CAPITULO XX.

De las contingencias del delito.—Circunstancias atenuantes.—Circunstancias agravantes.

Como son tan variadas y tan complexas las formas en que se manifiesta la actividad humana, las legislaciones no han podido prever todos los casos de atenuación ó de agravación en los delitos, por más que la doctrina haya pretendido fijarlos en la teoría conocida con el nombre de *circunstatiœ delictorun;* pero la ciencia y el común sentir de las gentes, han reducido á gráfica expresión, explicando con admirable laconismo la importancia psicológica y el poder moral de aquellas contingencias, conforme al siguiente apotegma: "el hombre es todo circunstancias." Por otra parte, el origen latino de la misma palabra, nos conduce por distinto sendero al conocimiento de su más genuina acepción, porque la voz *circunstantiœ*, se deriva de *circuns*, al derrededor, y *stare*, estar, existir; y por lo tanto, estar ó existir una cosa ó cosas al derredor de otra. En consecuencia, si por extensión aplicamos esta acepción á diversos órdenes, y principalmente al legal y jurídico, deberemos llamar circunstancias á los he-

chos, entidades y conceptos, que física ó moralmente se presentan conexionados con el acto que se examina como principal, y de cuya apreciación se trata; aplicando en casos dados, para formar un juicio lógico, moral ó jurídico, las reglas de analogía ó de inducción filosófica, puesto que es indispensable considerar en materia tan vasta como compleja, que si las circunstancias son manifestaciones más ó menos limitadas de la actividad, ellas entran en todos los órdenes de la vida humana, ya sea en lo intelectual, lo físico, racional, moral y social, pudiendo *alterar* la índole del hecho principal.

Por lo tanto, examinar las circunstancias, es hacer el examen del hombre en acción; conocerlas, es conocerle; juzgarlas, es juzgarle; pero cuán alta sabiduría se necesita para conocer y juzgar las acciones humanas sin incurrir en el error y en la injusticia! Por esta razón, el estudio de las circunstancias que acompañan al delito, es de suma trascendencia; así, esta materia debe considerarse bajo un punto de vista eminentemente filosófico, porque tratándose de la responsabilidad, ella no puede existir, sino cuando en la acción humana concurren conjuntamente tres facultades en ejercicio, la acción sociológica y moral de la advertencia, la de la voluntad, y la de la libertad; aunque las circunstancias determinen la irresponsabilidad, la atenúen ó la agraven. En estos casos, la legislación positiva debe inspirarse en el conocimiento de la naturaleza humana, elevándose para ello, á la verdad filosófica, á fin de comprender en toda su extensión al hombre en su ser moral; por tal motivo, la ciencia, y

con ella los expositores del derecho penal, han venido en auxilio de la ley y del juzgador, cuando se deja al arbitrio de éste el juicio ó la legal apreciación de las circunstancias, doctrina que ha sido reducida á determinadas reglas, conforme al siguiente dístico latino, que es muy conocido entre los penalistas.

Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cur, quomodo, quando.

Según se observa, la enunciativa de cada regla, establece el tema ó la base general que requiere un desenvolvimiento inextenso, al que no puede dedicarse el presente estudio, por su brevedad; sin embargo, me ocuparé concisamente de cada una de estas reglas, á las que es preciso acordar la debida atención, porque ellas se ligan á consideraciones filosóficas que son ineludibles en la materia de que se trata.

Quis, es decir, el agente, que será ó no responsable, conforme á la apreciación jurídica que resulte en lo vario de las circunstancias personales, como el sexo, la edad, la ilustración, el estado civil, el cargo que se ejerce, etc., etc.; por lo tanto, es de suyo complejo el examen que abraza y requiere el estudio de dichas contingencias, cuando tienen por base la personalidad humana en toda su moral integridad, pudiendo aplicarse á este respecto, el principio general muy conocido entre los criminalistas que expresa: *offensa est in offenso, et honos in honorante.*

Quid, el hecho y el sujeto sobre el cual recae; porque la ley penal prevé las acciones que prohíbe, y con arreglo á ella debe ser examinada la naturaleza psicológica moral y jurídica del hecho, puesto que su índole es la circunstancia que determina su penalidad.

Ubi, el lugar de la perpetración, el cual agrava ó atenúa el hecho, pues no es lo mismo robar en un camino en el desamparo de los campos, que en lugar poblado.

Per quos, es decir, los medios y la calidad de los cómplices, porque estas circunstancias caracterizan también de una manera determinada el acto. En el auxilio, cuando un padre toma por cómplice en un crimen á un hijo suyo, y en la materialidad del hecho, la mayor perversidad, alevosía ú otras circunstancias que constituyen el medio.

Quoties, la reiteración ó reincidencia; según he observado al tratar esta materia, algunas legislaciones, dan á esta circunstancia, el carácter de un nuevo delito, aunque otras la consideran como circunstancia agravante; por lo tanto, me refiero aquí á dicho estudio.

Cur, el motivo, el fin. En realidad, el tema indicado, es el que requiere un estudio más detenido, un conocimiento profundo de la naturaleza humana, porque se refiere en todo su conjunto, á los móviles que determinan la actividad del hombre, en esas manifestaciones á que la ley da el nombre de delitos y que declara imputables, pero tomando en cuenta el motivo ó la causa que impulsa al agente á la consumación del acto, cuya calificación depende de una manera decisiva de la apreciación de los motivos; á este efecto debe recordarse que "*nihil contingit in rerum natura sine ratione sufficienti, cur potius sit quam non sit*, pero en el mundo moral, se reconoce un principio que completa la idea:" *voluntas humana sine motivis sese non determinat.*

Quo modo. De qué modo, es decir, la modalidad del delito por circunstancias dadas, puesto que en la perpetración, esto es, en el acto externo, entra la voluntad deliberada que es el elemento moral. El estudio de la regla indicada, se impone con mayor razón en nuestra época, porque el adelanto de las ciencias naturales, ha puesto al servicio del crimen, conocimientos antes ignorados que han cambiado, en esta evolución del saber humano, la modalidad de ciertos hechos que la ley penal declara imputables.

Quando.—El tiempo entra también, aunque pocas veces, como uno de tantos factores en el delito, y aunque es incuestionable, que los hechos para su indispensable realización necesitan el tiempo y el espacio, en esta materia, la regla se refiere al momento ú ocasión en que el acto incriminado se consuma; y es indudable, que en determinados casos, influye notablemente la ocasión, la cual se considera como excluyente, ó como atenuante ó como agravante.

Las reglas indicadas, han servido de base en todo su conjunto á las legislaciones, en materia tan delicada, las cuales se han fundado además en consideraciones análogas, al establecer ciertas disposiciones *à priori*, en caso de atenuación ó agravación de la pena generada por el delito; pero es indudable, por otra parte, que dichas reglas han sido hasta hoy, las que han inspirado el criterio racional del juzgador, cuando la ley ha dejado á su arbitrio, la apreciación legal de las circunstancias.

En efecto, la ley penal se aplica al delincuente por el juez, el cual debe, conforme á ella, procurar que la

pena sea siempre proporcionada á la gravedad del delito y á la culpabilidad del agente, aunque esta función concreta del juzgador, se relaciona con el elemento abstracto, por medio del cual el legislador determina en qué pena debe incurrir aquel que infringe la ley; en consecuencia, de estos principios, resulta una notable distinción: por una parte, la culpabilidad objetiva ó legal, en la que sólo se toma en consideración la naturaleza del acto, y por la otra la culpabilidad subjetiva ó judicial, por medio de la cual se examina únicamente la condición individual del delincuente; y es indudable, que esta distinción, es la base sobre la cual se levanta toda la teoría relativa á la aplicación de las penas, es decir, su individualización jurídica.

Además, no debe olvidarse, que en la aplicación de las penas, tienen que examinarse los elementos del delito bajo tres puntos de vista esenciales: la preparación, la ejecución y las consecuencias que siguen al hecho incriminado. De aquí resulta, que la medida de la represión, se fija siempre por tres órdenes de circunstancias, que se combinan, se unen y se funden en una idea común:

1º El daño ó el peligro social que resulta principalmente de la naturaleza é importancia del derecho violado.

2º La perversidad del delincuente, en la cual es indispensable analizar los tres elementos siguientes: la intensidad del dolo, el carácter de los motivos que determinen la acción punible, y finalmente todas las circunstancias personales y también materiales del delincuente, que caractericen la ejecución del delito, y

3º La dificultad más ó menos grande de la defensa, circunstancia que debe tomarse siempre en consideración, porque ella facilita la consumación del delito y la impunidad del delincuente; por esta razón, la asociación de malhechores para cometer un delito, se considera como una circunstancia agravante de la culpabilidad de cada uno de ellos.

Remontándome á la historia del derecho penal, es decir, á su concepto histórico, observo que el jurisconsulto Claudio Saturnino, enumeraba las reglas que antes he citado bajo la siguiente denominación, *causa, persona, loco, tempore, cualitate et evento*, á las cuales se refiere la ley 16 de poenis del Digesto:

En la época actual, los expositores del derecho penal han establecido algunos principios que son fundamentales:

1º Es indispensable fijar las penas, en la esfera de acción del juez, entre un *máximum* y un *mínimum*, para tener en cuenta las varias gradaciones de agravación que no han podido ser previstas por el legislador.

2ª El juez, al declarar las circunstancias agravantes, no puede extenderlas á los casos que no hayan sido expresamente previstos por la ley, ni aumentar la pena sino en los límites del grado mínimo al máximo, y

3º Es preciso, para la atenuación del delito, evitar que las causas de mitigación, que es imposible prever, resulten ineficaces en el castigo. De este último principio se deducen dos ineludibles consecuencias, que son el obligado corolario de todo el estudio que sirve de

comentario en esta materia á nuestra legislación en lo que á la atenuación de la pena se refiere:

I. Que todas las causas de mitigación previstas, deben susbtraerse al arbitrio judicial, ya que el legislador las ha consagrado como atenuaciones legales, y

II. Que las demás causas de mitigación, pueden ser también simplificadas en lo posible por la ley, aunque por regla general, *debe dejarse su apreciación á la prudencia y al criterio moral del juez, con la facultad de disminuir la pena por atenuaciones que no hayan sido legalmente previstas.*

En el Derecho Romano, que me servirá de punto de partida en el estudio de los precedentes de nuestra ley positiva penal, hallamos que en los *judiciorum publicorum*, se negaba toda intervención al juez en esta materia; semejante prohibición era natural, porque la ley preveía el delito, designaba sus condiciones, las causas de agravación y de atenuación y por ende, las consecuencias penales; por lo tanto, el juzgador no tenía otra misión que la de aceptar ó no la prueba; aunque después, en la época de las *cognitiones extraordinariae*, en que también aparecen las penas, *extraordinariae*, surge con ellas la facultad en el juez de agravar ó atenuar la pena legal; pero lo cierto es, que hoy todas las legislaciones adoptan la teoría de las circunstancias atenuantes y agravantes, como necesario complemento de la justicia penal.

Las circunstancias expresadas, las cuales modifican la imputabilidad de la infracción, atenuándola ó agravándola, determinan al mismo tiempo, como ineludible consecuencia, la atenuación ó la agravación de la

pena, por más que unas se refieren á la persona del agente ó á su mayor perversidad y las otras á la alarma producida en la sociedad ó al daño causado; y aunque no pueden reconocerse grados en la imputabilidad, porque un acto es ó no voluntario, en virtud de que la libertad en su esencia es absoluta, sin embargo, en sus diversas manifestaciones, la conciencia universal y con ella las legislaciones, distinguen la voluntad deliberada de la espontánea y de la ciega, determinada por una fuerza súbita, por el temor de un peligro inminente ó por el resentimiento de un sangriento ultraje; y aunque en estos actos, la voluntad prepondera, es preciso fijar hasta qué punto ha podido ser impulsada al mal; tal es la base racional y jurídica en que se levanta toda la teoría de las *circunstantias delictorum*, como la reconoce hoy la ciencia penal.

Después de fijados los anteriores principios, debo ocuparme de la ley mexicana en lo que se refiere á estas contingencias del delito.

El Código no deja al arbitrio judicial su apreciación, las ha establecido *à priori*, enunciándolas nominalmente y clasificándolas en cuatro categorías. Conforme á este sistema, las circunstancias atenuantes ó agravantes menos importantes y que enumera en la 1ª clase, representan la unidad, las de 2ª equivalen á dos de la primera, las de 3ª á tres, y á cuatro las de la 4ª categoría, según se observa en los artículos 36 y 37 de nuestro Código, que en la mayoría de sus preceptos, trae su filiación del de Portugal, aunque para la atenuación ó agravación de la pena, sólo tiene en cuenta la gravedad intrínseca del hecho, y no como aquel que

se funda en estos tres esenciales elementos; el primero se refiere al estado personal del agente, el segundo á la alarma social causada, y el tercero á la extensión del daño; por lo tanto, nuestra ley en la atenuación ó agravación de la pena, da mayor importancia al elemento subjetivo de la infracción, y así está en lo justo.

Como excepción, la ley mexicana establece, que no deben considerarse las circunstancias para atenuar ó agravar la pena en los casos siguientes:

I. Cuando sean de tal modo inherentes al delito de que se trate, que sin ellas no pueda cometerse.

II. Cuando constituyan el delito imputado al reo y aquel tenga señalada en la ley una pena especial.

III. Cuando la ley las mencione al describir el delito de que se trate para señalarle pena.

En consecuencia, el Código penal mexicano enumera y clasifica determinadamente las circunstancias que modifican ó agravan la pena, sin dar paso al arbitrio judicial, hasta el grado de obligar á los tribunales á forzada inacción en presencia de circunstancias atenuantes análogas á las establecidas en la ley; sin embargo, deben informar de ellas al Gobierno para la reducción de la pena si lo creyere justo; art. 43. Esta disposición la encuentro censurable, porque el Jefe de un Estado tiene, en materia de penas, el derecho de gracia, pero en el caso indicado, no es este derecho el que debe ejercerse, son los tribunales los que están obligados á hacer justicia al delincuente, mitigando la pena, en virtud de las circunstancias atenuantes reconocidas, aunque no previstas por la deficiencia de la ley penal.

Cierto es que todas las legislaciones admiten, bajo la

influencia de las circunstancias atenuantes ó agravantes, la mitigación ó el aumento de la pena, pero las que siguiendo el sistema del Código mexicano, enumeran, detallan y comprenden en un estrecho círculo aquellas circunstancias, encerrando al juez en límites infranqueables, se apartan del verdadero criterio racional y jurídico que en materia tan grave debe inspirar al legislador, porque el sistema indicado, presenta inconvenientes que la práctica ha demostrado, y que la ciencia condena.

En efecto, las circunstancias atenuantes no pueden ser objeto de una enumeración sistemática, si por regla general, sólo el juez podría reconocerlas y apreciarlas; en consecuencia, pretender precisarlas *à priori*, es pretender también lo imposible, ya que ellas varían hasta lo infinito. En la práctica surgen de bulto los inconvenientes indicados, puesto que en un mismo delito cometido por dos individuos podrán observarse circunstancias atenuantes en uno de éstos y en el otro no, porque ellas resultan, no sólo de actos que preceden y acompañan á la perpetración, sino á los que la siguen, y por lo tanto, preciso es investigar el carácter intencional de los mismos actos, los motivos que han impulsado al delincuente y por ende las diferencias materiales, morales é intencionales, que son tan varias en cada individuo, en virtud de su carácter, su educación y sus hábitos.

Finalmente, en el estudio comparativo de algunas legislaciones, se observan de bulto los inconvenientes á que antes me he referido. Los Códigos de Portugal, el de España y el de México, que adoptan el sistema