na se ha inspirado en el siguiente principio: "La exasperación de la pena por reincidencia, no es regla sin excepción." Raffaeli.—Nomotesia penale.

La última cuestión que se refiere á la medida del castigo, está resuelta en la mayor parte de las legislaciones, aumentándose la cantidad, por causa de reincidencia, del grado inferior, al máximum establecido, con prohibición de modificar la *naturaleza* de la pena.

Finalmente, la agravación del castigo en estos casos, ha sido en el presente siglo, muy combatida por algunos publicistas, y defendida por otros; el debate comenzó desde la expedición en Francia del Código penal de 1810, en el que la reincidencia fué considerada como circunstancia agravante en la repetición del delito, por regla general. Los impugnadores de este precepto, sostienen que no es justo considerar en la represión, que un delito haya sido cometido, y olvidar que ha sido castigado, por lo tanto el delito anterior, no puede agravar al segundo; así es que, imponer á éste una pena más grave á causa del primer delito cometido, es violar la conocida regla de derecho, *non bis in idem.*

También en Alemania, Gesterding se reveló contra esta agravación, dice así: "Por la pena sufrida, el primer delito ha sido expiado; si en la repetición de éste, se recuerda el primer hecho para agravar la pena, el delito ya castigado sería penado una segunda vez, y el Estado evocaría una pretensión ya satisfecha y extinguida con el pago."

También en Italia, Carmignani combatió el fundamento de la imputabilidad en caso de reincidencia,

que surgió como fórmula general en el Código francés, bajo el concepto de que el reincidente demuestra que la pena y la intimidación ha sido para él insuficiente; y aunque es indudable que todos estos autores, fundan sus teorías en el principio de la justicia intrínseca, olvidan que si bien la intimidación pudiera ser suficiente para contener á otros en el camino del mal, no ha bastado para el reincidente; por último, debe tenerse en cuenta que en la represión del delito, hay dos factores principales, el culpable que obra contra la sociedad, y ésta que se defiende y reacciona contra él por medio del castigo, para la reintegración del derecho violado.

Fundado en este principio, universalmente reconocido, la legislación actual declara imputable la reincidencia, la cual revela una gran perversidad en el delincuente, y determina al mismo tiempo un peligro para la sociedad, que en su previsión, declara una culpabilidad especial en caso de reincidencia, y la reprime por medio del castigo. Finalmente, siguiendo á Trummer, debemos terminar esta materia, recordando el siguiente principio, que es fundamental en derecho penal: "El juez está obligado á apreciar el delito, no aisladamente, sino teniendo en cuenta la vida anterior del culpable, esto es, juzgando *totum hominem.*"

Precedentes.—Legislación comparada.

El precedente de la legislación actual, sobre acumulación, aunque modificado, creo hallarlo en una disposición del derecho romano: *nunquam plura delicta con-*

currentia faciunt ut ullius impunitas de tur: l. 2 ff. De privatis delictis XLVIII.—1.

El mismo principio fué seguido por el Código de Napoleón, art. 53, que en esta materia, parece inspirado en la teoría establecida por el célebre jurisconsulto francés, Jousse, según se observa en la pág. 645, tomo 2º de su obra titulada Justicia Criminal, dice así: "Cuando un acusado ha sido convencido de haber cometido varios crímenes, cada uno de ellos debe ser castigado con una pena particular, y al mismo tiempo con las penas de cada delito diferente."

En la legislación actual, conforme he manifestado anteriormente, se siguen tres sistemas; el de acumulación material que trae su origen del Derecho romano, y hoy siguen el Código español, art. 38; el de Suecia y el de Holanda, aunque estos últimos tienden á aproximarse al de acumulación jurídica. Dicho sistema, es el adoptado por el Código de Nueva York, arts. 694 y 695 y por otras legislaciones penales de los Estados Unidos.

El de absorción, establecido en la legislación francesa, en el art. 365 de su Código de instrucción criminal, en el 58 y siguientes del belga, el 18 y 19 de Malta, el 39 del Cantón de Ginebra; y con un aumento de pena facultativo los Códigos de Hungría art. 96, del Valais 76, de Zurich 64 y de Vaud 64.

Finalmente, el de acumulación jurídica, que es el más conforme con los adelantos de la ciencia penal, adoptado con todas sus consecuencias en el nuevo Código penal italiano, arts. 67 al 79, sistema que también han seguido, aunque parcialmente, los Códigos de

Alemania art. 74 y siguientes, el de Portugal 69, el proyecto austriaco 78, el proyecto británico Sect. 17, y los cantones del Tesino, Neufchâtel, de Berna y de Fribourgo.

Según he expresado antes, se observa, en los preceptos de la ley mexicana, que ella sigue un sistema mixto, al cual tiende el proyecto del Código penal de Rusia de 1881, en sus arts. 56 y 57.

Reincidencia.—Los precedentes en esta materia tan grave del derecho penal, podemos hallarlos muy lejos, en el Código de Manú, en el que se establece la agravación de la delincuencia cuando se recae en el mal. Herodoto refiere, por otra parte, que las penas tenían en cuenta la vida anterior del reo; por lo tanto, desde el derecho oriental, es doctrina reconocida que la frecuente comisión del mismo delito, debe ser causa de agravación; igual concepto hallamos en Platon, de Legg. V, y en Aristóteles Rethor. I. 14. 4. En consecuencia, el Oriente, Grecia y Roma, estas tres importantísimas etapas en la vida del Derecho, nos conducen al través de los tiempos, hasta las primitivas fuentes de las que procede la noción más racional y filosófica en la represión de la reincidencia. Sin embargo, dicha noción, la encontramos perfectamente definida en el Derecho romano, en la *consuetudo delinquendi;* aunque se limitaba á determinados delitos, y con la condición de recaer en algún otro de la misma clase, *quia tractati clementius in eadem temeritate propositi persevera verint.* En cuanto á la reincidencia en el mismo delito, como la considera el Derecho romano, ha sido extensamente tratada por los prácticos italianos, entre quienes des-

cuella Gandino, Julio Claro y Godofredo, pero Farinacio condensó mejor el principio en la siguiente frase: *Consuetudinis delincuendi praesumptio tantum in eodem genere vel simili; secus in diverso;* es decir, que era indispensable para la costumbre de delinquir, recaer en un delito semejante. La misma doctrina que se refiere á la *consuetudo delinquendi*, la encuentro seguida no sólo en Italia, sino también entre los juristas de las demás naciones.

Este concepto especial de la reincidencia, se observa también en el derecho germánico, según se ve en las leyes de Federico I y de Federico II. El derecho canónico adoptó idéntico criterio, si como ejemplo citamos el can. 52. Dist. L. c. 2. X. de Cleric. *Excommun;* y finalmente, la misma restricción del concepto de la reincidencia, la hallamos establecida en las doctrinas de los juristas de la Edad Media, y en las leyes de aquella época, si recordamos que á los *fures famosi*, esto es, á los que llegaban al tercer hurto, se les castigaba con la pena de horca.

Creo indispensable terminar este estudio, con la sección relativa á la legislación comparada; y á este fin, debo recordar que hoy está fuera de toda controversia el principio que reconoce la legitimidad y la necesidad de la agravación de la pena en caso de reincidencia; y aunque esta agravación debe ser pronunciada, habiéndose sufrido ó no la pena precedente, sin embargo, los códigos de Suecia, de Zurich, de Ginebra, el proyecto ruso, el holandés y el de Hungría, subordinan aquella agravación á la ejecución del castigo anterior.

La reincidencia general, está adoptada en el Código

francés, art. 56 y siguientes, en el belga arts. 54 y 57, en el de Ginebra art. 34, en el de Neuchâtel art. 36; pero la mayoría de las legislaciones, sobre todo las más recientes, adoptan la reincidencia especial, exigiendo, que la segunda infracción sea idéntica ó análoga á la precedente; tal es el sistema seguido por el Código mexicano en su art. 29. También lo hallamos consignado en el de Grecia, art. 111, en el proyecto ruso art. 58, en el proyecto austriaco, en el Código de Suecia, en el de Alemania, en el de Holanda, y en los cantones del Valais art. 79, de Berna 62, de Vaud 67 y 68, de Fribourg art. 74, de Zurich art. 66 y del Tessino 69.

La verdadera solución, en esta cuestión de la reincidencia general ó especial, se encuentra en la distinción que debe hacerse entre una y otra, para la agravación de la pena; y aunque en esta materia, el principio reconocido está en la "identidad de la intención culpable;" sin embargo, el Código italiano ha organizado simultáneamente los dos géneros de reincidencia, la general y la especial, siendo más benigna la agravación de la pena en la primera que en la segunda, arts. 80 á 84. La ley mexicana ha reconocido antes que la legislación italiana este principio, puesto que en su Código penal, expedido desde 1871, establece la agravación de la pena en caso de reincidencia general, conforme á la fracción 9ª del art. 44, fijando un límite después de sufrida la condena anterior, para poder agravar el castigo.

La limitación del término, es otra de las condiciones para la agravación de la pena en caso de reinci-

dencia; en el sentido de la no limitación está la ley francesa de 27 de Mayo de 1885, y los preceptos anteriores del Código, aunque las disposiciones de éste han sido modificadas por la ley á que antes me he referido, establecida en Francia para purgar la capital de los criminales reputados incorregibles, estableciendo contra éstos la pena de relegación, que es aflictiva, perpétua, complementaria y de derecho común en materia criminal ó correccional. Posteriormente, conforme á la ley de 26 de Marzo de 1891, la penalidad se ha agravado en la misma Francia en caso de reincidencia, con la pena de la relegación, que Rusia é Inglaterra habían establecido, enviando á los reincidentes á Siberia y á Australia, sin que ninguna otra nación hubiera seguido semejante sistema penal; en consecuencia, para nosotros no tienen interés aquellas leyes, aunque es indispensable conocerlas.

Continuando este estudio sobre la limitación del término, para que la reincidencia sea punible, siguen, con el Código francés, el sistema de no limitación, el de Bélgica, de Neufchâtel, del Valais y el proyecto austriaco. Por una limitación de 10 años, Alemania, Portugal, Hungría, Dinamarca y los cantones de Fribourg, Tessino y Neufchâtel; finalmente, Holanda por cinco años ó durante la prescripción de la pena. El Código mexicano, establece para la reincidencia, que el reo haya cumplido su condena ó sido indultado de ella, y no haya transcurrido, además del término de la pena impuesta, una mitad del señalado para la prescripción de aquella.

La agravación de la pena, es en algunos códigos obligatoria, y en otros es facultativa para el juez.

CAPITULO XV.

De la responsabilidad criminal.

En todo delito, para ser castigado, además del *effectum sceleris*, del daño, es indispensable que haya un agente al cual deba ser imputable la infracción, y que responda de ella como autor culpable, porque la ley supone en él inteligencia y libertad, que son precisamente los elementos morales del delito; la inteligencia para conocer el bien y el mal, la voluntad por medio de la cual el agente se resuelve á violar la ley. En consecuencia, es necesario que entre el hombre y el delito exista un vínculo de causalidad, no solamente física, sino también moral, porque delito y delincuente son términos correlativos. Así, en derecho penal, la intención, *intendere*, es el conocimiento evidente de que un acto es malo, y por lo tanto punible, ó en términos más concretos, es tener la conciencia de aquel acto, tal como ha sido previsto y fijado en la ley; y es indudable que la intención, en los términos indicados, es la condición necesaria y el fundamento de la res-