

dad que frecuente, la fortuna de que goza; todas estas circunstancias que contribuyen de tan poderosa manera á hacer al hombre moral ó á corromperle, hablan á su favor ó en contra suya (1). Es cierto, sin embargo, que el que ha ganado poco bajo el influjo saludable de una familia y de una sociedad honrada, debe considerarse por esto mismo de una naturaleza perversa. ¿Pero no habría en esta naturaleza misma una circunstancia atenuante propia para contrabalancear las agravantes? No cabe duda de que hay naturalezas originariamente mejores ó peores que otras, constituciones más ó ménos propias para dejarse llevar de la influencia moral. ¿Pero la presunción moral debe estar aquí á favor de la excusa? Si así fuera ¿qué sería la justicia; qué oficio se dejaría á la libertad y á la inteligencia? No; si alguien puede ser culpable, es el que ha recibido todos los auxilios del buen ejemplo, de la instrucción, de la educación, del honor doméstico; aquel á quien no excusan la necesidad, ni las malas compañías, ni los malos hábitos, ni la brutalidad de un hombre que se ha criado sin educación. No había razón para que la nobleza y la dignidad sirvieran en otros tiempos de excusa: estas son circunstancias agravantes (2). No es esta, sin embargo, una razón para imponer á los culpables de superior posición penas más severas que á los demás: si son más culpables, se hallarán también más humillados y serán más sensibles á los sufrimientos físicos, hallándose de esta manera restablecidas la justicia y la igualdad. Es, por lo tanto, una mala ley la que atiende á la categoría del criminal: tal era la de los pueblos bárbaros y la de nuestros padres; tal es aún la de Rusia y la de todos los países donde las castas existen. Esta desigualdad es admisible en las leyes de Manú (3): en todas partes donde ha hecho la ley una casta privilegiada, ha desconocido los derechos de la humana naturaleza: hoy mismo, en los países más ilustrados del mundo, si hay esclavos, la ley

(1) «Esta es la ocasión de decir con Loysel (*Instit. coutum.*, lib. VI; tit. II, máximas, 28 et 29).» Siempre que el noble aparezca convicto de un caso vil, será castigado como villano.

(2) Así es como lo decide el *Código de la Luisiana*. V. *Revista extranjera y francesa de legislación*, t. IX, p. 698.

(3) El derecho romano también había consagrado esta injusticia. L. 9, § 11, D., *De pœnis*; L. 28, eod. tit.; L. 3, Cód. *De pœnis*; L. 6, § 2, D., *De interd. et relegat.*

emplea con ellos un lenguaje aparte, y este lenguaje es el de la crueldad; lenguaje que es una consecuencia obligada del sistema de la esclavitud, y que afea como una negra mancha los Códigos de las Repúblicas americanas y los de las colonias.

También es otra injusticia no extender este privilegio á todas las personas elevadas en dignidad, tales como los sacerdotes, los religiosos y los altos funcionarios (1).

Digamos, sin embargo, que este privilegio reservado sólo á los nobles, no dejaba de tener excepciones; pero es justo observar además que el orgullo de casta, más aún que la justicia, era el principio de estas restricciones (2).

En igualdad de circunstancias, la buena educación hace más culpable y la mala más excusable (3). Es necesario considerar también la influencia de la opinión, según que ella considere como crimen lo que una sana instrucción no puede mirar como tal, ó por el contrario, prescriba ó permita lo que las leyes prohíben ó lo que ordenan. Se es más culpable cuando se tiene contra sí la opinión pública y la ley, y se es evidentemente ménos, cuando no se halla en oposición sino con la ley. Sin embargo, si ésta y la opinión son poco razonables y el delito de atentar contra ellas es como una protesta contra esa doble tiranía, hay en tal acto un carácter de reacción que puede carecer de conveniencia y aún de prudencia, pero que no carece de generosidad y aún de grandeza.

Si un delito se ha cometido impunemente al abrigo de la opinión, esta es una razón para ser ménos severo respecto á aquel que cree gozar de la impunidad, principalmente cuando el delito no tiene en sí este carácter.

Los arrebatos de la muchedumbre en la perpetración de un delito, el número simultáneo de los delincuentes excusa también, aunque en menor grado. Pero es necesario que este número sea muy considerable, como en un motín ó en una revolución; si es pequeño, como en una asociación para el robo ó para el pandillaje, el delito se considera agravado.

(1) Jousse, II, p. 631.

(2) Jousse, II, p. 630 y 631.

(3) Así es, repetimos, como Livingston lo ha entendido en su redacción del *Código de la Luisiana*.

III. En todo caso, la buena ó la mala fé, la ignorancia ó el conocimiento de lo que se hace, el error ó el perfecto discernimiento respecto al delito, son otras tantas circunstancias que merecen ser apreciadas.

La mala fé en el mal, toma el nombre de dolo. La ausencia de la mala intencion (excepto en materias de orden público y de policia) exime de pena, pero no de la reparacion del daño (1).

El dolo, en una acepcion más limitada, implica la idea de engaño y de premeditacion, y el designio de engañar ó de dañar (2).

La falta, si no va acompañada de la mala fé, aunque no deja de ser reprochable, lo es mucho ménos que el dolo. Tiene, como éste, grados que son más fáciles de nombrar que de caracterizar, y más fáciles de caracterizar que de designar en la práctica. La gradacion de las faltas ha ejercitado desde hace mucho tiempo la sagacidad de los jurisconsultos, en lo cual puede haber ganado algo la ciencia, pero la práctica muy poco (3). Se trata, en la gradacion de las faltas, de su divisibilidad, y toda cuestion de esta naturaleza no tiene jamás nada de rigurosamente verdadero. Dejemos, pues, á los jurisconsultos sus dos ó tres grados como casos vacíos, casos inútiles en la aplicacion, y reconocamos que la verdadera escala en este caso, la medida que serviría para estimar las faltas segun el deseo de los jurisconsultos, es la conciencia. Esta procede por aproximacion, teniendo cuenta tan exacta como sea posible de las circunstancias diversas, numerosas y delicadas, casi tan difíciles de descubrir como de enumerar *à priori*, y que quedarán siempre por reconocer y por juzgar en la realidad.

Digamos solamente que hay falta siempre que una accion ó una omision por imprevision, impericia ó debilidad, atenta á los derechos de otro.

Digamos tambien que sólo en el derecho civil, en los *contratos ó cuasi-contratos*, la falta grosera se halla asimilada al dolo, *lata culpa dolus*, á ménos que ella no implique el

(1) Pap., lib. IV, tit. 8, núm. 3.—Cod. L. *de Sicar.*;—L. *Qui injur.*, D., *De furtis*;—L. *Quod reipublicæ*, D., *De injuriis*;—L. *Cum autem*, § *Excipiuntur*, D., *De cedit. ed.*

(2) L. 1, § 1, D., *De dolo malo*.

(3) Véase sobre esta cuestion la obra de M. Hasse, *Die culpa des Römischen Rechts*. Kiel, 1815.

dolo. Aquí, en efecto, en derecho criminal no se ha preceptuado nada; no se ha tomado empeño alguno al que se haya faltado.

La falta por omision, principalmente, si no es grave, merece más indulgencia que la falta por comision; es ordinariamente más natural y más prudente abstenerse que obrar.

En general, el dolo no se presume; es necesario que el que lo alegue lo pruebe. La falta no se presume tampoco, á ménos que no sea la más indulgente de las suposiciones posibles, como en el caso de incendio: la presuncion de derecho es, por lo tanto, la buena fé. Pero esta presuncion cesa desde que el delito es evidentemente tal; si la ley que lo prohíbe es conocida ó se reputa con razon conocida del delincuente; si el delito se refiere á otros actos cuya culpabilidad subjetiva es cierta ó probable; si el autor del delito es reconocido como sugeto de él; si pretende con mentiras declinar la responsabilidad que le toca; si las precauciones por él tomadas acusan una intencion que se juzga culpable; si el delito va acompañado de violencia ó de lesiones graves al derecho de otro; si las relaciones del autor del delito con el que se considera lesionado eran propias para producir tales consecuencias; si el autor del delito tenía interés en cometerle; si lo había consumado solo, etc. (1).

Las circunstancias contrarias engendran naturalmente bien diferentes presunciones.

La buena fé en el mal, supone la ignorancia de este mal; pero esta misma ignorancia debe justificarse, porque de otra manera no excusa ó excusa ménos.

La ignorancia en materia de delito es ya un error; se puede decir, sin embargo, que hay esta diferencia entre las dos cosas: que la ignorancia tiene lugar cuando no se cree hacer mal, y el error, cuando se cree hacer un bien. Hay la diferencia de lo negativo á lo positivo.

Lo mismo sucede con la buena fé y la buena intencion: la primera es negativa y no es mala; la segunda es positiva y es buena.

Estas diferencias son reales y deben ser apreciadas. Pero la buena fé y la buena intencion, así como el error, cuando

(1) Farinacius, *quest.* 89, números 74, 75, 77, 81, 98, 104, 127, 130, 140, 141.

hay delito, reconocen una causa comun; la ignorancia. Se trata, pues, en todos estos casos, de apreciar el grado de inocencia.

Hay delitos sobre los cuales no pueden engañarse sino los niños, los imbéciles ó los locos. Hay otros que no son delitos naturales, pero respecto á los cuales es poco excusable ignorar su carácter, porque la ley, la costumbre, las tradiciones y los usos diarios proclaman la naturaleza misma de aquel delito. En vano el culpable querría alegar una instruccion contraria, la autoridad de un maestro cualquiera: harto dice el buen sentido que nadie tiene el derecho de enseñar el desprecio de las leyes del país: de otra manera, todos los errores, todos los fanatismos podrían destruir el edificio social (1). Así pues, la ignorancia del derecho no se presume, y no debe admitirse sino rara vez. Al que la alega le toca probarla y demostrar que es excusable.

La ignorancia del hecho no se presume tampoco; pero una vez establecida, excusa del dolo ó de la falta: *exime*, pues, de la pena; pero no dispensa de reparar el mal ocasionado.

El error es más difícil de justificar que la ignorancia, ya cuando se cree hacer el bien haciendo el mal, ya principalmente cuando creyendo cometer un mal, se comete otro. En este último caso, no hay error de nombre, propiamente hablando, sino error de hechos, y es imposible la excusa completa. De lo cual ofrecen muchos ejemplos las leyes romanas (2).

La buena intencion, por el contrario, puede excusar algunas veces, cuando se comete una accion mala; pero sólo en el caso en que el error es jurídicamente imposible.

Los buenos sentimientos no van necesariamente acompañados del error de derecho ó de hecho. Se puede como el Horacio vencedor dejarse arrebatarse por la indignacion y cometer conscientemente un delito, pero por un móvil que no tiene nada de laudable en su principio ó en su esencia; el acto sólo es reprehensible, más por mucho que lo sea, puede merecer indulgencia.

Hemos hablado de la negligencia ó de la falta al hablar

(1) Jousse, p. 614, núm. 216.

(2) L. 45, § 2, D., *Ad. leg. Aq.*; L. 5, § 1, D., *De servo corrupto*; L. 18, § 3, D., *De injur.*; L. 6, D., *De crim. expil. heredit.*

del dolo, y hemos preguntado al tratar de la excusa que se funda en la violencia, si la necesidad apremiante podía aspirar á la misma indulgencia.

IV. Si atendemos á la materia sobre que se ha cometido el delito, hecha abstraccion esta vez de los motivos ó de la intencion, advertiremos fácilmente que ciertas circunstancias exteriores pueden aumentar su gravedad ó servir de título para dulcificar la pena, y que conviene tener en cuenta este orden de circunstancias sin entrar, sin embargo, en detalles demasiado minuciosos como lo hacian ciertas leyes. Zoroastro distinguía, por ejemplo, en una herida, el tiempo necesario para su cicatrizacion; si se había inferido por detrás; si había corrido la sangre; si el cuerpo había sido desgarrado; si se había fracturado algun hueso, y si se había separado algun miembro del tronco (1).

La manera como se había cometido el robo ocasionaba ya á la vista del legislador romano diferencias en la pena. En Esparta esta diferencia podía llegar hasta hacer desaparecer la culpabilidad.

El instrumento del delito no deja tampoco de tener influencia en la pena. Así, el envenenamiento es más odioso que el asesinato, puesto que une la cobardía á la maldad.

La ley de los Burguñones imponía diferentes penas si se cogía á un hombre de los cabellos con una ó con las dos manos (2).

Si la violencia es escarnizada, persistente; si el puñal se ha retorcido en la herida, si las puñaladas son muchas, habrá en estos casos indicios de una ferocidad que no podría hallar excusa sino en la cólera más exasperada y más legítima. Pero si un acto de maldad se comete á sangre fría, contra toda justicia, sin el más ligero resentimiento; si la víctima es degollada, mutilada lentamente con el rosario en una mano y el puñal en la otra, como hacian los feroces trabucaires, debe aplicarse toda la severidad de la ley. Si la sociedad se venga, el suplicio en este caso sería justo.

V. Motivos de agravacion ó de atenuacion, se deducen igualmente de la naturaleza ó del grado de la accion puni-

(1) Pastoret, *Tor., Conf. et Mahom.*, etc., p. 81-89.—Anquetil du Perron, *Zend-Avesta*.

(2) Tit. 5, L. 7, *Si quis ingenuum hominem per capillos arripuerit, si una manu, 2 solidos inferat; si utraque, 4.*

ble. Un delito que tiene naturalmente este carácter para todo el mundo, es un mal más grande que el que sólo es tal por el hecho de la ley ó de las circunstancias que se pueden ignorar. En los delitos naturalmente tales, los de la misma especie y del mismo nombre, como el robo, difieren singularmente por lo que es objeto de ellos, la cualidad, la materia, por el *corpus delicti*, como tambien por la cantidad absoluta.

La cantidad relativa puede tambien agravar la falta. Hay mayor mal moral en robar al pobre que al rico.

Estas distinciones se han observado siempre, y si los legisladores han parecido algunas veces engañarse en este punto castigando más severamente lo que es ménos culpable que lo que es más, por ejemplo, los delitos contra el fisco más que los delitos contra los particulares, es porque el interés de los principios se encontraba en aquel caso más comprometido, y porque se quería compensar, por un exceso de temor, lo que faltaba naturalmente á la conciencia.

Un cierto interés público, bien ó mal entendido, ha podido ejercer todavia determinada influencia en las represiones que se refieren al órden ó al bien general. Creése, sobre todo en las repúblicas, que el delito se halla en razon del número de los que padecen sus consecuencias, aunque el grado del perjuicio experimentado por cada uno sea infinitamente pequeño; se hace de la cosa pública, de la patria, un ídolo, y de todo atentado contra ella un sacrilegio. Los Japoneses castigaban con la muerte el contrabando con la China, y esta pena los arrebató 4.000 ó 5.000 personas en un siglo (1), pérdida seguramente más grande que las que experimentarían el Imperio si el contrabando fuera algo más considerable, ó la pena mucho más suave, si, por ejemplo, sólo fuera pecuniaria.

Como se ve, trato de la cuestion económica, la de saber hasta qué punto las naciones se hallan interesadas en aislarse comercialmente, en qué circunstancias y hasta qué punto.

El contrabando no es más que una especie de robo público. El buen sentido del pueblo mira con razon este robo como incomparablemente ménos culpable que el que alcanza á los particulares.

(1) Kämpfer, IV, 8.

Las leyes que se ponen en contradiccion con el buen sentido, tienen, por lo tanto, una doble falta: si la opinion general, aun cuando sea errónea (hablo de algo inferior al buen sentido), se opusiese á una medida legislativa, esta medida sería ya mala por sí. El legislador debe rehacer la opinion cuando es falsa, y no ponerse jamás en contradiccion con ella, excepto cuando exija de él alguna injusticia, cuando por ejemplo, inspirada por un fanatismo ciego, demande al soberano que todos los pecados sean castigados como atentados jurídicos, como faltas sociales.

Hay tambien una especie de iniquidad en castigar la desgracia, y aun la misma falta si se quiere, como se castigarían la maldad y el dolo; por ejemplo, privando para siempre de la libertad á un deudor insolvente: en esto habría alguna mayor crueldad que si se le quitara la vida (1). Comprendo que el fruto del trabajo de un deudor insolvente (2) pertenezca á sus acreedores; este es un derecho estricto; pero que su libertad y su vida le sean arrebatadas por esto, es lo que no consideramos justo, puesto que no hay analogía entre la falta y la pena. La analogía ha podido conducir á abusos en materia de legislacion criminal, pero si hubiese sido prudentemente seguida, habría prevenido más abusos que dado origen á ellos. Esta sería toda la cuestion, aunque se pudiese probar que la analogía conduce á veces á penas injustas; prueba que á nuestro entender no se puede hacer todavia. Los que la atacan no se aperciben de que la analogía es únicamente el principio de la eleccion de las penas, pero que este principio no es responsable del grado de la pena ni de su moralidad. La justicia y la moral son las que deben dar los otros dos principios propios para regular *la legalidad del primero*.

VI. Las consecuencias de un delito, su resultado feliz ó funesto para el que debía sufrir sus consecuencias ó para el público, son tambien causas que conducen á la indulgencia ó á la severidad. Sin duda se puede decir moralmente con

(1) No puedo creer que este sea el verdadero sentido de cierta ley romana sobre la cual tanto se ha escrito. V. L. 6.<sup>a</sup>, Tab. III. Por lo demás, esta disposicion no sería la única de esta especie; Solon dictó una analoga, y los Germanos, segun Tácito, no eran ménos despiadados con los deudores insolventes. Volveremos sobre este asunto.

(2) Y por consecuencia, su libertad en cierta medida y bajo ciertas condiciones; pero no la libertad en el sentido absoluto de la palabra.

el emperador Adriano: *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* (1); pero el mal realmente ocasionado, debe entrar tambien por algo en un sistema penal que no atiende sólo á la intencion: digo más, debe ser la base primera, la base esencial de la culpabilidad: por lo demás, basta que el acto sea imputable.

VII. Por esta misma razon se debe ser más severo con el autor de un delito, cuyas consecuencias probables deban ser más ó ménos desagradables, aunque estas consecuencias no hayan sido claramente queridas por el culpable.

VIII. Se castigan más severamente tambien los delitos más fáciles de cometer, ó contra los cuales es más difícil resguardarse, tales como el robo de instrumentos de labranza y de bestias en los campos, de sementeras plantadas ó segadas, y de objetos muebles en los lugares públicos, en los hoteles. «En la isla de Man, dice Blackstone, esta regla tenia tan gran extension, que el robo de un caballo ó de un buey, no era castigado con la muerte, á causa de las dificultades de ocultar lo robado, en este pequeño territorio, ó de sustraerlo fuera de la isla; pero el de un cerdo ó el de un ave, era un delito capital por la razon contraria» (2). Lo mismo sucede con el robo en los caminos reales, con el robo á mano armada, con las violencias ejercidas contra un niño, contra una mujer ó contra un anciano.

La violacion del domicilio ha sido considerada siempre como una causa agravante en consideracion á que la seguridad debe ser en ella mayor (3). El derecho lituano condenaba al que habia ocultado alguna cosa, aunque fuera de poca importancia, en el palacio real, á perder un oreja por la primera vez, y la vida en caso de reincidencia (4). En Polonia, el delito ó el crimen cometido no lejos del monarca, en su casa, en la ciudad ó en la aldea en donde se encontraba, se

(1) D., L. 43, tit. 8, l. 14.—V. tambien D., L. 14, ad leg. Cornel. De sicariis.

(2) Código criminal de Inglaterra. Parte 1.<sup>a</sup>, p. 13.

(3) V. Estat. de Crem., III, p. 72.—El domicilio comprende, no solamente la casa, sino tambien el jardin y el pórtico. El Estatuto de Ferrara extiende el domicilio á diez piés al rededor de la habitacion (*Statuta urbis Ferraris*, liv. III, c. 80).—V. tambien el Estatuto de Tortona, libro IV, p. 125. El de Milan exceptúa prudentemente de la agravacion de la pena por esta circunstancia á los mismos habitantes de la casa (*Stat. crim. Mediolani*, cap. 69).

(4) Maciejowski, *Slavische Rechtsgesch.*, t. IV, p. 233.

consideraba agravante. El derecho lituano hacia tambien de esta circunstancia un crimen de lesa-magestad, cuando se hacia uso de armas ó se inferian heridas en el palacio real. Si éstas se hacian sin armas y sin ataque que rechazar, el culpable era condenado á perder la mano (1). El tiempo, de día ó de noche, de paz ó de guerra, de escasez ó de abundancia, es tambien una circunstancia que debe tenerse en cuenta.

IX. Es necesario entender tambien por circunstancia de tiempo y de lugar, las épocas, los climas, los paises, los lugares públicos y los que no lo son, los que se hallan dedicados á ciertas reuniones con preferencia á otras. La Ordenanza de Monterean (artículo 40), establece lo siguiente: «El día del sábado, que es de mercado, si se encuentra al delincuente cometiendo excesos en la persona de alguien, ó por razon de tal cosa ó delito, se le impondrá la multa ordinaria de cinco sueldos turneses; por razon de dicho día del sábado y mercado, será de sesenta sueldos turneses» (2).

X. Las relaciones del culpable al ofendido, pueden igualmente agravar ó atenuar el delito. Un hijo no puede castigar á su padre, pero un padre puede usar de cierta severidad para con su hijo, principalmente cuando es todavía niño. Las relaciones de parentesco, de tutela, de marido y mujer, de señor y de criado, de superior é inferior, dicen bastante que los malos tratamientos cometidos en estas condiciones, tienen más ó ménos gravedad que cuando se verifican entre personas que no tienen otra relacion entre sí que las que existen entre todos los hombres como seres morales de la misma especie, ó se hallan unidos por lazos ménos estrechos que los precedentes.

Comparando las leyes de los pueblos bárbaros que estuvieron en vigor desde el siglo V al XII con las de las repúblicas desde el siglo XII en adelante, se encuentra que, durante el primer periodo, las penas señaladas para los delitos cometidos contra las gentes de iglesia, eran tres veces mayores que las penas ordinarias (3), mientras que en el se-

(1) Idem. *Slavische Rechtsgesch.*—V. tambien *Laudensium statuta*, c. 511.

(2) La conferencia de las costumbres, por P. Guenoys, Parma, 1596, t. I, tit. 26, números 9 y 13.

(3) Canciani, *Leges Barbar.*, t. II, p. 326, col. 2; p. 330, col. 2; t. III, p. 193, col. 2.