

gundo período fueron mitigadas, y reducidas, finalmente, al nivel de las penas ordinarias, quedando la pena superior en beneficio de la autoridad civil. Este grado de exacerbación fué doble en ciertos Estados (1), y se elevó en otros hasta el cuádruplo (2).

La dignidad del ofendido, su carácter público, hacían á veces elevar la multa hasta el séxtuplo (3).

En ciertos Estados, el grado de la pena fué tal que cambió la naturaleza del delito, puesto que se castigó como el crimen de lesa-majestad (4).

El *Statuto de Cremona* pena á los abogados consultores, á los patronos y á los árbitros en la misma categoría que á los jueces; la pena era cuatro veces mayor para los delitos cometidos con ellos que para los que se cometían contra simples particulares (5). Los campesinos que faltaban á los ciudadanos eran castigados con una pena doble de la que se imponía á los delitos de burgués á burgués (6). Análogos privilegios obtuvo la riqueza (7), y asimismo la instrucción, la educación y las profesiones liberales (8). Cuando se extendieron los conocimientos, la instrucción obtuvo todavía inmunidades mayores (9).

La moralidad de las personas ha inclinado también á algunos jueces á ser más indulgentes con los unos y más severos con los otros (10). Hay mayor mal, en efecto, en la injuria hecha al hombre de bien que en la falta que se comete con el que no se respeta á sí mismo; pero estas condiciones

(1) *Stat. crim. de Milan*, c. 98; de *Lodi*, c. 976; de *Monza*, capítulo 17, 128.

(2) *Statuta curiæ Matarella Domi Ossulae*, p. 40.—*Stat. de Novara*, p. 129, 130.

(3) Sainte-Croix, *Du gouvernement feodal*, p. 359.

(4) *Municipalia Cremæ*, p. 76.

(5) *Stat. Cremonæ*, p. 56; *Stat. de Casalmagg.*, p. 78; de *Ferrarae*, III, 77, p. 143.

(6) *Ibid.*, p. 53, 54.—*Stat. de Ferraræ*, III, 72.

(7) Canciani, *Leg. Barb.*, t. IV, p. 239, col. 2.—Cf. Montaigne, *Essais*; *Londres la cour et les provinces d'Angleterre*, t. III, p. 106; *Leges nov. reipubl. Genuæ*, c. 50.

(8) Véase la vida de Alarico, la de Amalasueta y la de Casiodoro.

(9) Véanse todos los estatutos de las ciudades de Italia, particularmente los de Brescia, c. 210, p. 197; el de Cremona, p. 94, 105; de Ferrara, lib. III, c. 67; de Crema, III, p. 76.—Cf. Sainte-Foix, *Œuvres*, t. V, p. 367.

(10) *Municipalia Cremæ*, III, p. 77.—*Criminal jur. Genuæ*, II, 5.—*Leg. Barb.*, en Canciani, t. I, p. 372, col. 2.—*Statut. comm. Placent.*, II, *De verbis injur.*

son difíciles de determinar y las apariencias engañan á veces. En todo caso, no se puede cometer injuria más grave á las personas respetables que ofendiéndolas en presencia de aquellos que las estiman (1).

XI. Conviene manifestar también que los delitos parecen más ó menos graves, según que amenazan á una ó más personas, es decir, según que se cometen en circunstancias más ó menos frecuentes. Así, el que envenena á su padre para gozar prematuramente de sus bienes, no parece tan peligroso como el malvado que asesina para robar, aunque su crimen sea más atroz. Quien envenena á su padre con miras interesadas, no cometería una muerte ordinaria, y pocos padres de familia temen tal tratamiento de parte de sus hijos. Compréndese, por lo demás, que el sentimiento de seguridad puede inclinar más fácilmente á la indulgencia como el de la alarma á la severidad, y que, por lo tanto, una circunstancia agravante de un lado, puede neutralizarse por una atenuante de otro y recíprocamente.

Farinacius deduce también una circunstancia atenuante de la incertidumbre en que se puede estar sobre el autor del delito, como, por ejemplo, cuando un crimen se ha cometido por un individuo que forma parte de una reunión (2). No podemos admitir que, si la reunión no tiene nada de ilícita, todos los que la compongan puedan ser castigados con la misma pena, aunque sea inferior á la que ha merecido el que comete el delito, prescindiendo del caso en que la denuncia sea obligatoria; pero aún en este caso, no convendría aplicar sino la pena que merece el que se niegue á denunciar, y siempre faltaría saber si puede alcanzar hasta los que no hayan podido aconsejar al culpable. Si, por el contrario, la reunión es para cometer un delito; si es sediciosa, por ejemplo, todos los que la componen pueden ser acusados del delito de reunión ilegal por causa de sedición, pero no bajo otro concepto. Otro caso en que el autor presunto de un delito debe ser castigado, pero menos severamente, es cuando sin formar parte de una reunión se halla designado por la opinión pública ó acusado por cierto número de hechos

(1) *Stat. de crem.*, III, p. 94; de *Pavie*, c. 16; de *Lodi*, c. 623; de *Valzesia*, c. 36 y 37; de *Intra et de Pallanza*, p. 101; de *Valsaoina*, c. 30, p. 12; de *Pontremoli*, III, c. 16, p. 72.

(2) Farinac., qu. 76, números 14 et suiv.

proprios para engendrar una verosimilitud más ó ménos grave. Pero desde que se ha convenido en que no se puede castigar sino con pruebas ciertas y no con simples apariencias, es necesario renunciar á imponer castigo al autor incierto del delito. No se puede pensar en que descienda la pena al nivel de la incertidumbre (1), y en este caso no hay pena posible racionalmente.

Habríamos podido entrar en mayores detalles sobre las circunstancias atenuantes ó agravantes, pero en este punto el exceso es más de temer que el defecto. Dichosos si podemos librarnos de la censura de haber sido demasiado extensos en los detalles análogos, á los cuales descienden muchas legislaciones, y sólo el interés de la cuestion parecen justificarlos suficientemente.

Los jurisconsultos romanos ditinguan ya siete clases de circunstancias atenuantes, segun que se referian á la causa ó al motivo, al lugar, al tiempo, á la cualidad y al grado del delito, y, en fin, á las personas que le habían cometido ó que habían sufrido sus consecuencias (2). Nuestros antiguos criminalistas han seguido las huellas de los jurisconsultos romanos; uno de ellos, Tiraqueau, ha hecho un notable trabajo sobre la materia (3) admitiendo cuarenta y cuatro razones de atenuar ó de resistir la pena.

El derecho canónico, en el que tan gran parte tiene la moral, no podía dejar de admitir grados en los delitos de la misma naturaleza (4). Una de las principales razones de la

(1) Pueblos modernos se hallan todavía en este caso, como veremos mas adelante.

(2) *Aut facta puniuntur, aut dicta, aut scripta, aut consilia...* Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu, L. 16, D. *Præm.*, et § 1, *De pœnis*.—Saturnin desenvuelve luego esta division.—V. Ulp., L. 13, D., *De pœnis*, y las observaciones críticas de M. Riviere sobre este pasaje *Reseña histórica de la legislacion criminal de los Romanos*, p. 52.

(3) *De pœnis temperandis vel remittendis* en su *Tractatus varii*, 1 vol., en fol.—V. tambien Farinacius, *De delictis et pœnis*. En el número de las circunstancias que necesiten la pena cuenta el caso en que se rompa la cuerda de un ahorcado. Este caso no es quimérico y había sido prescrito tambien por una ley inglesa de la Edad Media: «*Si latro suspensus fuerit et postea cadat de furca, quietus erit ulterius de illo furto*».—Honart, op. 1, t. II, p. 249.—Véase tambien sobre este objeto: Lynden (J. c. C. P. van), *De moderanda pœna*, 1828;—Meersch (J. F. van de), *De justo (προσωποληψίας) in pœnis infligendis moderamine*, Lugd. Bat., 1798;—*Revista de derecho*, 1850, t. VII, p. 424.

(4) *Corpus juris can.*, secunda pars, caus, 2 quæst, 3.

arbitrariedad de las penas en nuestra antigua jurisprudencia, es precisamente la necesidad de apropiárselas, no sólo al delito, sino tambien al grado del mismo, grado que varía segun los casos.

Las leyes modernas, cuyo carácter es naturalmente más blando, han debido con mayor razon conceder más á la apreciacion de las circunstancias, lo cual sucede particularmente en todos los países en que el hecho ha sido sometido á jueces distintos. En los mismos países en que el jurado no se ha admitido todavía, los jueces son llamados á darse primero cuenta rigurosa del hecho, á estimarle en su justo valor moral y á aplicarle luego la pena merecida.

El Código austriaco determina cinco circunstancias especialmente agravantes, y trece atenuantes, de las cuales diez se refieren á las personas y tres á los hechos (1). Coloca en el número de las circunstancias agravantes, la de haber cometido otro delito de la misma especie ó de especie diferente.

Si el Código neerlandés no ha creído deber investir al juez del derecho de rebajar la pena en consideracion de las circunstancias atenuantes en caso de delito capital, so pretexto de que sólo el jefe del Estado tiene el derecho de gracia, ¿no es esto, por ventura, tropezar con una dificultad creada voluntariamente, ó negarse á ser consecuente? Si hay en él circunstancias atenuantes, el crimen puede no ser capital sino en el nombre, y no se ejerce un derecho de gracia no condenando á muerte, sino puramente un derecho de justicia. Esto es querer ser muy severos para dar al jefe del Estado una apariencia de benignidad (2).

El Código del Brasil juzga conveniente, como la mayor parte de los que no admiten el jurado, enumerar con alguna extension las circunstancias agravantes ó atenuantes, contando 22 de la primera clase, entre otras, si el delincuente ha sido pagado ó si ha pretendido serlo para cometer el delito; si ha empleado malas artes para sorprender á su vic-

(1) *Código austr.*, primera parte, artículos 37-40, traduccion de M. Foucher.

(2) Esta disposicion del *Código holandés* es justamente censurada por un juriseconsulto del país M. Koenigswarter, *Revista extranjera y francesa de derecho*, IV, p. 344.

tima, ó si ha aumentado con su crimen una afliccion ya existente (1).

Las circunstancias atenuantes, enumeradas en este mismo Código, son en número de diez (2).

El Código boliviano enumera tambien las circunstancias legalmente atenuantes. Siempre que la ley especifica las circunstancias que agravan ó atenúan el delito, el juez no puede admitir otras sin que la enumeracion que de ellas hace la ley sea supérflua: la sentencia debe ademas mencionar la circunstancia que ha sido tomada en consideracion. Se podía muy bien exigir al jurado que no admitiese otras circunstancias atenuantes que las que fueran reconocidas por la ley, y por consecuencia, que las diera á conocer en su veredicto; pero el jurado es más capaz de sentir que de pensar, y antes se debe esperar de él una impresion confusa, que exigirle un discernimiento perfecto.

El Código de la Luisiana pone con mucha razon en el número de las circunstancias agravantes, las funciones públicas, de las cuales se halla investido el culpable, su elevada posicion social, su educacion, su conducta anterior, su fortuna, etc. (3). El Código belga, sin duda por imitacion del Código neerlandés, no ha extendido la facultad de atenuacion á todos los hechos del gran criminal (4).

Después de todo lo que acabamos de decir sobre las circunstancias que aumentan ó disminuyen la culpabilidad, parece que se pueden muy bien definir las circunstancias agravantes, diciendo que son hechos accesorios al elemento esencial del delito, que le hacen jurídicamente más ó menos grave, y por consecuencia, más ó menos punible, sin embargo de no constituir nunca por sí mismos delitos distintos.

De esta manera descartamos todos los hechos que no tienen ninguna conexión con el delito, ó que sin embargo de referirse á él, constituyen por sí solos delitos distintos (5). Poco importa que uno de estos delitos no sea más que un medio, y el otro un fin, que el uno sea principal y el otro ac-

(1) Primera parte, artículos 15-17.

(2) *Ibid.*, art. 18.

(3) *Revista extranjera y francesa*, t. II, p. 698.

(4) *Ibid.*, t. XII, p. 729.

(5) Es delito esencialmente distinto el que se declara tal por la ley en el caso en que no es conexo.

cesorio: son dos delitos merecedores cada uno de una pena especial.

No ignoramos que esta manera de considerar las circunstancias agravantes de los delitos, se separa de la que es admitida por la mayor parte de los jurisconsultos y de las legislaciones. Generalmente se tiende á considerar dos delitos conexos, el uno como delito único, como delito propiamente dicho, y el otro como una simple circunstancia agravante del primero. Nosotros vemos aquí lo que realmente debe hallarse: dos delitos, de los cuales, el menor sería por sí mismo punible; vemos concurso de delitos, y por consecuencia acumulacion posible de penas. Volveremos bien pronto sobre esta cuestion. Por lo demás, queremos que la justicia humana no sea despiadada, que no use de todo su derecho; pero en interés de la verdad, de la perfeccion de la doctrina, de la justicia y de la moral misma, es necesario distinguir lo que debe ser distinguido; es necesario que no se aumente una pena ya suficiente, y que se sepa si no se aumenta la que podría ser aumentada, que se obra con generosidad y no con exceso de justicia. Es igualmente conveniente que los criminales mismos no ignoren que la sociedad no los castiga sino á pesar suyo, que cierra los ojos sobre una parte de sus faltas, y que es indulgente hasta en sus aparentes rigores.

La admision de las circunstancias atenuantes, aun cuando los jueces de derecho son tambien de hecho, presenta estas ventajas incontestables: 1.^a que el acusado no queda satisfecho por la repugnancia que los jueces sienten al verle castigado con una pena demasiado severa; 2.^a el hacer así la reprension más segura, más general, más poderosa, por la certeza en que se halla el acusado de que no ha de escapar tan fácilmente á la pena; 3.^a el habituar la conciencia pública á discernir las clases de crímenes y á perfeccionarse por la reflexion; 4.^a probar á los pueblos que la justicia no es arbitraria, que la vida del hombre, aunque sea culpable, tiene su precio, y un gran precio á los ojos del soberano: «Cuando el pueblo no ve gradacion en las penas, dice Blackstone, se inclina á creer que no la hay en los crímenes (8).»

Segun la definicion que hemos dado de las circunstan-

(8) *Comentarios sobre el Código criminal*, p. 16.

cias que modifican la gravedad del delito determinándole, es claro: 1.º que toda pena destinada á castigar un delito más ó ménos grave, debe ser susceptible de division ó tener grados; 2.º que el máximum debe reservarse para los delitos de una especie más gravemente caracterizada, y el mínimum para los que lo son ménos.

Dos reflexiones pueden hacerse aquí, sin embargo: 1.ª las penas indivisibles, si son juzgadas suficientes, y aunque sean una especie de mínimum relativo ó para los casos previstos, no hacen que se eche de ménos su indivisibilidad, puesto que en hipótesis son las penas más ligeras que se pueden imponer sin comprometer la dignidad de la justicia; 2.ª, si se quiere ver en ellas, por el contrario, un máximum que la sociedad no entiende traspasar, áun cuando podría hacerlo sin faltar á la justicia, es inútil que estas penas sean susceptibles de ser agravadas, que tengan grados superiores, como los tenía la pena de muerte en la antigua legislacion francesa. Esta pena se dividía en cinco especies, yendo acompañada de otras que la hacían más ó ménos atroz. La nueva ley prescinde de estos casos de exacerbacion, y su mayor castigo no tiene ya por cortejo los tormentos que podían ser merecidos, pero que se asemejaban mucho á la venganza, y perjudicaban á la justicia al mismo tiempo que hacían que inspirase horror.

Observamos tambien que si la pena señalada por la ley para un delito, no puede elevarse ni áun en un grado, cualesquiera que sean las circunstancias agravantes, (lo que tiene lugar cuando no puede ser impuesta sino en su máximum), no sucede lo mismo con la dicha pena considerada en su mínimum, puesto que el más bajo grado puede aumentarse. Entónces la especie del delito se cambia. Hay un término necesario á las circunstancias agravantes, puesto que por una parte el delito es definido por la ley, y por otra las circunstancias agravantes no son por sí mismas delitos previstos, definidos y castigados con una pena propia: puede haber en ella delitos conjuntos, pero esto es otra cosa. Por el contrario, en ella no hay limite asignable al mínimum, porque desde los hechos justificativos, ó las excusas perentorias, hasta las calificaciones más graves de un mismo delito, hay primero todos los grados que separan el máximum del mínimum, y además una série de hechos que no dejan del crimen propiamente dicho, sino el

nombre (1), pero que constituyen todavía un delito: hacen desaparecer el dolo, pero dejan todavía subsistente la falta. Pueden tambien ser algo ménos, y no tienen más que un carácter de pura contravencion, á pesar del crimen material á que se refieren.

No se puede decir entónces con criminalistas muy distinguidos por cierto, que el juez, haciendo descender tanto la pena, determina más equitativamente la naturaleza del delito, la especie que le está sometida en apariencia: en ella, no ve sino lo que encierra, y no abusa de una primera denominacion. Toda denominacion de un hecho tan complejo como un delito, recae esencialmente sobre una abstraccion. El hecho por el contrario, es decir, el delito que se juzga, es esencialmente concreto ó determinado, y debe ser apreciado como tal. Poco importa, por lo demás, que la denominacion que hubiera recibido primero sea más ó ménos propia; hasta entónces sólo era un prejuicio susceptible de ser modificado: el juez se halla encargado de apreciar un hecho, y no de dar razon á una denominacion ó de dejar impune un delito mal calificado (2). Ese partido extremo sería un resto de aquel viejo fariseismo de las fórmulas de accion en que el espirante sucumbía bajo la letra, en que la forma vencía al fondo y en que el procedimiento parecía ser el fin y la justicia el medio. En este sentido, hemos vuelto á las penas arbitrarias; ¿pero qué vale más; que no haya penas para ciertos delitos, ó que sean demasiado severas? En esto consiste la cuestion, y plantearla en estos términos es resolverla. Como quiera que es la ley la que da al juez este poder, no se puede decir que las penas, en vez de descender á ciertos grados, sean aplicadas al arbitrio del juez y no segun la ley. Los dos últimos párrafos del art. 463 de nuestro Código penal, se hallan, pues, perfectamente razonados (3).

(1) Y áun es necesario cambiar este nombre que sólo fué dado primeramente por la apariencia del hecho principal.

(2) Es evidente que si la denominacion pecase en el sentido opuesto, por ejemplo, si se diera á un parricidio la benigna denominacion de injuria, el juez superior tendría la facultad de deshacer el error.

(3) Si es muy suave la denominacion provisional del delito, el tribunal que está encargado del asunto para la calificacion misma del delito que es atributiva de jurisdiccion puede siempre declararse incompetente y remitir el asunto á un tribunal superior. Si, por el contrario, la denominacion específica y provisional es demasiado dura, el tribunal ante

¡Qué diferencia, por otra parte, entre la arbitrariedad de las antiguas leyes penales y las nuevas! Los legisladores antiguos, sobre todo en los Estados despóticos, no habían hecho nada ó habían hecho incomparablemente ménos para restringir esta arbitrariedad. La indiferencia, el desprecio de la humanidad, la ignorancia, el deseo secreto de poder vengarse so pretexto de castigar, la pretendida utilidad del temor continuo á una pena excesiva para los unos, como tambien la esperanza de otros de escapar más fácilmente á la justa pena de su crimen ó de no sufrir sino un castigo irrisorio: la satisfaccion interior que el juez debía experimentar al sentirse armado con un poder tan terrible, su docilidad ante el poder, tales son los motivos que explican en gran parte la arbitrariedad de las antiguas leyes penales.

Pero ademas de que el arbitrio que se deja al juez por las nuevas leyes se halla incomparablemente más limitado, sólo se debe al respeto de la justicia. La ley no le da tanta libertad sino para que se acomode más estrechamente á las exigencias de su conciencia; no quiere que el juez sea una máquina; le deja su naturaleza y su responsabilidad moral, y sólo le ilumina y le dirige. Hace bastante para que no se extravíe, pero no quiere hacer nada que se asemeje á violencia moral ó que quite al juez su justa parte de responsabilidad. No lo considera infalible, ni quizá al abrigo de toda debilidad: tambien le da reglas que le obliguen y le sostengan iluminándole, pero no le supone ciego ni perverso.

Otra consideracion relativa á las circunstancias graves que caracterizan los delitos, es que puede haber en ellos circunstancias agravantes y atenuantes á la vez. Este concurso da lugar á un cálculo aproximativo de más ó de ménos, ó de igualdad, que no puede ser regulado útilmente por el legislador, porque preferirá vanamente que se declaren circunstancias atenuantes si exceden á las agravantes ó reciprocamente, y será necesario siempre que se refiera á la conciencia del juez para hacer esta apreciacion comparativa.

el que se ha hecho la acusacion. puede hallarse investida del derecho de pronunciar sobre todos los delitos que correspondiesen á una jurisdiccion inferior cualquiera para evitar la lentitud y los gastos, porque pudiendo lo más puede lo ménos, ó bien remitirlo á jueces especiales. Esta última medida sería ya preferible á la impunidad.

El Código austriaco nos parece haber tomado un empeño supérfluo cuando recomienda atender á aquellas circunstancias que predominan y fallar en consecuencia (1).

¿Es, por lo demás, tan fácil comparar cosas tan diferentes como el bien y el mal moral con todas las formas que revisten? El espíritu se puede extraviar pretendiendo formarse una idea precisa, buscando otra cosa que esta última impresion, que es como la resultante de todas las impresiones particulares recibidas durante los debates. Bien veo que esta impresion es poco razonada, pero es quizá más natural y verdadera: entónces somos ménos activos, ponemos ménos de nuestra parte, y el resultado tiene, por lo tanto, un carácter ménos artificial.

Cuando la pena es indivisible, cuando no tiene máximo ni mínimo, se reputa no ser sino un mínimo; de otro modo, si tuviera un carácter medio, podría ser demasiado severa para los casos en que hubiera circunstancias atenuantes en la especie. Sin embargo, este carácter medio presentaría ménos peligros si el juez tuviera la facultad de aplicar una pena inferior en un grado ó en muchos.

(1) Art. 41, prim. part.