

CAPITULO PRIMERO.

*Del delito en general y de los principales axiomas respectivos á él.*

§ I.—DEL DELITO EN GENERAL.

1. Los estoicos, secta famosa por su gefe ó fundador Zenon, por varios filósofos célebres que la ilustraron, por haber constituido la felicidad en la práctica de la virtud y por sus grandes esfuerzos para domar ó transformar la naturaleza, queriendo que el sábio llegara á ser insensible, que en medio de los mas crueles tormentos conservase su alegría y serenidad de ánimo, y que en ninguna manera sintiese aun las mayores vejaciones ó injurias de los hombres: los estoicos, digo, incurrieron en la increíble extravagancia de pensar y querer persuadir que todos los delitos eran iguales, sin hacer distincion entre el homicidio y el hurto, entre una conspiracion contra el Estado y la ofensa hecha á un particular. En el entender de estos filósofos no habia ninguna virtud, como no lo fuese absoluta ó completa, de suerte que aun el menor estravío de ella era á sus ojos una accion igualmente viciosa, ó por lo menos igualmente punible. Pero, sin embargo, nunca se confundirán como yerros semejantes, dice un autor, el *delito*, que siempre inspira horror, el *vicio*, que se grangea el odio y desprecio de los hombres, la *debilidad*, que frecuentemente escita su compasion, y la *falta*, que casi siempre merece su indulgencia. No obstante, hablando sin contraernos á ningun pais, tiempo ni religion, es tanta la variedad entre los hombres acerca de la calificacion de los delitos, que á

escepcion del homicidio, tenido por crimen desde el un polo al otro polo, con dificultad se encontrará una accion tan esencialmente reputada por mala que en todos los paises se considere como delito, de manera que no parece ser sino relativamente delitos todas las acciones humanas. Aunque hay leyes que permiten el incesto y la poligamia, no puede decirse lo mismo del adulterio, y á pesar de esto le consagró Licurgo, y en Roma fué permitido, ó no tenido por ilícito el prestarse unos á otros sus mugeres. El hurto ó robo que es en todas partes un hecho criminal, se recompensa y honra en la Costa de Oro. El mismo Licurgo absolvió este delito, dispensó del pudor y castigó con la muerte la desgracia de nacer con una compleccion débil y delicada. Por otra parte, entre varios ejemplos, los persas, segun la religion de Zoroástrés, tienen por delitos enormes apagar con agua el fuego y soplarle con la boca.

2. El delito es todo hecho ilícito, ó toda contravencion voluntaria á la ley que obliga á una reparacion, si es posible, y merece una pena segun las leyes humanas. La palabra *delito* tiene, como se ve, una muy ámplia significacion, y se diferencia de la voz *crimen*, en que esta suele aplicarse á los delitos graves ó atroces.

3. Si el delito ha de ser una accion voluntaria, ó en que tengan parte la voluntad y la razon, no podrán reputarse acciones criminales las que sean efecto de la violencia ó fuerza esterna que nos impele contra nuestros deseos, ni las que sean hijas de la ignorancia, ó falta de conocimiento del fin y de las circunstancias del hecho. Por lo tanto deben reputarse incapaces de delinquir los niños, los estúpidos, las niñas, los locos, los lunáticos, los delirantes y cualesquiera otros que por alguna causa carezcan de entendimiento y voluntad.

4. Esta doctrina es tan evidente que no necesita de mayor estension ni ilustracion; mas puede haber duda sobre aquellas acciones en que se advierte una mezcla, por decirlo así, de violencia y voluntad, de ignorancia y conocimiento. Cuando una

persona es amenazada con la pérdida de la vida, y no puede salvarse si no comete un homicidio, esta accion, si la elige, es en parte voluntaria y en parte violenta: voluntaria, porque quiso con ella salvar su propia vida prefiriéndola á la de su prójimo; y violenta, porque nunca habria sido homicida á no verse en la fatal precision ó alternativa de elegir entre ambas vidas. Asimismo, quien embriagado<sup>1</sup> hiere ó mata, ignora por cierto lo que hace, puesto que carece de razon para conocerlo; pero antes de embriagarse conocia muy bien que en la embriaguez podia herir ó matar, y que se esponia voluntariamente al riesgo de hacerlo, por manera que puede decirse de él que quien quiere la causa quiere el efecto, que la herida ó muerte hecha por su mano fué voluntaria, por haberlo sido tambien su ignorancia, y que de consiguiente es punible; si bien mucho menos que el hombre que está en su juicio, puesto que la embriaguez no fué causa necesaria é infalible de la desgracia, y que ningun malvado se embriaga, por escusar ó cometer algun delito, mediante necesitar de su razon para perpetrarle.

5. Tambien se advierte una mezcla de violencia y voluntad en aquellos delitos cometidos en los primeros impulsos de una vehemente pasion, como de ira, dolor ú orgullo que por ofuscar el ánimo ó segar el entendimiento, arrastra casi involuntariamente á su perpetracion: y de aquí es que tales delitos no han de castigarse con tanta severidad como los que se cometan de propósito ó con plena deliberacion, la cual muestra en sus autores un corazon mas corrompido, ó mas propenso al mal, que debe refrenarse con pena mayor.

6. Si el delito ha de ser una accion, no lo será por sí solo el ánimo, deseo ó voluntad de delinquir, aun cuando despues se tuviese noticia de ella por casualidad, y aun cuando se manifieste con algun acto exterior, como no sea perjudicial á la sociedad. Semejante deseo será un pecado, no todo pecado es delito; y

<sup>1</sup> Por vicio ó hábito se entiende, porque si lo fué casualmente, ó por algun otro motivo extraordinario no ha de castigarse, ó solo levemente segun las circunstancias.

estará unicamente sujeto al supremo tribunal de Dios que penetra nuestros corazones, y que premia nuestros buenos pensamientos, así como castiga los malos, ó ilícitos independientemente de toda obra. Al conocimiento de los tribunales humanos no corresponden las acciones puramente internas y pecaminosas.<sup>1</sup>

7. Tampoco corresponde, ó debe corresponder al conocimiento de los tribunales civiles, el de aquellas faltas leves que la fragilidad humana no nos permite evitar enteramente. En verdad, por nuestra misma fragilidad y por el bien del estado parece conveniente que no se trate al hombre con el mayor rigor, y que se tenga cierta condescendencia ó disimulo con varias acciones que no perturban considerablemente el orden ó tranquilidad pública, aunque malas en sí mismas, y condenadas formalmente por el derecho natural y la religion. Además, no faltan autores que opinan, deben dejarse impunes los vicios comunes que dimanen de la corrupcion general de las costumbres, como la ambicion, la avaricia, la ingratitud, la hipocresía, la envidia, el orgullo, la cólera, &c., ya porque de otra suerte se verian abrumados los jueces con una infinidad de procesos y negocios de poca importancia, ya porque serian frecuentemente muy difíciles de averiguar los hechos viciosos, ya por estar tan radicado el mal que no podria emprenderse su curacion sin causar turbaciones en el estado, y ya para que las acciones confrarias á los vicios sean mas loables y gloriosas por la absoluta libertad con que se ejecutan. Si un soberano, añaden, quisiera castigar rigurosamente todos estos vicios y otros semejantes, se veria precisado á reinar en un desierto, y por lo mismo es menester contentarse con refrenar aquellos por medio del castigo, cuando arrastran á los hombres á graves y ruidosos

<sup>1</sup> Es muy singular aunque vulgarizado en los libros el caso del infeliz Marsias, favorito de Dionisio, tirano de Sicilia, quien mandó quitarle la vida, por haber soñado que cortaba la cabeza á su señor. A no haberlo pensado de dia, dijo Dionisio, no lo habria soñado de noche.

escesos, ó á hechos bastantemente vituperables para ser punidos.

8. Mas á pesar de estos fundamentos opinan otros autores que deben castigarse los vicios, no tanto como los crímenes y atentados, pero con el mismo cuidado é inflexibilidad, y además de satisfacer ó responder á las objeciones, van discurriendo por cada uno de los vicios para espresar las razones, porque no conviene dejarlos impunes. Hablando por ejemplo de la ambicion, dicen que esta se alimenta del orgullo, y tiene por compañera la crueldad: que procurando mucho todos los gobiernos el reprimirla, cuando llega á cierto punto, no deben despreciarse sus principios: que la historia nos ofrece terribles ejemplos de los fatales efectos que ha producido, y que el ostracismo de los griegos fué un medio sábio de que se valió el Estado para contener ó prevenir sus progresos.

9. Nosotros creemos es indispensable tener en consideracion el estado en que se halla la sociedad. Si esta es reciente y se considera con antelacion á toda institucion humana, convendrá que las leyes refrenen las pasiones de los hombres, no permitiendo que puedan ser impunemente avaros, ambiciosos, embusteros, ni ingratos; pues si los grandes crímenes destruyen la perfeccion moral ó complejo de todas las virtudes, tambien la degradan los pequeños, en términos que fácilmente se pasa de los unos á los otros. Lo mismo ha de decirse de aquella feliz nacion en que se ven reinar y florecer las buenas costumbres. Para conservarlas en su pureza ningun legislador puede ser demasiado rígido ni severo, ni ningun magistrado puede ser en extremo exacto y vigilante. La virtud y bondad de los ciudadanos hacen entonces soportable el yugo de la ley y la magistratura, que para el descarado vicio y la corrupcion general son insufribles en otros gobiernos. ¡Infeliz Roma, sino hubiese creado en su seno aquella tan espantosa é importante dignidad, la dignidad cesoria! ¡Si no hubiese creado dos censores con amplias facultades para velar sobre la educacion de la juventud, para

reprimir el libertinage, para hacer descender los simples ciudadanos de una tribu distinguida á otra mas inferior, para privarlos del derecho de votar y multarlos, para quitar á los caballeros romanos de una conducta indigna de su clase, el caballo y pension que la república les daba, para reprender aun á las personas mas eminentes por sus cargos, y aun para echar del senado á los que con su mal proceder deshonoraban tan ilustre cuerpo!<sup>1</sup> Pero en el estado presente de las sociedades, y de las instituciones políticas y civiles de Europa, si los magistrados tomasen conocimiento de unos hechos que no se han mirado hasta ahora como objeto de las leyes penales, se seguirian forzosamente de ello los espresados inconvenientes, y veriamos menospreciadas unas leyes que en vez de ser útiles serian perjudiciales.<sup>2</sup>

10. De la difinicion del delito y del principio de ser necesario el conocimiento del hecho criminal para delinquir, se infiere cuanto se diferencia aquel del caso, caso fortuito ó suceso inopinado, de que proviene algun mal ó desgracia por la ignorancia absoluta en el agente, de la posibilidad de ella como tambien la distincion que debe hacerse de la culpa, á saber, de la accion que produce un efecto diverso del que se habia propuesto el agente, aunque no pudo ignorar que podia seguirse por su conocimiento de todas las circunstancias de la accion. “El caso no es imputable, pero si lo es la culpa: en el caso falta la voluntad porque hay ignorancia, mas en la culpa no falta enteramente la voluntad, porque no falta enteramente el conocimiento: en el caso no hay voluntad de violar la ley ni voluntad de esponerse al riesgo de violarla, y aunque en la culpa no hay la voluntad de violar la ley, hay la de esponerse al riesgo de violarla. A medida que es mayor el conocimiento de la dicha, posibilidad

<sup>1</sup> Así es que á la corrupcion de las costumbres puso término en Roma la censura. Las repúblicas griegas no conocieron esta especie de magistratura pero puede decirse que en Lacedemonia todos los ancianos eran censores.

<sup>2</sup> Tampoco deberán prohibirse las acciones indiferentes, lo cual seria multiplicar el número de los culpados.

ó riesgo, es mayor, pues, la culpa y se acerca mas al dolo, así como á proporcion que es menor, se aleja mas del dolo y se aproxima mas al caso. “En mi terreno cercado, por ejemplo, de cuya puerta cerrada tengo la llave en mi faldriquera, disparo un escopetazo á una liebre, y en vez de herirla mato á un hombre allí escondido, teniendo yo por seguro que allí no podia hallarse: este homicidio será *por acaso ó casual*, y con ninguna pena podrá cartigárseme. Mas si tirando á una liebre que huye por un camino público, quito la vida á un hombre, esto será una culpa y el homicidio será *culpable*. Aunque mi único intento era matar la liebre, no ignoraba la posibilidad de que en aquel momento pasase algun hombre por dicho lugar, y así debí dejar la liebre para no esponerme á cometer un homicidio.”

11. Sentadas estas doctrinas nada nos parece tan importante como reunir aquí varios principios ó axiomas que se hallan dispersos en diferentes autores, y son dignos de tenerse siempre presentes en materia de delitos.

## §. II.

### DE LOS PRINCIPIOS Ó AXIOMAS RESPECTIVOS AL DELITO.

#### *Primer axioma.*

El deseo de violar la ley no es delito, sino cuando se manifiesta con algun acto que veda la ley misma.

#### *Segundo axioma.*

Los actos meramente internos, como que solo son conocidos de Dios, tienen á este por juez ó vengador, y no están sujetos á los tribunales humanos.

*Tercer axioma.*

Los actos externos que aunque criminales, son únicamente efecto de la fragilidad de nuestra naturaleza, exigen moderación en las penas.

*Cuarto axioma.*

No siempre es necesario castigar las acciones por otra parte punibles, y algunas veces seria peligroso divulgar crímenes ocultos con castigos públicos.

*Quinto axioma.*

Jamás deben cometerse crímenes por obedecer á un superior.

*Sesto axioma.*

No es punible la eleccion entre dos ó mas males iguales.<sup>1</sup>

*Séptimo axioma.*

Entre dos ó mas males desiguales, no es punible la eleccion del menor; pero lo es la del mayor, cuando no media interés personal.<sup>2</sup>

*Octavo axioma.*

Entre dos ó mas males desiguales, el menor de los cuales cede en perjuicio de la persona precisada á elegir, no puede ser punible la preferencia dada al mayor mal sino en el único caso

1 Se entiende habiendo precision de elegir uno de ellos.

2 El juez deberá examinar, si el mal menor que se ha evitado, ofendia el interés personal de quien fué compelido á elegir, y si este es suficiente para justificar su eleccion. Puede verse la definicion ó esplicacion de los tres grados de dolo en el capítulo siguiente, núm. 14.

de ser muy pequeño y soportable el que se evita, y por el contrario el que se elige, muy grave y perjudicial á todo el estado ó á alguno de sus individuos.

*Novo axioma.*

No hay delito, donde no hay una voluntad cierta de cometerlo.

*Décimo axioma.*

Por no ser imputable el caso, ó caso fortuito, no deben las leyes castigarlo, mas sí la culpa por la razon contraria.

*Undécimo axioma.*

Si la culpa es menos imputable que el dolo, porque en este hay deseo de violar la ley y en aquella solo le hay de esponerse al riesgo de violarla, en una misma accion, la pena de la culpa nunca deberá ser igual á la del dolo.

*Duodécimo axioma.*

Si á proporcion que es mayor el conocimiento de la posibilidad del efecto producido por la accion, es mayor la culpa y se acerca mas al dolo; como tambien si á proporcion que es menor dicho conocimiento, es menor asimismo la culpa y se acerca mas al caso; habrá pues varios grados de culpa y las leyes deberán fijar varios grados de pena.

*Décimotercio axioma.*

No siendo posible determinar todos los diferentes grados de culpa, y siendo por el contrario cosa perniciosa dejar al arbitrio del juez la eleccion y destino de la pena, deben señalarse tres

diversos grados de culpa, á los cuales pueden referirse todos los demas: la máxima, la media y la ínfima.

*Décimocuarto axioma.*

Quando las circunstancias de la accion muestran que en el ánimo del agente la posibilidad del efecto producido por aquella y contrario á la ley, es igual ó mayor que la posibilidad del efecto que el agente se habia propuesto conseguir; será la culpa *máxima*: cuando es menor, pero no muy remota, será la culpa *media*, y cuando remotísima, *ínfima*.

CAPITULO II

*De la medida de los delitos.*

1. Son tantos los delitos, tantas las clases ó especies de ellos, tanta la diversidad de los unos aun dentro de las otras, tantas sus circunstancias, tantas, tan variadas y tan oscuras las combinaciones humanas, tanta y tan solapada la malicia del corazón del hombre, que no es maravilla se haya encontrado suma dificultad en señalar ó fijar la verdadera medida ó cantidad de los delitos, para que podamos venir en conocimiento de su mayor ó menor perversidad, del mas ó menos perjuicio que causan al Estado, y puede de consiguiente aplicarse á cada uno la pena mas justa y conveniente: en cuyo punto tan delicado no tuvieron que fatigarse, ni que tropezar los estoicos, pues aunque filósofos por otra parte venerables incurrieron, como se ha di-

cho, en el grande absurdo de creer eran iguales todos los delitos.<sup>1</sup>

2. Pero suponiendo como evidente é innegable la mayor ó menor desigualdad de los delitos, tambien es muy ridícula por otro concepto la medida que les señalan los criminalistas vulgares y entre ellos Farinacio, autor mas conocido por lo mucho que escribió que por el acierto con que lo hizo. Proponen tales autores como la verdadera medida de los delitos las penas impuestas contra ellos; por manera que segun su modo de pensar el delito es grave, si se castiga con pena severa, y leve, si con pena suave. Esta doctrina tan despreciable por sí misma que no merece ninguna impugnacion, la refutó sin embargo muy bien el Sr. Lardizábal.<sup>2</sup> “Si algun legislador, dice, consultase á un jurisconsulto para imponer la pena correspondiente á un nuevo delito, no sé yo, qué regla podria dar segun la doctrina de estos autores, cuya mala filosofia se manifiesta bastantemente en la ineptitud de su raciocinio, pues ademas de que el responder de esta suerte es dar por supuesto lo mismo que se quiere saber, era necesario, para que fuera cierta su regla, suponer una de dos cosas: ó que la imposicion de las penas siempre se ha hecho, y se hará con la debida proporcion y justicia, y que no se pueden engañar los legisladores, ó que la única regla y medida de las penas es la voluntad y arbitrio de ellos: proposiciones entrambas tan notoriamente falsas que es ocioso el impugnarlas; y la segunda puesta en práctica, haria degenerar el mejor gobierno en un cruel despotismo y tiranía.”

3. Otros escritores creyeron que mas bien debian medirse los delitos por la dignidad, empleo ó circunstancias del sujeto ofendido, que por el perjuicio hecho á la sociedad: de manera,

<sup>1</sup> De aquí es que preguntando Dracon, legislador tan conocido por su crueldad como Solon, reformador de sus leyes por su moderacion, ¿por qué habia prescrito la pena capital contra todos los delitos? respondió que por merecerla todos, y que no habia señalado para las grandes maldades mayores castigos, por no haber encontrado ninguno mayor que la pérdida de la vida.

<sup>2</sup> Discurso sobre las penas, cap. 4, § 1, núm. 3.