

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,

1 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.

2 Discurso sobre las penas, cap. 4, § 1, núm. 3.

que una leve irreverencia al Ser Supremo, un pequeño insulto cometido en su santo templo, cualquiera injuria hecha á alguno de sus ministros, deberia ser mas severamente punida que el mas atroz atentado contra la sociedad, contra su gefe ó algun particular, si hubiera de adoptarse dicha medida, puesto que por su dignidad y naturaleza es infinita la distancia entre el Criador y sus criaturas, lo cual choca á primera vista, y traeria sin duda grandes inconvenientes y daños á la República.

4. No han faltado tampoco quienes digan que la mayor ó menor gravedad del pecado debe tenerse por regla en la graduacion del delito. Mas prescindiendo de que adoptando esta regla seria necesario buscar otra medida del pecado para graduar su gravedad, ¿cómo hemos de adoptar esta por la medida del delito, cuando depende de la impenetrable malicia del corazon humano? ¿cómo hemos de adoptar por norma para castigar los delitos lo que frecuentemente se halla oculto entre espesas tinieblas y solo podria descubrirse por la revelacion? Entónces seguramente se hallarian los hombres muy espuestos á errar, castigando cuando Dios perdona, y perdonando cuando castiga Dios, quien en órden á los pecados que no alteran la tranquilidad del público ni la de los particulares, se ha reservado el ser á un mismo tiempo legislador y juez.

5. Por otra parte “los hombres, dice el Sr. Lardizábal,<sup>1</sup> cuando se unieron para hacer vida sociable y renunciaron la facultad que tenian de usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad ó en su cabeza, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen órden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aquí con evidencia que las leyes penales que hicieron con la sociedad, como esencialmente necesarias para su conservacion, no pueden tener otro objeto que

<sup>1</sup> Cap. y § cit. núm. 7

aquellas acciones externas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en la sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios como criatura con su Criador. Toda accion que ofende estas relaciones es verdaderamente pecado.”

6. Por la espresada razon principal porque debe desecharse la regla de la gravedad del pecado como medida del delito, se ha de desechar igualmente la opinion de los que tuvieron por tal la intencion, ánimo ó malicia del perpetrador, que dimanando de la impresion actual de los objetos y de la disposicion anterior de la mente, varian incesantemente en todos los hombres con la velocísima sucesion de las ideas, pasiones ó circunstancias: fuera de que vemos muchas veces que con la mejor intencion se causan grandes males, así como se hacen grandes bienes con el ánimo mas perverso y depravado. Sin embargo, manifestándose frecuentemente por las obras externas aun los actos interiores mas ocultos ó solapados del hombre, sino puede reputarse la intencion de este por la única norma en el castigo del delito, deberá tenerse presente siempre que se trate de imponerle.

7. Mas ya es tiempo de que establezcamos ó espongamos la verdadera y principal medida de los delitos, la cual no es otra que el daño hecho á la sociedad y la mayor ó menor ofensa que se le haga. Mayor perjuicio, mayor agravio hace al Estado un regicida que un homicida, mayor éste que un ladron, y mayor quien lo sea del público que quien lo fuere de un particular; y dirigiéndose la averiguacion ó establecimiento de la medida de los delitos á la mas justa imposicion de sus penas, con mas rigor deberá castigarse el regicidio que el homicidio, el homicidio que el latrocinio, el peculado que el simple hurto.

8. Hemos dicho que el daño y agravio hechos á la sociedad son la principal medida de los delitos, porque á la verdad no son

la única, ni pueden en manera alguna bastar para establecer una escala justa ó acertada de penas. Si tal medida nos indica ó muestra la diferencia de criminalidad ó perversidad que hay entre los diversos delitos, entre la contravencion á unas leyes y la contravencion á otras, no puede indicarnos la diversidad que puede haber en un mismo delito y en la violacion de una misma ley por las circunstancias que les acompañen. Prohíbe la ley el hurto; pero éste puede cometerse con rompimiento de paredes y puertas, ó proporcionándose una ocasion fácil de cometerlo al entrar ó salir de alguna casa. Prohíbe la ley atentar á la vida del hombre; pero ésta puede quitársela con ánimo deliberado, con furiosa saña, por interés recibido de otro, ó en una riña y por vengar alguna ofensa. Es evidente que en el primer hurto y homicidio, manifiesta el delincuente mayor perversidad que en el segundo, y que por aquel merece mas severo castigo que por éste. Por lo tanto, es indispensable que ademas de la principal medida de los delitos, señalemos otras que juntamente con ésta puedan, sin considerable estravío, dirigirnos por el oscuro laberinto de los delitos al otro, aunque no tan enredoso, de las penas. Sin embargo, debemos confesar que aun no se ha encontrado, ni creemos se encuentre jamas entre tantos desórdenes causados por el continuo choque de las pasiones humanas, ni entre tantos intereses particulares opuestos los unos á los otros, una medida de los delitos geométrica y tan exacta que nos escuse el indispensable recurso á las probabilidades y verosimilitudes que debe calcular la razon.

9. Las otras medidas, pues, que deben acompañar á la primera y principal para venir en conocimiento de la mayor ó menor enormidad de los delitos, son el objeto, la intencion y malicia del culpado, su mal ejemplo, su carácter y el del ofendido, los motivos que le impelieron á delinquir, la manera de hacerlo, los instrumentos con que lo hizo, y el lugar y tiempo en que delinquirió, la reincidencia, el sexo, la edad, &c. Estas circunstancias y otras que pueden concurrir en una incalculable diversi-

dad de casos, contribuyen á caracterizar la mas ó menos atrocidad de los crímenes, y son otras tantas medidas de ellos: si no es que digamos que son una sola medida, ó que consideradas todas junto con el perjuicio y agravio hechos á la sociedad, forman ó constituyen la única y verdadera medida de los delitos. Conviniendo en lo sustancial nada importa alguna leve diferencia en el modo de explicarse.<sup>1</sup>

10. Todo lo dicho debe aplicarse á los crímenes cometidos por muchas personas, pues cada una es mas ó menos delincuente á proporcion de su complicidad en los delitos de otros. Al mismo tiempo no debe olvidarse, ya que en los perpetrados por un cuerpo ó comunidad son culpados únicamente los que hubiesen prestado su consentimiento actual, é inocentes los que hubiesen sido de dictámen contrario; y ya que en punto á crímenes cometidos por la multitud exigen mucha clemencia la razon de estado y la humanidad.

11. Pero sin embargo de cuanto hemos espuesto, un escritor moderno ha hablado con novedad acerca de un punto tan importante, y merece extractarse lo que ha discurrido sobre él, y que tal vez parecerá bien á muchos de nuestros lectores.

12. La primera medida del delito, ó de la accion contraria á la ley, se ha de tomar del influjo que ésta tiene respecto á la conservacion del orden social, puesto que unas leyes tienen mayor influjo y otras menor. Con esta medida se vendrá en conocimiento de la mayor ó menor criminalidad entre la violacion de una ley y la violacion de otra; mas para no errar en tal medida es indispensable no equivocar las circunstancias que acompañan á un mismo delito para hacerle mas ó menos grave, mas ó menos punible, con lo que altera de tal modo la cualidad del de-

<sup>1</sup> Todas las circunstancias que pueden acompañar las acciones criminales, se comprenden en este verso latino, digno de tenerse presente. *Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cor, quomodo quando*: Quién cometió el delito, cual es este, donde fue cometido, de qué medios ó instrumentos se valió el delincuente, cuantas veces incurrió en él, por qué motivo, de qué modo y cuando.

lito, que lo hace de diversa especie. No habiéndose sabido distinguir los delitos por sus objetos, se ha recurrido á sus circunstancias para distinguirlos. Segun las legislaciones presentes, la calidad ó condicion política de una persona, muerta violentamente, es una circunstancia del homicidio, cuando el matar á un magistrado y á un particular son dos delitos diversos ó de diferente cualidad. La ley que se viola con el primero, tiene mayor influjo sobre el órden social, que la que se viola con el segundo. Así la espresada medida señalará ó regulará las penas de ambos delitos.

13. Asimismo, el lugar del delito se considera solo como una circunstancia suya; pero el matar á un hombre en un templo y matarle en un parage ó sitio profano, son dos delitos de diferente especie. Con el primero se quebranta la ley que nos manda respetar la vida de nuestros hermanos, y la que nos obliga á venerar el culto de la religion, siendo así que en el segundo solo se contraviene á la primera de las dos leyes enunciadas: en el primer delito su autor será á un mismo tiempo homicida y sacrilego, y en el segundo únicamente será homicida. Por lo tanto, debemos dar el nombre de circunstancias de un delito á las que lo hacen mas ó menos grave, para diferenciarlas de las que mudan su cualidad ó especie, y así no será imposible reducir las todas á una medida general.

14. Ademas, del mismo modo que se señalan tres diversos grados de culpa, para que todos los demas puedan referirse á ellos, pueden establecerse tres diversos grados de dolo; y de la misma manera que en cada delito susceptible de culpa, debe prescribirse diversa pena para cada uno de los tres diversos grados, así tambien deberia establecerse diferente pena para cada grado de dolo. Véase aquí la regla general con que deben mostrarse los tres grados de dolo, y comprender en una medida todas las innumerables circunstancias que agravan los delitos. "Cuando la causa impulsiva es fuerte, ó la accion se ha cometido en el ímpetu de la pasion, el grado de dolo será el ínfimo.

Quando la causa impulsiva es débil, ó la accion se ha cometido á sangre fria y con madura reflexion, el grado del dolo será el medio; y cuando se ha cometido sin causa ó con causa, pero con perfidia ó con una crueldad escesiva, el grado del dolo será el máximo. Cotejando los jueces las circunstancias del hecho con las espresadas en esta regla, podrán decidir el grado de dolo con que se ha delinquido é imponer la pena establecida en la ley para el delito, y el grado de malicia ó perversidad con que se cometió."

15. Finalmente, con este método en que se distingue del grado del delito su cualidad, podrán resolverse las innumerables dudas que se suscitan con respecto á los socios ó cómplices de cualquiera delito. Cuantos tengan parte directa ó indirecta en el delito, serán reos; mas no todos lo serán en un mismo grado, porque no todos manifiestan igual perversidad en la violacion de la ley, de suerte que la cualidad del delito será comun en todos sus autores y el grado será diverso. Igualmente por el espresado método habrá dos medidas, una para distinguir el valor relativo de los diferentes delitos y otra para distinguir el de un mismo delito acompañado de circunstancias diversas. El mayor ó menor influjo que tiene sobre el órden social la ley violada, será la primera medida, y el grado de dolo la segunda.

16. El autor se muestra muy satisfecho de su descubrimiento de un nuevo camino. Este, dice, nos liberta de todos los obstáculos inseparables del otro. Véase cómo la metafisica de cualquier ciencia facilita lo que siempre reputará un imposible el casuista, quien solo percibe con su vista los primeros eslabones de que procede una inmensa y complicada cadena. Véase cómo se desvanecerán las espesas tinieblas que ocultaban el camino por donde se debe llegar á la perfeccion del sistema penal; y véase, en fin, como no es un imposible político, segun se ha creido hasta ahora, un código penal donde se proscriba enteramente el nombre de *pena extraordinaria*, y en que no permita nunca la ley á los jueces hacer de legisladores.