

CAPITULO IV.

DE LA APLICACION DE LAS PENAS.

202. El epígrafe de este título parece, á su primera lectura, referirse más bien á la organizacion judicial y á los procedimientos que á las penas. Sin embargo, esto no es así; son puramente de derecho penal casi todas las doctrinas que contiene, porque, habiéndose manifestado ántes que son diferentes los grados de culpabilidad criminal en los autores de delito consumado, de delito frustrado y de tentativa, en los cómplices y en los encubridores, y que á las veces concurren en un hecho punible circunstancias que le atenúan ó le agravan, necesario era exponer tambien al lado de los diferentes grados del delito los respectivos de la pena. En este punto, el Código ha llegado á generalizar sus doctrinas tanto como pudiera desearse; y con un sistema artificioso, si se quiere, pero de fácil comprension cuando se le examina atentamente, aunque complicado en la apariencia, ha resuelto de una vez para siempre lo que disperso hubiera aumentado un gran número de artículos, con perjuicio de la claridad, de la unidad y de la concision de las diferentes disposiciones de la obra.

SECCION PRIMERA.

REGLAS PARA LA APLICACION DE LAS PENAS Á LOS AUTÓRES DE DELITO CONSUMADO, DE DELITO FRUSTRADO Y TENTATIVA, Y Á LOS CÓMPLICES Y ENCUBRIDORES (1).

203. AUTORES DE DELITO CONSUMADO.—El principio fundamental de las doctrinas que en esta seccion exponemos, está consignado en los siguientes términos en el

Artículo 64. *A los autores de un delito ó falta se impondrá la pena que para el delito ó falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley; y siempre que la ley señalare generalmente la pena de un delito, se entenderá que la impone al delito consu-*

(3) Artículos 64 al 77.

mado: doctrina que está limitada algunas veces en que la ley castiga especial y directamente el delito frustrado ó la tentativa, constituyéndolos entónces en delitos SUI GENERIS, como en esta misma seccion manifestaremos.

204. AUTORES DE DELITO FRUSTRADO Y CÓMPLICES.—Reputándose menor la culpabilidad criminal de *los autores de un delito frustrado y de los cómplices de un delito consumado* que la de los autores de delito consumado, *se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito consumado. La misma regla (1) se observará respecto á los autores de faltas frustradas contra las personas ó la propiedad (Artículos 66 y 68); graduacion que por sí misma se recomienda y que no debe producir dificultades en la práctica: cualquiera duda que haya, no podrá recaer sobre la penalidad, sino sobre la delincuencia.*

205. Artículo 65. *En los casos en que el delito ejecutado fuere distinto del que se habia propuesto ejecutar el culpable, se observarán las reglas siguientes:*

1.^a *Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se habia propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste en su grado máximo la pena correspondiente al segundo.*

2.^a *Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se habia propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste, tambien en su grado máximo, la pena correspondiente al primero.*

3.^a *Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeren además tentativa ó delito frustrado de otro hecho, si la ley castigara estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente á la tentativa ó al delito frustrado en su grado máximo.*

Como la intencion y el resultado se consideran elementos constitutivos del delito, por ser menor en el primer caso la criminalidad del agente, y no haber producido en el segundo el he-

(1) Este último párrafo fué mandado adicionar al art. 66, por el decreto publicado en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1871, á consecuencia de haberse dispuesto en el mismo que las faltas frustradas contra las personas ó la propiedad serian castigadas, lo que ántes no tenia lugar.

cho del culpable todo el mal que éste se había propuesto ocasionar, el Código, consecuente con los principios que le han guiado en esta materia, señala la pena menos grave de las que están respectivamente designadas para el delito ejecutado y para aquel cuya ejecución estaba en el ánimo del delincuente realizar.

206. *Artículos 67 y 69. AUTORES DE TENTATIVA Y ENCUBRIDORES.*—A los autores de tentativa de delito y á los encubridores de un delito consumado se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito consumado; graduacion no menos oportuna en nuestro juicio que la señalada en los casos anteriores.

207. *Artículos 70, 71, 72, y 73.* A los cómplices de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito frustrado.

A los encubridores de un delito frustrado se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito frustrado.

A los cómplices de tentativa de delito se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para la tentativa de delito.

A los encubridores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para la tentativa de delito.

Nada se decía en el Código anterior relativamente á la complicidad y encubrimiento del delito frustrado y de la tentativa, sin duda porque en estos casos no son tan comunes los cómplices y encubridores como en el delito consumado. No eran raros, sin embargo, y aun bastaba que pudieran existir para que hubiera tratado de ellos. En la reforma del Código se ha suplido acertadamente esta omision y se ha llenado el vacío que se notaba, introduciendo en él los cuatro artículos de que acabamos de hacer referencia.

208. *Artículo 74.* Exceptúanse de lo dispuesto en los artículos 69, 71 y 73, los encubridores comprendidos en el número 3.º del artículo 16, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, es decir, los que albergan, ocultan ó proporcionan la fuga al culpable, cuando en ellos concurre la circunstancia de intervenir abuso de funciones públicas, á los cuales se impondrá la pena de inhabilitacion perpétua especial, si el delincuente encubierto fuere reo de delito grave, y la de inhabilitacion especial temporal,

si lo fuere de delito menos grave; penas análogas al abuso que castiga.

209. Mas las *disposiciones generales*, de que hemos hablado, respecto á los autores de delito frustrado, á los de tentativa, á los cómplices y á los encubridores, no tienen lugar en los casos en que los referidos delitos se hallen especialmente penados por la ley (*Artículo 75*); porque entónces debe estarse á las excepciones y no á las reglas, pues que vienen á ser otros tantos delitos *SUI GENERIS*, que se separan de la graduacion de penalidad que por regla general dejamos establecida. Por un artículo del Código de 1850, la conspiracion para cometer un delito se castigaba como tentativa. Censurando esta disposicion, decíamos en ediciones anteriores lo que copiamos en la nota (1).

210. Pudiera aquí haberse detenido el Código, si las penas fueran uniformes, indivisibles, y nunca se impusieran con otras accesorias. Pero como esto no es así, ha tenido que establecer reglas para la graduacion de las penas; y lo ha hecho en los términos siguientes:

Artículo 76. Para graduar las penas que en conformidad á las disposiciones de que hemos hablado corresponde imponer á los autores de delito frustrado y de tentativa, y á los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la pena señalada á un delito fuere una sola é indivisible, la inmediatamente inferior será la que siga en número en la escala gradual respectiva á la pena indivisible.

2.ª Cuando la pena señalada al delito se componga de dos penas indivisibles ó de una ó más divisibles, impuestas en toda su extension, será inmediatamente inferior la que siga en número en la escala gradual respectiva á la menor de las penas impuestas.

3.ª Cuando la pena señalada al delito se componga de una ó dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible, la pena in-

(1) «Comparar el acto de dar principio á la ejecución del delito directamente y por hechos exteriores, con el de concertarse simplemente para su realización, no nos parece justo, ni arreglado á la graduacion que debe observarse en la escala de la penalidad.» Pero esto no tiene objeto en el dia, puesto que por el Código reformado no se pena la conspiracion ni la proposicion, sino en los casos muy especiales en que aquéllas constituyen un delito *sui generis*.

mediatamente inferior se compondrá de los grados medio y mínimo de la propia pena divisible, y del máximo de la que la siga en número en la respectiva escala gradual.

4.^a Cuando la pena señalada al delito se componga de varios grados correspondientes á diversas penas divisibles, la inmediatamente inferior se compondrá del grado que siga al mínimo de los que constituyan la pena impuesta y de los otros dos más inmediatos, que se tomarán de la propia pena impuesta, si los hubiere, y en otro caso de la pena que siga en número en la respectiva escala gradual.

5.^a Cuando la ley señalare la pena al delito en una forma especialmente no prevista en las cuatro reglas anteriores, los tribunales, procediendo por analogía, aplicarán las penas correspondientes á los autores de delito frustrado y tentativa y á los cómplices y encubridores.

211. Artículo 77. Cuando la pena señalada al delito estuviere incluida en dos escalas, se hará la gradacion prevenida en el artículo precedente, por la escala que comprenda las penas con que estén castigados la mayor parte de los delitos de la seccion, capítulo ó título donde esté contenido el delito.

212. Estas reglas han reemplazado con notable ventaja á las que se establecian en el Código no reformado, cuya deficiencia habia sido reconocida por diversos escritores, que trataron de suplirla, indicando nuevas reglas para los casos á que eran inaplicables aquéllas. Algunos no previstos se podrán presentar en la práctica; mas los tribunales, procediendo del modo que manifiesta la regla 5.^a, pueden hacer en ellos la aplicacion de las penas correspondientes. Además, los reformadores del Código, imitando en un todo á los legisladores del anterior á la reforma, han juzgado conveniente fijar en una tabla un ejemplo práctico para desvanecer cualquier duda que pudiera suscitarse: método loable, tanto en los primeros como en los segundos, porque nada debe omitirse para la claridad de la ley, y mucho más cuando la complicacion de su artificio podria producir erradas interpretaciones.

213. En la página siguiente colocamos la tabla demostrativa á que nos referimos, en que se han llenado los vacíos que se notaban en la que se hallaba inserta en el Código anterior.

TABLA demostrativa de lo dispuesto en este capítulo.

| | PENA señalada para el delito. | PENA correspondiente al autor del delito frustrado y cómplice consumado. | PENA correspondiente al autor de tentativa de delito consumado, al encubridor del propio delito, y á los cómplices del delito frustrado (1). | PENA correspondiente al encubridor de delito frustrado, y á los cómplices de tentativa. | PENA correspondiente al encubridor de tentativa de delito. |
|-------------------|--|--|--|---|--|
| Primer caso..... | Muerte. | Cadena perpétua. | Cadena temporal. | Presidio mayor. | Presidio correccional. |
| Segundo caso..... | Cadena perpétua á muerte. | Cadena temporal. | Presidio mayor. | Presidio correccional. | Arresto mayor. |
| Tercer caso..... | Cadena temporal en su grado máximo á muerte. | Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio. | Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio. | Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio. | Multa y arresto mayor en sus grados mínimo y medio. |
| Cuarto caso..... | Presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio. | Presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio. | Arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio. | Multa y grado mínimo y medio del arresto mayor. | Multa. |

(1). Juzgamos que aquí se habrá querido decir: «Pena correspondiente al autor de tentativa de delito, al encubridor de delito consumado y á los cómplices del delito frustrado.»

214. Concluiremos esta seccion, manifestando hasta qué punto puede ser extensivo á las faltas lo que queda expuesto acerca de los delitos. Desde luego aparece que nada de lo dicho tiene lugar en la falta frustrada á no ser contra las personas ó la propiedad, y en la tentativa de falta, porque como hemos manifestado en el capítulo primero del título primero, las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, excepto en el caso que acabamos de señalar (*Artículo 5.º*). Respecto á la complicidad de las faltas tenemos una disposicion expresa, en virtud de la cual se castiga con la misma pena impuesta á los autores, en su grado mínimo, como en su lugar expondremos. En cuanto á los encubridores, que por el Código no reformado eran tambien responsables criminalmente de las faltas, han dejado de serlo en virtud de la reforma, que sólo impone esta responsabilidad á los autores y á los cómplices, y no hace mencion de los encubridores, sino para declararlos responsables por los delitos (*Artículo 11*).

SECCION II.

REGLAS PARA LA APLICACION DE LAS PENAS, EN CONSIDERACION Á LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES (1).

215. En la seccion anterior hemos visto que para castigar á los reos de delito consumado, de delito frustrado y de tentativa, á los cómplices y á los encubridores, podíamos recorrer diversos grados de penalidad en la respectiva escala. Lo contrario sucede respecto á las circunstancias atenuantes ó agravantes, en que la penalidad en la escala correspondiente debe buscarse por regla general dentro de un mismo grado, si bien en él hay frecuentemente otros inferiores que, conocidos con la denominacion de máximo, medio y mínimo de la pena, facilitan la proporcion entre el castigo y el delito cometido, ya con circunstancias agravantes, ya con circunstancias comunes, ya con circunstancias atenuantes. Esta es la doctrina general, que tiene numerosas excepciones, como veremos:

216. El principio cardinal en esta materia es, que *las circunstancias atenuantes ó agravantes se tomarán en consideracion para*

(1) . Artículos 78 al 87.

disminuir ó aumentar la pena en los casos y conforme á las reglas que se prescriben en esta seccion (Artículo 78). Pero el des-
envolvimiento de este principio exige reglas en que pasamos á ocuparnos.

217. Ante todas cosas recordaremos, que al tratar de las circunstancias agravantes manifestamos algunos principios que conviene inculcar nuevamente aquí. Nosotros lo haremos transcribiendo las palabras del Código penal, que vienen en confirmacion de la teoria que ántes dejamos expuesta. *No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente penado por la ley, ó que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no pudieran cometerse.* (*Artículo 79*). Ejemplos tenemos de circunstancias agravantes constitutivas de un delito, en los de inundacion, incendio ó veneno, penados casi siempre especialmente. No es tan fácil conocer en todas ocasiones cuáles son las circunstancias agravantes inherentes de tal modo al delito, que sin su concurrencia no pueda cometerse: en algunos casos no admite duda: así la premeditacion, como hemos dicho en otro lugar, es esencialmente inherente á los delitos de duelo y de conspiracion, pero no habiendo siempre facilidad para hacer con igual exactitud estas separaciones, es á las veces necesario confiar mucho en el particular á la prudencia, á la experiencia y al tacto de los jueces.

218. Cuando varias personas concurren á la ejecucion de un delito, puede no ser en todas igual la criminalidad, y aún estar algunas absolutamente exentas de ellas. Así, cuando un hijo comete un parricidio, teniendo por coautores á un extraño de edad completa, á un jóven de diez y siete años, y á un loco, el hijo será parricida, el extraño de edad completa simplemente homicida, el que tenia diez y siete años homicida con circunstancias atenuantes, y el loco estará exento de toda responsabilidad criminal. A cada uno debe medirse por el grado de su capacidad, por la mayor ó menor criminalidad de sus actos, y por los motivos que le impelen á cometer un delito: querer confundir á pretexto de una mentida igualdad la culpabilidad de todos los que concurren á un hecho, seria una desigualdad horrible é inconciliable con todos los principios. Por esto dice la ley, que *las cir-*

circunstancias agravantes ó atenuantes que consistieren en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores, cómplices ó encubridores en quienes concurrieren; y añade despues, que las circunstancias atenuantes ó agravantes que consistieren en la ejecucion material del hecho ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la accion ó de su cooperacion para el delito (Artículo 80). Así la circunstancia de la presencia de la autoridad pública cuando se comete un delito, no será agravante para el delincuente que la ignora, porque del mismo modo que no puede haber delito sin intencion, no puede haber tampoco sin ella agravación de culpabilidad. Mas la ley, á nuestro modo de entender, debió limitar su determinacion á las circunstancias agravantes, porque no encontramos atenuantes á que aplicarla (1).

219. Establecidos estos principios, pasemos á manifestar el modo práctico de aplicar las penas á los hechos en que concurren circunstancias atenuantes ó agravantes.

220. Artículo 81. *En los casos en que la ley señalare una sola pena indivisible, por ejemplo, la de cadena perpétua, reclusion perpétua, ú otra de las perpétuas, la aplicarán los tribunales sin consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurren en el hecho.* Pocos ejemplos de esta clase nos presenta el Código, y en ellos se separa de los principios cardinales que le llevan á buscar, por regla general, con tanta atencion los grados de la pena, para proporcionarlos con los de la criminalidad. Duro nos parece este precepto, porque la inflexibilidad de la pena en estos casos impide atender como es justo y conveniente, á las circunstancias que acompañan al delito.

221. Artículo 81. *En los casos en que la ley señalare una pena compuesta de dos indivisibles, como la de cadena perpétua á muerte, se observarán para su aplicacion las siguientes reglas:*

1.^a *Cuando en el hecho hubiere concurrido sólo alguna circunstancia agravante, se aplicará la pena mayor.*

(1) Esta es tambien la opinion del Sr. Pacheco.

2.^a *Cuando en el hecho no hubieren concurrido circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena menor.*

3.^a *Cuando en el hecho hubiere concurrido alguna circunstancia atenuante y ninguna agravante, se aplicará la pena menor.*

4.^a *Cuando en el hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente por su número é importancia los tribunales, para aplicar la pena á tenor de las reglas precedentes, segun el resultado que diere la compensacion.*

222. Estas diversas reglas no se hallaban en el Código de 1850, el cual se limitaba á establecer que cuando la pena estuviere compuesta de dos indivisibles habia de imponerse la mayor á no concurrir alguna circunstancia atenuante. Este precepto ha parecido duro con exceso y opuesto á los principios que rigen en materia penal, ofreciendo además la inexcusable anomalía de castigarse con igual severidad un hecho despojado de circunstancias agravantes que aquel en quien éstas concurren. Las reglas establecidas en el artículo reformado son análogas en cuanto es posible á las señaladas para los casos en que la pena es divisible, en las que nos ocupamos en esta misma seccion; siendo digno de aplauso que en lugar de imponer la pena más severa, como sucedia ántes de la reforma, cuando en el hecho no hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, se haya designado la menor, adoptando en este punto la doctrina más equitativa, aunque esto ofrezca el inconveniente de que la pena sea la misma que cuando existe una circunstancia atenuante, que, fuera de este caso, disminuye la responsabilidad criminal.

223. Las reglas que dejamos expuestas para la aplicacion de una pena indivisible, ó de una compuesta de dos indivisibles, como que se refieren á casos poco numerosos en el Código, no son las de más frecuente aplicacion. Lo comun es que las penas se compongan de tres grados, y que así quede al juez la prudente y necesaria amplitud para aplicarlas al delito. El Código, respecto de ellas, presenta perfectamente consignados los principios, y comprende á nuestro juicio todas las reglas que convenia dejar expuestas para su desenvolvimiento. Esta es su doctrina.

224. Artículo 82. *En los casos en que la pena señalada por la ley contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un gra-*

do, con arreglo á lo prevenido en los artículos 97 y 98, los tribunales observarán para la aplicación de las penas, según haya ó no circunstancias atenuantes ó agravantes, las reglas siguientes:

1.^a Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.

2.^a Cuando concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en el grado mínimo.

3.^a Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.

4.^a Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la designación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5.^a Cuando sean dos ó más, y muy calificadas las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias.

6.^a Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley, en su grado máximo.

7.^a Dentro de los límites de cada grado, los tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes, y á la mayor ó menor extensión del mal producido por el delito.

8.^a Artículo 83. En los casos en que la pena señalada por la ley no se componga de tres grados, los tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres períodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de cada uno de los tres períodos. Así, por ejemplo, si se impone la pena de presidio mayor en su grado máximo, el tiempo correspondiente á este grado se subdividirá en tres períodos.

225. De aquí se infiere que la ley es siempre la regla de que no puede apartarse el juez, pero que dentro de ella tiene la acción necesaria para conservar la verdadera igualdad, proporcionando más exactamente la pena á cada caso, evitándose así los escollos á que la inflexibilidad é indivisibilidad de las penas pudiera dar lugar por una parte, y el libre arbitrio destituido de reglas por otra.

226. De notar es que al mismo tiempo que la ley quiere que

en algunos casos la concurrencia de circunstancias atenuantes dé lugar á una pena inmediatamente inferior á la señalada, la cual debe aplicarse en el grado que los jueces estimen conveniente, establece por el contrario que la concurrencia de circunstancias agravantes no sirva para imponer pena mayor que la señalada en su grado máximo. Fúndase esto, no sólo en razones de humanidad, sino también en motivos de justicia, porque la pena señalada á cada delito es la mayor á que creyó el legislador deber llegar, y es por lo tanto la mayor que puede imponerse. Podemos así decir que el *maximum* de la pena se conoce siempre, y que el *minimum* depende de las circunstancias atenuantes.

227. Las reglas que anteceden, se refieren á penas que por recaer ó sobre las personas ó sobre la libertad, afectan á todos, ya que no de una misma manera, al ménos con la igualdad posible; pero serían extremadamente desiguales si se aplicaran á multas, en las que la diferencia notable de fortunas haría que para unos fuera confiscación lo que muy poco ó nada perjudicase á otros; así ha sido necesario establecer respecto á ellas una disposición especial, que es la siguiente: *En la aplicación de las multas, los tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal ó facultades del culpable* (Artículo 84). De este modo se salvan todos los inconvenientes, porque se huye igualmente de la confiscación, y de la imposición de cuotas proporcionadas á los bienes del reo: sistema insostenible en el estado de nuestras costumbres, que repugnan que bajo el pretexto de multas se proceda á hacer escrutinio de la fortuna de los individuos, frecuentemente con peligro de sus intereses, comprometidos con la publicidad que sería consiguiente.

228. De lo dicho se infiere, que cuando la ley dice que en la imposición de multas se atiende principalmente *al caudal* ó facultades *del culpable*, no pretende que se haga un cálculo exacto, sino sólo un juicio prudencial, regulado por la posición social y según la riqueza que se suponga que tiene el individuo. Deben los jueces tomar en cuenta, que la multa no es pena que se impone por graves crímenes, y que es preciso por lo tanto huir de los extremos, esto es, ó de que no sea sensible, ó de que en todo ó en parte comprometa la fortuna y el porvenir de una familia.

229. Pero las reglas generales expuestas hasta aquí, se ha-