherentes al delito que sin ellas no pueda cometerse ;

II. Cuando constituyan el delito imputado al reo, y aquel tenga señalada en la ley una pena especial ;

III. Cuando la ley las mencione al describir el delito para señalarle pena—art. 38.

Algunos ejemplos bastarán para ilustrar la doctrina contenida en estas prescripciones. Como veremos adelante, es circunstancia agravante de cuarta clase cometer el delito haciendo violencia física ó moral al ofendido. Ahora bien : el art. 808 describe el rapto, diciendo que comete este delito : el que contra la voluntad de una mujer se apodera de ella, y se la lleva por medio de la violencia física ó moral, del engaño ó de la seducción, para satisfacer algún deseo torpe ó para casarse. Resulta de esta definición que la violencia física ó moral es una condición esencial para la existencia del rapto : que esta circunstancia es de tal manera inherente á la comisión del delito que sin ella no puede cometerse, y en consecuencia que dejará de considerarse como circunstancia agravante para el efecto de aumentar la pena al delincuente. Otro ejemplo de la misma clase nos suministran los

arts. 804 y 805. En ellos se describe y se castiga el delito llamado de "*corrupcion de menores.*" La circunstancia de ser menor de edad el corrompido—menor de 18 años—, es de tal manera inherente al delito mismo, á la corrupcion de que el menor es víctima, que sin ella no puede cometerse aquel. Si alguno corrompe á un mayor de edad, si lo induce á cometer un delito, tendrá en el delito perpetrado la participacion que le corresponda como autor ó como cómplice, pero no habrá cometido el delito especial que describen los citados arts. 804 y 805, porque para éste, por su naturaleza misma, es circunstancia indispensable que el corrompido ó inducido sea menor de edad: así, pues, esta circunstancia que concurre á constituir los elementos intrínsecos de la criminalidad de la infraccion, dejará de considerarse como agravante de tercera clase, á pesar de calificarse como tal en el art. 46—fraccion 11^a

El art. 44 califica como circunstancia agravante de 1^a clase el hacer uso de armas prohibidas; pero esta circunstancia está considerada como un delito especial en el art. 948, en el que se castiga con la pena de multa de 10 á 100 pesos, de modo que en los casos en que constituya el delito imputado al reo, dejará de tenerse como circunstancia agravante. En general, para que las circunstancias que la ley califica como agravantes puedan tener este carácter, es preciso que sean accesorias; si no hay otro hecho principal cuya criminalidad se agrave con aquellas, y por sí mismas constituyen una infraccion, serán delitos á que habrá que aplicar la pena que la ley señale.

El art. 799 designa la pena con que deberán castigarse los delitos de estupro y violacion, cuando el responsable es ascendiente, descendiente, padrastro ó madrastra, ó hermano de la persona ofendida. En estos casos el parentesco de consanguinidad dejará de considerarse como circunstancia agravante; la ley lo menciona al describir el delito, y señala la

pena; por cuya razon, de conformidad con lo prescrito en nuestro art. 38, fraccion 3^a, no se tomará en consideracion para aumentar la pena designada.

180. El Código de Portugal en su art. 56 declara en conformidad con los principios indicados, que las circunstancias atenuantes y agravantes dejan de tener este carácter en las infracciones de que fueren un elemento constitutivo. Una declaracion semejante encontramos en el art. 68 del Código español de 1850, en el 79 del Código de 1870, en el 86 del Código de Guanajuato, en el 38 de los de Yucatan y Campeche y en el 45 del de Hidalgo, que en un todo adoptan las resoluciones del nuestro.

181. En cuanto a la penalidad, el art. 229 ordena que, cuando en el delito no haya circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena señalada en la ley. En este caso, la criminalidad de la infraccion, ya considerada en sí misma, ya con relacion á la intencion del agente, es la que la ley previó, la que tuvo en cuenta para designar una pena que creyó adecuada para procurar la enmienda del delincuente, la reparacion del mal causado y la tranquilidad pública perturbada por la alarma producida por el delito. Nada, pues, autoriza que se pueda imponer una pena mayor ó menor que la designada, salvo en los casos de acumulacion y reincidencia punible de que ya nos hemos ocupado. Hemos visto que estas dos circunstancias, esencialmente agravantes, no se consideran en la ley en la categoría comun de las circunstancias de esta especie, sino que por su gravedad especial han sido consideradas tambien especialmente.

182. El art. 230 ordena, que en los casos de conato, delito intentado, ó delito frustrado, se tomarán en consideracion las circunstancias atenuantes y las agravantes, solamente para fijar la pena que deberia imponerse al delincuente si hubiera consumado su delito, y no para computar despues la pena del conato, la del delito intentado ni la del frustrado.

De esta suerte, tratándose por ejemplo de un homicidio simple que quedó en la esfera de conato punible en que haya concurrido una circunstancia agravante de cuarta clase, el juez podrá agravar la pena, haciendo el cómputo sobre el maximum correspondiente al delito, si se hubiera consumado, de la manera siguiente. Pena de la ley en su término medio aplicada al homicidio simple—12 años—agravacion en virtud de la circunstancia agravante—4 años.—Pena agravada para el delito consumado—16 años—quinta parte de esta pena, que deberá imponerse conforme á la determinacion del art. 202—3 años, 2 meses y 12 dias.

Si la agravacion correspondiente se computa, no con relacion á la pena que deberia imponerse si el delito se hubiera consumado, sino con relacion á la que corresponde al conato, la cuenta seria la siguiente:

Pena ordinaria de la ley.....	12 años.
<hr/>	
Quinta parte de esta pena que debe imponerse al conato.....	2 años, 4 meses 24 dias.
Tercia parte de esta pena impuesta como agravacion.....	„ „ 9 „ 18 „
<hr/>	
Total de la pena impuesta..	3 „ 2 „ 12 „

Se ve, pues, que de cualquiera de las dos maneras indicadas que se haga la operacion aritmética, el resultado es el mismo ; así es que no debe suponerse que la ley prohiba la segunda manera de hacer el cálculo ordenando que solo pueda hacerse de la primera. ¿Deberemos creer que lo que prohibió la ley fué que el cómputo se hiciera al mismo tiempo de los dos modos? Esta suposicion es la única sostenible, si bien ningun principio de equidad podria alegarse para hacer el cómputo en el ejemplo anterior de la manera siguiente:

Pena ordinaria de la ley.....	12 años.
Máximum de agravacion.....	4 „

Total duracion de la pena..... 16 años.

Quinta parte que corresponde al conato....	3. 2. 12
Máximum de agravacion—tercia parte....	1. „ 24

Total pena al conato con circunstancias agravantes..... 4. 3. 6

Como hemos visto, en los comentarios anteriores, los Códigos de los Estados de Yucatan, México é Hidalgo han adoptado en gran parte las teorías del nuestro ; pero la inteligencia del artículo de que nos ocupamos presenta sin duda alguna dificultad, supuesto que su redaccion ha sido corregida en el primero de los códigos citados, cuyo artículo 182 dice á la letra: “En los casos de conato, delito intentado ó delito frustrado, se tomarán en consideracion las circunstancias atenuantes y las agravantes para fijar la pena que deberia imponerse al delincuente si hubiera consumado su delito, y para computar despues la pena del conato, la del delito intentado y la del frustrado.” ¿Deberemos creer en vista de esta redaccion que el Código de Yucatan autoriza que pueda hacerse el cómputo en los términos que indicamos en la parte final del párrafo anterior? Ya dijimos que ningun principio de equidad puede alegarse para fundar esta teoría, de la que resultaría que el conato de un delito, habiendo una circunstancia agravante, se castigaria con una pena respectivamente mayor que la impuesta al delito consumado en el que concurriera la misma circunstancia ; y vice-versa, que el conato de un delito, habiendo una circunstancia atenuante, debiera castigarse con una pena respectivamente menor que la correspondiente al delito consumado en que hubiera concurrido la propia circunstancia atenuante. Así en el ejemplo anterior la pena del homicidio consumado, habiendo una circunstancia atenuante de 4ª clase, seria de ocho años, deducidos cuatro de los doce que fija la ley, y habiendo una cir-

cunstancia agravante de la misma clase, la pena seria de diez y seis años, es decir del doble: si el homicidio hubiera quedado en la esfera de conato, la pena seria en el primer caso bajo las propias condiciones de un año veinticuatro dias, y en el segundo de cuatro años, tres meses y seis dias, más que el cuádruplo de la primera pena. Repetimos que seria absurdo este resultado, y en consecuencia que nuestro Código y el de Yucatan han querido establecer un mismo principio, por más que aparezcan contradictorios los artículos respectivos del uno y del otro.

183. Nuestro art. 231 ordena que si solo hay circunstancias atenuantes se podrá disminuir la pena del medio al mínimo, que podrá aumentarse del medio al máximo si solo hubiere agravantes, y que concurriendo unas y otras, se aumentará ó disminuirá la pena segun que predominen las agravantes ó las atenuantes, computando su valor respectivo segun la clase á que pertenezcan.

Toda pena temporal tiene tres términos, á saber: mínimo, medio y máximo; término medio es el señalado en la ley para cada delito; el mínimo se forma rebajando del medio un tercio de su duracion, y el máximo aumentando la misma cantidad. Si la ley fija un término mínimo y un máximo, no habrá lugar á hacer el cómputo anterior y el juez podrá imponer la pena que crea justa dentro de los términos fijados—artículos 66 á 69.—Fuera de este último caso los jueces deberán aplicar la pena señalada en la ley, esto es, en su medio, no habiendo circunstancias atenuantes ni agravantes; habiendo las primeras podrán disminuirla hasta su grado ó término mínimo, y concurriendo las últimas podrán agravarla hasta su grado máximo.

Si la ley hubiera pretendido determinar para cada caso la atenuacion y la agravacion correspondientes, habria emprendido una tarea bien difícil, exponiéndose á ser injusta: ha sido conveniente, por lo mismo, dejar cierta esfera de accion al

arbitrio judicial, á efecto de que en cada caso de aplicacion pueda, dentro de los límites de la ley, fijar la pena que estime justa, segun las circunstancias que concurran.

Si, pues, hay varias circunstancias atenuantes de cuarta clase, el juez podrá disminuir la pena hasta el punto que la ley le permite, y esa atenuacion deberá ser mayor en ese caso que cuando concurre una sola circunstancia de la clase indicada, en este mayor que en el que solo hay una circunstancia de tercera, y así sucesivamente: la atenuacion será respectivamente muy leve, cuando solo hubiere una circunstancia atenuante de 1ª clase. De la misma manera, habiendo varias circunstancias agravantes de 4ª clase, la pena podrá aumentarse hasta en un tercio más de la señalada, la agravacion será menor si solo hubiere una circunstancia agravante de 3ª clase, más leve si la circunstancia fuere de 2ª, y en su más pequeña parte si fuere de primera. No se olvide que para hacer este cómputo, las circunstancias de 1ª clase, las menores en importancia, representan la unidad, las de 2ª equivalen á dos de 1ª, á tres las de 3ª y á cuatro las de 4ª clase.

Una circunstancia agravante de 4ª clase dejará de considerarse para el efecto de agravar la pena, si hay una circunstancia atenuante de la misma especie, dos de segunda ó cuatro de primera; pero si solo concurriere con una de esta última clase, predominará el valor de aquella, y la pena deberá agravarse como si hubiera una circunstancia agravante de tercera. En esta materia deberá tenerse presente el principio de mecánica que dice que *fuerzas iguales y contrarias se destruyen*; no habiendo igualdad, la contrariedad de las fuerzas concurrentes determinará la resultante respectiva; se agravará ó atenuará la pena segun que predominen las circunstancias agravantes ó las atenuantes y en proporcion al grado de predominio.

184. Hemos dicho que las circunstancias accesorias se refieren unas á la persona del delincuente y otras á la infrac-

cion misma. Si, pues, varios concurren á la comision de un delito, las circunstancias atenuantes ó agravantes que lo sean con relacion á la persona de uno de los culpables, solo aprovecharán ó perjudicarán á ese culpable y no á los demás ; si por el contrario dichas circunstancias tuvieren relacion con la infraccion misma, solo aprovecharán ó perjudicarán á los que hayan delinquido con conocimiento de ellas. Los que no han tenido ese conocimiento han concurrido á la perpetracion del delito con la voluntad dolosa que presume la ley y en el grado que la presume, no habiendo por lo mismo razon alguna para aumentar ó disminuir la culpabilidad y la pena. Así lo determinan los arts. 232 y 233 de nuestro código, cuyas resoluciones adoptan los de los Estados de México y de Hidalgo. El Código español de 1850 establece los mismos principios en su art. 69, que reproduce en su art. 80 el Código de 1870. El Código de Yucatan hizo una modificacion importante. Las circunstancias agravantes solo perjudican á los que concurrieron á la infraccion con conocimiento de ellas; las atenuantes, ya tengan relacion con las personas de los acusados, ya con el hecho ú omision de que se les acusa, aprovechan á todos—art. 183—Esta resolucion se funda en su primera parte en un principio de rigurosa justicia, en su segunda en un principio de equidad que tiende á favorecer la condicion de los culpables.

185. En el núm. 155 de nuestro anterior comentario nos ocupamos de la disposicion que contiene el art. 234, y en el núm. 179 del presente del contenido del art. 235.

186. El art. 236 contiene dos disposiciones: 1^a siempre que para absolver á un acusado, ó para disminuir ó aumentar su pena se hayan tenido en consideracion algunas circunstancias excluyentes, atenuantes ó agravantes, se especificarán todas y cada una de ellas en la sentencia ; 2^a cuando ésta fuere pronunciada por un tribunal colegiado, se tendrán por desechadas aquellas circunstancias que no hayan sido ad-

mitidas por el número de votos que la ley exija para formar sentencia.

Nada tenemos que observar respecto de la primera de las prescripciones referidas, pero en cuanto á la segunda deberemos advertir que no es el tribunal que pronuncia la sentencia el que admite ó desecha las circunstancias atenuantes ó agravantes, sino el jurado ; de manera que se tendrán como admitidas ó desechadas aquellas circunstancias que la mayoría del jurado hubiere admitido ó desechado, y esto no solo cuando la sentencia la haya de pronunciar un tribunal colegiado, sino cuando la pronuncia un juez. Sin embargo, aquel precepto tendrá su aplicacion en los casos en que el delito no se haya sometido al veredicto del jurado ; tales son aquellos en que se juzga de delitos de la competencia exclusiva de los tribunales de la federacion de que se conoce aun conforme al antiguo sistema de enjuiciamiento.

El Código del Estado de Hidalgo reproduce textualmente en su art. 237 nuestro art. 236 ; los de Yucatan y México solo adoptan la primera de dichas resoluciones en sus arts. 187 y 196.

187. Para completar este comentario advertiremos, que la teoría de las circunstancias atenuantes y agravantes solo tiene lugar cuando la pena es temporal y por lo mismo divisible. Si no lo fuere, aquella teoría no tiene lugar ni aplicacion. Así la pena de muerte, por su misma naturaleza, no podrá agravarse con otra, y habiendo circunstancias atenuantes tampoco podrán tomarse en consideracion para el efecto de atenuar la pena, porque la atenuación solo disminuye la extensión ó duracion de la pena, pero no cambia su naturaleza. La multa, el arresto, la reclusion ó la prision, interviniendo circunstancias atenuantes, se mitigarán en favor del acusado reduciéndolas en su duracion ; pero se conservará siempre la clase de pena que la ley creyó conveniente imponer al delito. Sin embargo, seria inícuo que habiendo cir-

cunstancias atenuantes en un delito que castiga la ley con la pena de muerte, no fuera absolutamente posible cambiar la naturaleza de la pena, ya que no puede disminuirse en su extension é intensidad. Nuestro Código concede en estos casos á los jueces la facultad de sustituir la pena, sustitucion que deben hacer al pronunciar su fallo definitivo, y que en los casos de pena de muerte procede cuando hay en favor del acusado al ménos una circunstancia atenuante de 4^a clase ó varias que aunque de clase diversa tengan reunidas el valor de aquella, sino ha concurrido alguna circunstancia agravante. La sustitucion se hará imponiendo al culpable en lugar de la pena capital la de prision extraordinaria—arts. 237, 238 y 239.

CAPITULO 4º

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

Art. 39.

Son atenuantes de 1^a clase:

1^a Haber tenido anteriormente el acusado buenas costumbres:

2^a Hallarse al delinquir en estado de ceguedad y arrebató, producidos por hechos del ofendido contra una persona ligada con el delincuente por gran afecto ilícito, si éste no es un agravio para el ofensor:

3^a Delinquir excitado por una ocasion favorable, cuando ésta sea verdaderamente fortuita y no constituya una circunstancia agravante del delito, ni el delincuente haya procurado cometerlo ántes por otros medios:

4^a Confesar circunstanciadamente su delito el delincuente que no fué aprehendido *in fraganti*, si lo hace ántes de que la averiguacion esté concluida y de quedar convicto por ella.

Art. 40.

Son atenuantes de segunda clase: