

ce aceptable, por considerarla como una suma de cantidades heterogéneas. La ley, sin embargo, ha aceptado otro principio, el de castigar más severamente al que con frecuencia delinque, que al que sólo lo hace una vez; pero como si estuviera poco satisfecha de sí misma, ha querido mitigar la aplicación de la regla añadiendo, que *esta circunstancia de agravación la tomarán en consideración los tribunales, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito*: adición hecha en la reforma reciente, que viene á modificar el rigor de la regla establecida, dejando al prudente arbitrio judicial la facultad de no aplicarla en los casos en que no exista analogía alguna entre los delitos.

Mas el Código dice que para que la reiteración sea circunstancia agravante, es menester que el culpable haya sido castigado anteriormente por el delito ó delitos á que se refiere. ¿Quiere decir esto que ha de haber extinguido en toda, ó en parte al ménos, la pena ó penas impuestas anteriormente, ó bastará la sentencia firme en que se le apliquen? No ha sido en esto uniforme la opinión de los jurisconsultos. Los que opinan por la necesidad de haberse cumplido la pena anterior para que la reiteración sea circunstancia agravante, se fundan en el tenor literal de las palabras *haber sido castigado*: en su concepto no pueden referirse al que sólo ha sido sentenciado, porque para que haya castigo no basta la sentencia, aunque sea firme, sino que es necesario haber sufrido la pena. Parécenos, sin embargo, más probable la opinión contraria de que basta que por sentencia firme anterior se haya impuesto la pena ó penas, para que la reiteración sea circunstancia agravante. El fin de la ley es recargar el castigo del que ya ha cometido otro ú otros delitos: el cumplimiento de la pena es accidental para el efecto: la sentencia es perfecta y completa, y su inejecución no debe servir de excusa ó de pretexto para que no se castigue el segundo ó ulterior delito, del mismo modo que si la pena se hubiera cumplido. En la última reforma del Código, al tratar de la reincidencia, respecto á la cual principalmente se había suscitado esta cuestión, se ha añadido un párrafo en el que se decide en los mismos términos que dejamos expuestos, lo que hace confirmarnos más en la opinión que dejamos emitida.

No están comprendidos en esta circunstancia 17.^a los delitos cometidos ántes de recaer sentencia firme sobre otro anterior:

respecto á ellos rigen otras disposiciones, de que trataremos en su oportuno lugar.

18.^a *Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título del Código.* Con esta definición de la reincidencia añadida en la última reforma, se ha salido al encuentro de las dudas á que daba lugar la redacción antigua, al decir sólo que al ser reincidente en delito de la misma especie era circunstancia agravante, puesto que cabía dar diferentes interpretaciones á estas últimas palabras. Esta reincidencia, que es la verdadera, con razón está clasificada entre las circunstancias agravantes, porque el delincuente que á pesar de haber sido ya castigado por otro delito análogo no se corrige, manifiesta más inmoralidad, y aumenta la alarma por el hábito que se supone que va adquiriendo de cometerlo. Parécenos, sin embargo, que el espíritu de la ley no alcanza á los delitos cometidos en tiempos lejanos, porque ha desaparecido ya la presunción del hábito de delinquir, que es la base de la agravación. Respecto á la reiteración nos parece que esto se podrá hacer así, sujetándose rigurosamente á su letra, porque, como queda dicho, en la última reforma del Código se ha dado gran latitud al arbitrio judicial; y sin escrúpulo podrá considerarse que no hay circunstancia agravante, cuando contra la presunción general de la ley se presenten muchos años de buena conducta, y de haber sustituido los malos hábitos con otros de moralidad y de respeto á las leyes. No se presta tanto á esta interpretación la reincidencia.

19.^a *Cometer el delito en lugar sagrado, en los palacios de las Cortes ó del Jefe del Estado, ó en la presencia de éste, ó donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones.* Bajo la denominación de *lugar sagrado* están comprendidos, á lo que entendemos, los templos y los demás sitios destinados según rito á Dios y al culto divino, y con la de *palacios de las Cortes*, se entiende tanto el del Senado como el del Congreso de los Diputados. Antes, en lugar de estas palabras y de las de *Jefe del Estado*, se empleaba en el Código la voz *inmune*, que no ha sido aceptada ahora, sin duda por las diversas interpretaciones á que daba lugar. La última reforma ha añadido estas otras, *en la presencia de éste*, porque aunque el *Jefe del Estado* se hallaba comprendido en la denominación de autoridad de funciones siempre permanentes, se ha considerado sin duda que no se le debía com-

prender entre las demás, por su alta dignidad y por su carácter irresponsable. Se ha considerado que aquel que tan poco respeto muestra á lo que es para todos los ciudadanos objeto de culto, y que falta tan audazmente á las consideraciones que se deben al *Jefe del Estado* y á las autoridades públicas, merece un aumento proporcional de la pena en que hubiera incurrido en otro caso.

20.^a *Ejecutar el hecho con ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciere el ofendido, ó en su morada, cuando no haya provocado el suceso.* La naturaleza nos inspira sentimientos de respeto al anciano, de deferencia á la mujer, y de cariño á la niñez; y la sociedad lo ha establecido respecto á las personas constituidas en dignidad, por razon de su importancia social, y generalmente en consideracion á los servicios que han prestado ó prestan al Estado. El que, al cometer un delito, falta á estas justas consideraciones, y abusa de la fuerza en el segundo caso, ú ofende más gravemente en el primero á la sociedad hiriéndola en sus autoridades, ó en personas que han obtenido las recompensas del Estado á que se refiere la disposicion legal de que tratamos, aumenta la alarma y da pruebas de mayor perversidad. El hogar doméstico es una especie de sagrado para su dueño: éste, dentro de él, merece muchas mayores consideraciones: la ley misma hace detener á la autoridad pública á la puerta del domicilio, y sólo permite que se penetre en él por motivos determinados que lo exijan: por esto quien busca á otro en su casa para ofenderle, comete un delito más grave que el que le hace igual ofensa en otro lugar, y abusa de la confianza que se le ha hecho al franquearle la puerta. Mas el que fué provocado por el dueño de la casa, no incurre en la agravacion de pena, porque no tuvo intencion de elegir aquel lugar para la ofensa. Por razones análogas á las que en casos anteriores hemos expuesto, no es agravante esta circunstancia cuando constituye el mismo delito, como sucede, por ejemplo, en el robo que se hace en la casa de un particular.

21.^a *Ejecutarlo con escalamiento. Hay escalamiento cuando se entra por una via que no sea la destinada al efecto.* Es necesario, pues, para que esta circunstancia agravante exista, que se entre en alguna casa ó heredad. Por eso no lo sería el aplicar á una casa escalas por la parte exterior, para hurtar, por ejemplo, tejas ó pizarras. Por el contrario lo habrá, aunque no se empleen escalas, cuando uno entrare por las ventanas si estuvieren abiertas

y aunque estén en piso bajo, ó por los sótanos, ó por las alcantarillas. Considérase esta circunstancia como agravante, porque el que vence los obstáculos que se le oponen para la entrada, penetra en la casa por sitio que, áun dado caso que sea de acceso fácil, no es tan vigilado como la puerta, y busca el medio y el lugar en que puede hallar más descuidados á los dueños ó á los que allí están, necesita más audacia, resolucion y cálculo que aquel que encuentra allanado el camino. A esto se agrega la mayor alarma que ocasiona quien así delinque, porque ya no bastan las precauciones comunes para libertarse de él; es menester acudir á otros medios difíciles de escogitar y expuestos tambien á ser eludidos. La definicion de lo que debe entenderse por *escalamiento* es adición hecha en la redaccion de 1870.

22.^a *Ejecutarlo con rompimiento de pared, techo ó pavimento, ó con fractura de puertas ó ventanas.* Antes de la última reforma del Código, esta circunstancia agravante formaba parte de la que últimamente queda expuesta, si bien con expresion más diminuta, pues sólo se empleaban las palabras *ejecutarlo por medio de fractura*. Y en verdad que no puede desconocerse la íntima relacion que las dos circunstancias tienen entre sí y que se fundan en idénticos motivos, por más que la nueva redaccion que se le ha dado amplíe el texto de la ley, y explicándolo contribuya grandemente á su claridad, evitando dudas á que se prestaba la antigua.

23.^a *Ser vago el culpable.* No se hacia mencion de esta circunstancia en el Código de 1848, ni en la reforma de 1850, ni podía hacerse, porque la vagancia era delito definido y castigado especialmente. En la última reforma se suprimió este delito, y la vagancia figura en el Código solamente como circunstancia agravante, es decir, que tanto cae bajo la sancion penal en cuanto se haya cometido otro delito. Ya manifestamos en nuestros anteriores Elementos de Derecho penal español nuestra opinion, poco favorable á lo que el Código de 1848 y el reformado, establecian acerca de este punto. Allí decíamos que la vagancia constituia un delito de distinta índole que los demás; que no era un hecho de aquellos que en todos tiempos, en cualquiera circunstancia y en la opinion comun llevaba envuelta la idea de criminalidad; que al calificarla de delito, la ley suponía que aquel á quien declaraba vago, faltaba á sus deberes sociales, y que el fundamento de esta calificacion era la sospecha que infundia el

que carecia de medios conocidos para librar su subsistencia y no se dedicaba al trabajo, de proporcionárselo por medios ilícitos. No desconocíamos, sin embargo, que la vagancia, por regla general, era una amenaza viva al orden social; que eran muy débiles los vínculos con que el vago estaba unido al país, y que su cambio continuo de lugares le ponía frecuentemente al abrigo de las investigaciones de la policía y de las pesquisas de la justicia. No añadiríamos más acerca de este particular, á no ver que hay juristas muy ilustrados que son partidarios de que la vagancia se castigue como delito especial y que es muy conveniente esclarecer este punto, puesto que el Código reformado en 1870 tiene el carácter de provisional, y por lo tanto se halla sometido á discusion por más que esté aplazada. El hecho de la vagancia no recae sobre una accion ó sobre una omision determinada, y no tiene por lo tanto un fundamento especial: se investiga, no porque alguno haya delinquido, sino porque se presume que es propenso á delinquir: se abre una pesquisa judicial sobre la manera de vivir que tiene el que nada ha hecho para que se le tenga por infractor de las leyes ó por poco respetuoso á los derechos de sus conciudadanos, y se llevan las investigaciones á la vida interior de la familia. Agrégase á lo expuesto que cuando la vagancia se erige en delito especial, hay que resignarse á uno de dos medios; ó promover innumerables procesos criminales, llenar las cárceles, erigir multitud de establecimientos penales, y no respetar la vida privada sin acto ninguno positivo ni omision de un hecho determinado, dando rienda suelta á los odios y á las venganzas; ó conformarse con que de cien vagos sólo uno sea el castigado, el más inofensivo tal vez, naciendo de aquí gran desigualdad en la aplicacion de las leyes y su descrédito, como sucede en todas aquellas que no alcanzan á llenar el fin que el legislador se propuso. Por estas consideraciones no fué nuestra opinion favorable á la ley de 30 de Marzo de 1868, que extendió la calificacion de vagos á personas no comprendidas ántes en ella, y lo fué á su derogacion, decretada por el Gobierno provisional en 19 de Octubre del mismo año. El Código nuevamente reformado, considerando la vagancia como circunstancia agravante, ha aceptado un término medio entre las diferentes opiniones; término que nos parece aceptable, y de todos modos preferible á lo que hasta ahora se habia establecido. En él se define la vagancia en los mismos términos en que lo hizo la primitiva redaccion, conserva-

da en la reforma de 1850. Segun ella, *se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce habitualmente profesion, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupacion licita ó algun otro medio legitimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo.* Esta es hoy la significacion legal de esta palabra, bien diferente en verdad de la que tiene en el uso vulgar, segun el cual se entiende por *vago* el que sin tener casa, residencia ó domicilio determinado, anda de un pueblo á otro sin fijarse en ninguno. La definicion de la ley quita á la vagancia lo que realmente la constituye, y es su signo característico y distintivo, el *vagar*; y en nuestro concepto abre la puerta á investigaciones á que no deberia llegarse, las cuales serán en muchos casos una rémora fatal en las causas criminales, distrayendo la atencion de aquellos que las instruyen de los delitos que han dado lugar á su formacion, quienes tendrán que entrar en pesquisas sobre la vida doméstica, que para poder justificarse deberian descansar al ménos en el signo exterior de no tener domicilio fijo, y de ser *vago* en realidad aquel contra quien se dirigen.

71. Hemos terminado la explicacion de las circunstancias agravantes que establece el Código actual. A ellas añadía el que ha estado vigente hasta la última reforma otras tres: referíase la primera al que ejecutaba un delito como medio de perpetrar otro: la segunda, al delito cometido haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos; y la tercera era general, y comprendía cualesquiera otras circunstancias de igual entidad y análogas á las demás que habia mencionado. La reforma las ha suprimido; mas esta supresion exige que hagamos algunas ligeras indicaciones. La perpetracion de un delito como medio de cometer otro, bien merece á nuestro juicio continuar figurando entre las circunstancias agravantes, en el sentido en que lo explicamos en ediciones anteriores de estos Elementos. No estaban en tal caso los hechos que considerados aisladamente eran castigados por la ley, y que reunidos formaban un hecho complejo: por su mera concurrencia no habia una circunstancia agravante: en este caso se hallaba el que para hurtar entraba en casa ajena y realizaba su propósito: aquí habia dos actos, el allanamiento de la casa y el hurto, que si bien estaban separadamente castigados por la ley, en el caso propuesto componian un solo delito. Lo que consideraba la ley como circunstancia agravante de un delito, era sólo cometerlo como medio de perpetrar despues otro diferente.

Uno de los comentadores del Código penal observó (1), y á nuestro juicio con razon, que hay delitos que siempre y necesariamente son medios, y delitos que son ó pueden ser fines, pero que se cometen á las veces como preparacion de otros: el delito de falsificacion, por ejemplo, siempre es un medio, porque el que falsifica, lo hace para conseguir otro resultado; el asesinato, por regla general, es el fin del delito, pero puede ser medio tambien, como cuando se mata para robar. Esto supuesto, ejecutar un delito como medio para preparar otro, no era circunstancia agravante, sino constituyente del mismo delito, en aquellos que no podian concebirse sino como medios; por el contrario, era circunstancia agravante cuando el delito en sí mismo pudo ser definitivo, pero se cometió como medio. Notó tambien oportunamente el mismo jurisconsulto, que para que tuviera lugar esta doctrina en el último caso, era necesario que el delito cometido como medio fuese menor que el que como fin se propuso, porque esto se hallaba en el espíritu de la ley y es conforme á los principios de la ciencia.

72. Antes de la publicacion del Código penal de 1848, el porte, uso y retencion de armas prohibidas, era un delito que se castigaba con penas graves, inconciliables con las buenas doctrinas del derecho penal: la ley señalaba entónces con escrupulosa nimiedad, cuáles eran las armas prohibidas. Con la publicacion del Código quedó el arreglo de esta materia á los reglamentos de la Administracion pública: su infraccion no era un delito, pero sí una circunstancia agravante si usando de ellas se delinquia. Fundábase esto en la mala idea que daba de sí el que de este modo faltaba á las disposiciones de la Administracion, y en las sospechas que infundia, principalmente cuando empleaba armas, más á propósito para ofender que para defenderse, y que ocultándose con facilidad se prestaban más á la sorpresa, á la alevosía y á matar sobre seguro. En el Código novísimo el uso de armas prohibidas en la perpetracion de un delito, no es ni delito especial, ni circunstancia agravante del delito con ellas cometido. Nos parece mejor lo que estableció el Código primitivo: eligiendo un medio prudente, no dejaba impune el hecho en lo que realmente agravaba el delito segun las indicaciones que dejamos hechas, y

(1) El Sr. Pacheco.

manifestaba la reprobacion que merecia al legislador ese hábito de algunas clases de nuestra sociedad de ir preparadas de armas más propias para el ataque que para la defensa, que si desapareciera, disminuiria grandemente el número de homicidios á que da lugar tan vituperable costumbre.

73. Por último, una supresion de circunstancias agravantes que se observa en el Código novísimamente reformado, es la de la regla general que decia, *y cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga á las expresamente señaladas*; disposicion que correspondia y estaba redactada en los mismos términos que la que se refiere á las circunstancias atenuantes. Acerca de esto tenemos emitida ya nuestra opinion favorable á la supresion hecha. En ediciones anteriores, cuando estaba vigente esta disposicion, manifestamos los fundamentos que nos inducian á no considerar equiparables para este efecto las circunstancias agravantes con las atenuantes. En las atenuantes se trata de disminuir la pena, y así no puede reprobarse la latitud que se da al juez de ampliar los motivos de atenuacion, cuando se conoce que no están en la letra de la ley aunque sí en su espíritu, porque la aplicacion literal del derecho escrito en todo su rigor seria una injusticia. En las circunstancias agravantes, por el contrario, el buen sentido rechaza la interpretacion extensiva de un caso igual á otro igual, porque del mismo modo que ninguno puede ser juzgado y castigado por un acto que no esté previamente declarado por la ley como delito ó como falta, parece que tampoco, sin prévia declaracion legislativa, debe considerarse como agravante ninguna circunstancia de las que concurren en el crimen: los sentimientos de humanidad que admiten la interpretacion en el primer caso, la excluyen en el segundo. Agrégase á lo dicho que no se trata en este caso de la impunidad del delincuente, sino del mayor ó menor grado de la pena que se le ha de imponer.