



50001234190

Biblioteca de Socials





*Librerías*  
*"El Coleccionista"*  
*"El Bibliófilo"*  
San Pablo 1360



Teléfonos 715136 - 717074

Casilla 14948 - Santiago - Chile



343 (Chle)

2º Despacho.

58

FONDO  
BECARIO

SEMINARIO  
DE  
DERECHO PENAL

SA18  
4021(1)



RECORDS  
OF THE  
SECRETARY OF STATE  
DEPARTMENT OF STATE  
WASHINGTON, D. C.



# CONCORDANCIAS I COMENTARIOS

DEL

# CODIGO PENAL CHILENO.

OBRA PREMIADA

Por la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas  
de la Universidad de Chile, i seguida  
de un apéndice sobre la Jurisprudencia  
de los Tribunales,

POR

ALEJANDRO FUENSALIDA

Juez Letrado en lo Criminal de Lima, a nombre de la ocupacion  
chilena.



LIMA.

IMP. COMERCIAL CALLE DEL HUALLAGA N. 139

1883.



UNIVERSIDAD de VALENCIA  
(FACULTAD DE DERECHO)  
BIBLIOTECA

Registro de Entrada n.º 59516

Fecha: 15-III-1976

Signatura.....

SEMINARIO  
DE  
DERECHO PENAL

L 1234190  
D 1234184



A LA MEMORIA

DE

Don Manuel Monte

Testimonio de gratitud i veneracion.

**A. Fuensalida.**







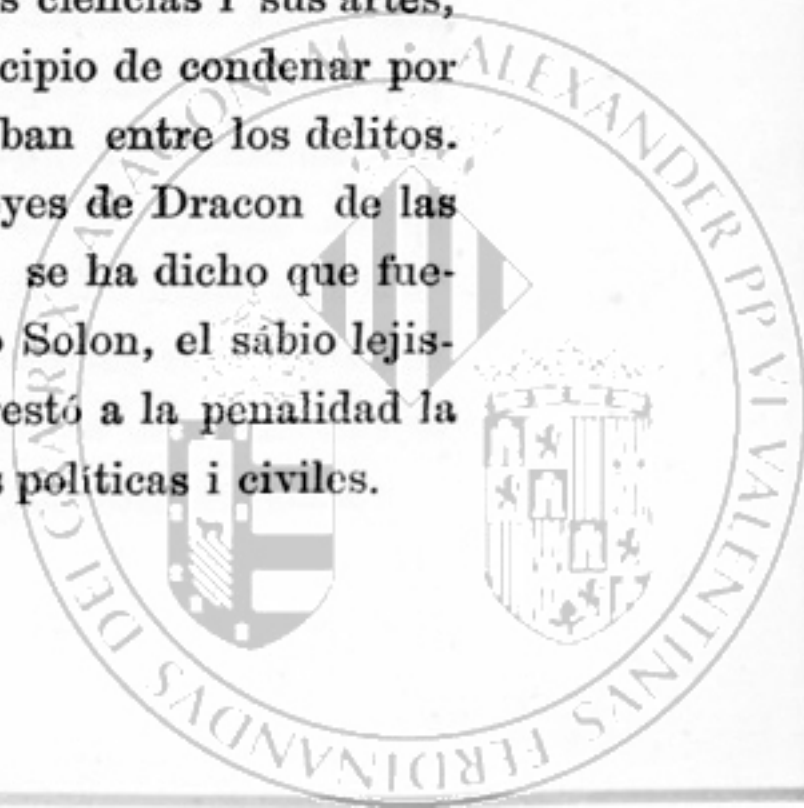
# INTRODUCCION.

## I

**A**NTIGUA como el mundo, esencialmente necesaria do quiera que los hombres se junten en sociedad i tan importante como la vida, la libertad i la propiedad humanas, la lei penal ha sido, sinembargo, descuidada en los pueblos antiguos i aun modernos en la mayor parte de este siglo.

## II

**ATENAS**, señora del mundo por sus ciencias i sus artes, mantuvo por mucho tiempo el principio de condenar por hechos que sus leyes no clasificaban entre los delitos. Durante siglos fué rejida por las leyes de Dracon de las cuales, por su inhumana severidad, se ha dicho que fueron escritas con sangre; i el mismo Solon, el sábio legislador de esta gran república, no prestó a la penalidad la atencion que le merecieron las leyes políticas i civiles.



### III

ROMA monárquica i republicana no tuvo otro principio que el de la severidad de las penas. La muerte i la relegacion para los grandes delitos i las multas para los menores, sin la graduacion debida, fueron las leyes que rigieron á los orgullosos romanos que siendo ciudadanos gozaban del privilegio de librar su vida elijiendo la relegacion. En el imperio se aumentó ciertamente el catálogo de los delitos i de las penas; pero en él se inscribieron el crimen de lesa-majestad que dió lugar a condenaciones al último suplicio hasta por haberse soñado con la muerte de un tirano, i las penas de confiscacion i muerte en el circo para entretener a este pueblo tan grande en otros aspectos considerado.

### IV

MAS tarde la doctrina de Jesus reveló al mundo la verdadera base de la penalidad, i si varias causas impidieron que la lei criminal avanzase tanto como la civil, al menos en la Instituta, en el Código i en el Dijesto se nota que las penas son mas humanas. El principio de que no puede ser penado ningun hecho que no haya sido clasificado de antemano entre los delitos separa radicalmente esta lejislacion de la griega ya indicada.

### V

EN seguida vino la invasion del imperio i con ella el retroceso i la barbárie. Los pueblos invasores no tuvieron

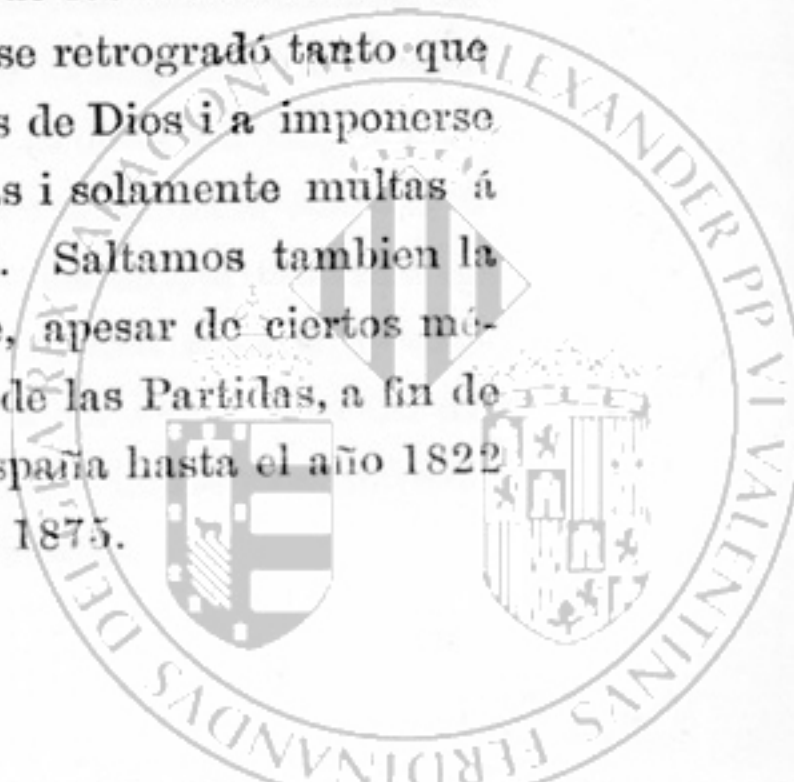
siquiera leyes escritas i las asambleas buscaban solo cierta relacion entre los delitos i las penas, teniendo por única regla la extrema severidad.

## VI

PERO la monarquia de los visi-godos llegó á establecerse en la madre patria i ella promulgó su famoso Código del Fuero-Juzgo que ha sido calificado en su clase como la obra mas científica i moral de su tiempo. Este código sancionó ciertos principios fundamentales; pero confundió el delito con el pecado, castigó hechos inocentes i otros mas ridiculos que punibles, empleó penas vedadas a la justicia humana i prodigó la muerte, la marca, la decalvacion i los azotes. Fué este código el oríjen de entregar una persona a la venganza de otra, de donde emana el derecho que en raras legislaciones conserva el marido para matar, herir i maltratar a su mujer sorprendida en delito infraganti de adulterio.

## VII

SALTAMOS con horror esa época de los fueros locales de la nacion española; pues en ella se retrogradó tanto que llegaron a ser admitidos los juicios de Dios i a imponerse la pena de muerte al hurto de uvas i solamente multas á los reos de homicidios voluntarios. Saltamos tambien la época del FUERO-REAL, código que, apesar de ciertos méritos fué eclipsado por el famoso de las Partidas, a fin de llegar a este último que rijió á España hasta el año 1822 i a Chile hasta el 1.º de Marzo de 1875.



## VIII

LA séptima Partida, que trata de los delitos i de sus penas, está mui léjos de ser una obra basada en los verdaderos principios de la penalidad. La confiscacion de bienes i el tormento como medio probatorio que aplicaban esas leyes han tenido que ser abolidos por nuestras constituciones políticas; la marca que en principio no se acepta para el hombre, imájen de Dios segun la espresion de la lei, se imponia sinembargo al blasfemo; ordenaba aparatos ridículos en la ejecucion de ciertas penas, buscando talvez la ejemplaridad; concedia al marido, a mas de la facultad de matar a los adúlteros, derecho para designar la pena que los jueces debian imponerles; castigaba la bestialidad con la pena del fuego; confundia, como el FUERO-JUZGO, el delito con el pecado; imponia en muchos casos la misma pena á la tentativa, al delito frustrado i al consumado; confundia al autor con el cómplice; concedia á los jueces en algunos delitos facultades latamente arbitrarias i en otros, por el contrario, no les daba lugar para que avaluase los diversos grados de la criminalidad, i prodigaba, en fin, la muerte, la vergüenza pública i otras penas infamatorias.

## IX

SINEMBARGO este Código de las Partidas; la Novísima Recopilacion; algunas leyes del Fuero-Real; la Orden del 14 de Marzo de 1807 sobre defraudaciones; la Ordenanza Jeneral del Ejército, lei comun en varios delitos; el Senado-Consulta de 1824 i el Supremo decreto del 25 de Octu-

bre de 1837 sobre armas prohibidas i delitos de heridas; las constituciones políticas de 1823, 1828 i 1833; los decretos del 22 de Abril de 1812, Mayo 7 de 1819 i 22 de Enero de 1847 sobre juegos prohibidos; la lei del 25 de Setiembre de 1837 sobre denegacion de justicia; la de Octubre 20 de 1831 sobre ebriedad; el Supremo decreto del 5 de Enero de 1838 sobre el modo de aplicarse las penas alternativas cuando las leyes hablaban de nobles i plebeyos; la circular del 17 de Octubre de 1844 sobre la pena de la vagancia; la lei de 17 de Agosto de 1849 sobre hurtos i robos; varias leyes aboliendo i restableciendo la pena de azotes i otras que omitimos enumerar, han formado nuestra legislacion penal hasta la vijencia del nuevo código.

## X

Esté fárrago de leyes, desusadas muchas de ellas, no era por cierto mui apropósito para que hubiese interes en conocer los elevados principios que rijen la penalidad, i toda la ciencia penal de la juventud que se ilustraba consistia en ciertos apuntes sobre las teorías de BENTHAM que al poco tiempo de estudiadas no dejaban siquiera una reminiscencia. Es cierto que la arbitrariedad judicial necesaria con las Partidas i la Novísima no se notaba casi; pues la ciencia i honorabilidad de nuestros tribunales i especialmente de la Corte Suprema suplían en lo posible los defectos de las leyes. En realidad de verdad, estábamos entregados a la arbitrariedad judicial i al derecho de gracia del Consejo de Estado; mas, la causa apuntada co-

mo un timbre de honor para nuestra magistratura no dejaba sentir una necesidad urgente de reforma.

## XI

PERO este estado de cosas no podia ser permanente i así lo comprendieron al fin nuestros Gobiernos, que nombraron al eminente jurisconsulto D. Manuel Carvallo para que en Europa redactase un proycto de Código Penal i despues una comision que concluyese la obra comenzada. Esta comision, con un acierto que bastaria para su elojio si no tuviera otros títulos, adoptó por base el Código Español de 1850 en lugar del Belga, base de los trabajos de señor Carvallo, i terminó su obra en el espacio trascurrido desde el 8 de Marzo de 1870 hasta el 22 de Octubre de 1873.

## XII

SÉANOS permitido una idea general sobre este Código. SIN negar que los miembros de la comision redactora merecieron la gratitud nacional por su ilustrado trabajo, creemos que el Código, con hombres especiales en la ciencia penal, pudo ser una obra mas perfecta. En el curso de estos estudios se notará que si la comision hizo esfuerzos para salvar algunos de los defectos que contiene el Código Español de 1850, se cometieron muchos otros con las modificaciones introducidas sin un estudio previo i profundo de dicho Código que como obra científica y artistica es, en su clase, la primera de Europa, en nuestro concepto. Pero cualesquiera que sean los lunares de nuestro Código Penal, lo consideramos digno de nuestro estado de civilizacion i

cultura i a su libro primero especialmente como la última palabra del arte i de la ciencia penal hasta el presente. En él se define el delito i todos los actos que en su jeneracion i ántes de consumarse deben ser castigados; se establecen las justas escepciones á los principios que no son absolutos por su naturaleza; se enumeran las circunstancias que atenúan o agravan las penas que el lejislador solo puede imponer al tipo medio o comun del delito, a esa culpabilidad elemental o esencialmente necesaria para su existencia; se distingue científicamente para la graduacion de las penas al autor del cómplice i del encubridor; se establecen, para aplicarlas, reglas basadas en el principio moral y conveniente de la proporcionalidad; se clasifican las penas de un modo satisfactorio i se prefieren las que solo privan de la libertad: en una palabra, en el libro primero se comprende toda la materia científica de la penalidad que debe ser aplicada en todos los casos, en todos los delitos y en todas las penas.

### XIII

**TERMINAREMOS** con dos palabras sobre el orijen y alcance de estos comentarios.

**LA ELEVADA** discusion que hubo en el Senado sobre algunos artículos del Código despertó cierto interes que no se tenia por esta clase de materias. Este interes se aumentó cuando se supo que el Presidente de la comision redactora, miembro del Tribunal Supremo i Senador de la República, D. Alejandro Reyes, abriria un curso de lecciones en la Universidad. El que esto escribe, con un estudio so-



mero del Código Penal, de las actas de la comision, de las disposiciones concordantes de otros Códigos i de los comentarios de algunos criminalistas, se preparó para que esas lecciones no fuesen sembradas en tierra inculta. Desgraciadamente el señor Reyes se concretó á enseñar á sus alumnos i entónces fué preciso satisfacer el deseo de aprender la ciencia penal en otras fuentes de enseñanza. Consultando, pues, las actas de la comision redactora, las sesiones de las Cámaras i a los conocidos criminalistas Pacheco, Rossi, Carrara, Filangieri, Bertaut, Haus, Ortolan, Mittermaier, Boitard, i a Chauveau i Hélie llegamos a formar una obra que comprendia solo el libro primero i que en parte publicamos en 1876. Esta parte fué recibida con esa indiferencia con que en Chile se mira las obras que no llevan la recomendacion de los doctores, i de la prensa solo mereció la crítica apasionada é inconciente de un diario de la capital, circunstancias que habrian desalentado al autor si D. Manuel Montt, sin otro móvil que su amor al progreso intelectual de su pais, no lo hubiera estimulado con la carta que se publica al final de esta obra dedicada á su memoria. Posteriormente, i sospechamos que por indicaciones del mismo señor Montt, la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad acordó para tema del certámen del año de 1877 la misma materia de la parte publicada, pero la estendió á todo el Código Penal. Este acuerdo obligó al autor a consagrarse exclusivamente a este trabajo, que al fin fué informado y premiado en la sesion que tambien publicamos.

EN ESTOS COMENTARIOS examinamos las disposiciones

del Código, inquirimos el origen de algunas en las legislaciones antiguas, comparandolas con las modernas i con la jurisprudencia de nuestros Tribunales en cuanto estos estudios sirvan para fundar nuestras opiniones; hacemos notar las modificaciones que la comision redactora introdujo al adoptar los artículos del Código Español i de otros Códigos i leyes; estudiamos el alcance de estas modificaciones i sus ventajas é inconveniencias; esplicamos, con cuanta claridad i concision nos ha sido posible, cada uno de los artículos concordandolos con los de su origen ó con las leyes españolas de donde han sido tomados, manifestando ademas sus relaciones con los otros del mismo Código i su aplicacion mas racional en los casos dudosos; i, por fin, en un apéndice, resumimos la jurisprudencia de los Tribunales en la aplicacion de varios artículos que en la práctica ofrecen dudas.





CONCORDANCIAS I COMENTARIOS  
DEL  
**CODIGO PENAL CHILENO.**

—o—o—o—  
**TITULO PRIMERO.**

**De los delitos i de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan.**

§ 1.°

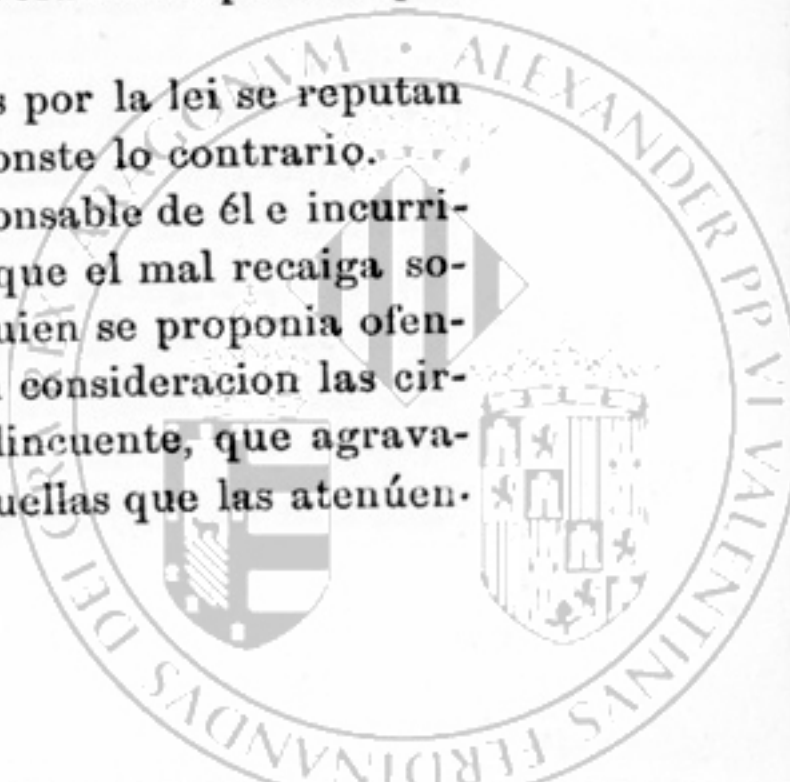
De los Delitos.

ARTICULO 1.°

Es delito toda accion ú omision voluntaria penada por la lei.

Las acciones ú omisiones penadas por la lei se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.

El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la lei señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponia ofender. En tal caso no se tomarán en consideracion las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarian su responsabilidad; pero sí aquellas que las atenúen.



ARTÍCULO 3.º

Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos i faltas i se califican de tales segun la pena que les está asignada en la escala jeneral del artículo 21.

CODIGO ESPAÑOL. (1)

Art. 1.º Es delito o falta toda accion u omision voluntaria penada por la lei.

Las acciones u omisiones penadas por la lei se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario.

El que ejecutare voluntariamente el hecho será responsable de él e incurrirá en la pena que la lei señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponia ofender.

Art. 6.º Se reputan delitos graves los que la lei castiga con penas afflictivas.

Se reputan delitos menos graves los que la lei reprime con penas correccionales.

Son faltas las infracciones a que la lei señala penas leves.

I.

1. El sistema moderno de definir i dividir los delitos por las penas que la lei impone, ha sido considerado por algunos criminalistas como la espresion arbitraria de la escuela de los utilitarios. Rossi se indigna ante el art. 1.º del Código Frances i esclama: "En presencia de este artículo « no debemos cuidar de ver la naturaleza intrínseca de las « acciones, sino al poder solamente. Si él hace cortar la « cabeza a un hombre, es necesario persuadirse de que es « un gran criminal. Se manifiesta, agrega, tal desprecio « por la especie humana i una pretension tan grande a un « completo despotismo, aun sobre la moral, que se puede « juzgar del espíritu de todo el código por la simple lectura del artículo primero. (2)

2. I efectivamente, si con este método se hubiese que-

(1) Concordamos con el Código Español de 1850 que sirvió de base a la comision redactora del nuestro.

(2) Traité de Droit Penal—Cap. 2.º pág. 34.

r:do establecer previamente el principio absoluto i des-  
pótico de que el legislador no debe atender para calificar  
las acciones u omisiones de crímenes, simples delitos ó fal-  
tas sino a su voluntad soberana, habria razon para sentir  
miedo al abrir las pájinas de los códigos inspirados por  
tal principio: pero si consideramos a estas definiciones  
como síntesis sacadas del análisis de los hechos que han  
sido penados, no podemos prejuzgar sobre el espíritu de  
un código sin examinar primeramente sus penas, ni con-  
denar la definicion sino las penas que no se hayan ajusta-  
do a los principios jenerales. Si éstas han sido impuestas,  
respetándose el principio moral de lo justo e injusto, po-  
co importa que la definicion no se haya conformado á los  
principios de la ciencia, pues de ello solo debemos dedu-  
cir que se ha preferido una práctica, cierta i precisa.

3. I a este respecto oigamos a Mr. Haus: « Esta division  
« dice, hablando del Código Frances, no ha sido sacada  
« del hecho material de las penas: ella reposará en la na-  
« turaleza intrínseca de los hechos punibles si el legislador  
« como lo suponemos, solo ha inscrito en el catálogo de  
« los crímenes i de los delitos a las acciones que, por su  
« escala respectiva de gravedad, deben encontrarse entre  
« ellos. » (1)

4. Bartauld, despues de manifestar que al legislador  
corresponde establecer la parte de la lei moral que debe  
ser convertida en positiva, agrega: « ¿Qué importa que la  
« lei diga que tales hechos son crímenes i que les impone  
« tal pena, o por el contrario que los hechos castigados con  
« tal pena son crímenes? ¿Por acaso esto último significa  
« que el legislador no debe esforzarse, como en la primera  
« fórmula, en apreciar la gravedad del daño social?—Si un  
« código no mandase sino que enseñase, deberia, sin duda,  
« esplicar el carácter intrínseco por el cual se reconoce

(1) Observacion sur le projet de revision du Code présenté au chambres belges.  
—Tomo I paj. 64.

« que un hecho es crimen, delito ó contravencion; pero  
« siendo un mandato, debe solo definir el delito legal es-  
« cluyendo las disertaciones doctrinales que solo tienen  
« fuerza en virtud de la libre adhesion del pensamiento  
« humano. » (1)

5. Por fin, sepamos la ilustrada opinion de Ortolan:  
« El lejislador, dice, primeramente impone la pena i cuan-  
« do se trata de clasificar los delitos en categorias, segun  
« su gravedad reconocida, la pena viene a ser la espresion  
« práctica mas simp'le de esta gravedad, i el criterio mas  
« racional i cómodo para operar esta clasificacion. » (2)

## II.

6. Pero si, segun opiniones tan respetables, este método  
de definir el delito por las penas no merece la crítica de  
Rossi, desgraciadamente no hemos encontrado ningun  
motivo que justifique la division en crímenes, simples de-  
litos i faltas. Es cierto que los Códigos de Francia, Prusia,  
Austria del año 1852, Cerdeña, año de 1839, Nápoles i  
España, entre otros de Europa, contienen la misma base  
de division; pero en estos paises, si ella no es científica,  
es de una gran utilidad práctica. Treilhal nos ha dado las  
razones: « El primer artículo del Código Frances, dijo,  
« define las espresiones, crímenes, delitos i contravencio-  
« nes muchas veces confundidas o empleadas indistinta-  
« mente; mientras que en adelante la palabra crimen  
« designará los atentados de que deben conocer las cortes  
« criminales, la palabra delito fijará la competencia de los  
« tribunales de policía correccional, i la de contravencion  
« designará las faltas de simple policía. » Este medio de  
fijar la competencia de los tribunales se ha considerado,  
pues, en estas naciones como único i bastante justificativo

(1) Cours de Code Penal páj. 143.

(2) Elements de Droit Penal núm. 666.

de una division que no tiene su fundamento en la naturaleza intrínseca de las acciones, y este motivo no existe en nuestro pais, en donde ni se piensa siquiera establecer tres órdenes de tribunales que pudieran corresponder a cada clase de la division. El Código Penal fué aprobado bajo el imperio de la antigua organizacion judicial, i cuando ya debia saberse que: « el Proyecto de Organizacion de los Tribunales » atribuia a los jueces letrados el conocimiento de los crímenes i simples delitos i a los jueces de subdelegacion el de las faltas.

7. Despojada la division del único motivo que pudo justificarla, veamos sus inconvenientes. En primer lugar ella da cabida al despotismo; porque siendo, como hacen notar Mittermaier i otros criminalistas alemanes (1), puramente ficticia la línea que separa a los crímenes de los simples delitos por la identidad de sus naturalezas i diferenciándose solo en su grado de inmoralidad, queda al capricho del lejislador el derecho de fijar el límite máximo del delito y el mínimo de donde comienza el crimen, pudiendo elevar á la categoria de crimen un simple delito i a la de éste una mera falta, sin quebrantar, por esto, ninguna disposicion sancionada de antemano para que sirviera de brújula a la intelijencia i de atajo a las propensiones caprichosas de la naturaleza humana. I esto es precisamente lo que ha sucedido en nuestro Código, como en el frances i en otros. (2)

8. Por otra parte, no habiendo un principio positivo que haya dirijido al lejislador, ha podido penar como delitos hechos que ante la moral no lo son, i como simples faltas otros que son verdaderos delitos. La mendicidad, por ejemplo, si puede ser reprimida a nombre de la utilidad pública con penas de policia, de ningun modo puede ser castigada como delito, pues éste presupone inmoralidad.

(1) Cta de Chaveau et Helie, Theorie de Code Penal, t. 1.º, not. 3a., páj. 20.

(2) Carrara páj. 21.



dad i un daño social i positivo, circunstancias que no concurren en la simple mendicidad. Por el contrario, los hurtos, las defraudaciones i engaños, hechos inmorales i voluntarios, son i serán siempre delitos, aunque el legislador los haya penado como faltas, pues la cuantía de un daño causado no puede variar la naturaleza intrínseca de las acciones.

9. Reconocemos que el legislador sin haber convertido en lei positiva los principios que separan los delitos de las faltas, pudo respetarlos; pero la division enteramente arbitraria debia permitirle clasificar tambien con arbitrariedad, pues no todos respetan del mismo modo los meros principios i las disposiciones positivas. Por esto es que racionalmente ha dicho M. Haus: « No es tanto la division « lo que merece estos reproches, es la manera cómo se han « aplicado las penas, es la clasificacion que se ha hecho de « las diversas acciones punibles. Desde luego podemos no- « tar que se han colocado en la categoría de crímenes, « hechos que no merecen esta clasificacion; i el Código « Frances que, por otra parte, castiga con penas correc- « cionales graves abusos de confianza, es soberanamente « injusto e impolítico en esta materia.» (1) Esto parece escrito para nuestro Código.

10. Nuestra organizacion judicial se prestaba para que el Código hubiese adoptado la division en delitos i faltas, única que tiene por fundamento la naturaleza intrínseca de las acciones; pues segun la ciencia penal solo hai dos clases de hechos punibles, una cuya criminalidad proviene de la intencion dolosa del agente, i la otra que la forman las acciones u omisiones meramente culpables i las simples infracciones de los mandatos o prohibiciones de la lei. De aquí la division científica en delitos i faltas, que teniendo por base el caracter mismo de las acciones u

(1) Observations, etc. — Tomo 1.º, pág. 68

omisiones, está al abrigo de toda arbitrariedad. Esta división habria sido tambien práctica, porque habria fijado la competencia de nuestros tribunales de acuerdo con lo establecido y que mantiene el artículo 33 de la nueva lei sobre «Organizacion de los Tribunales.» No sabemos si la comision pensó en ello, pero lo cierto es que por no adoptar esa clasificacion ha podido, sin violar la lójica de la lei, considerar como delitos algunos hechos que son meras faltas, i como faltas otros que la moral i la teoria condenan como delitos. I no se nos diga que la diferencia es nominal, porque de la simple calificacion han resultado gravísimas consecuencias. Así, por ejemplo, no habiendo encubridores de faltas, ni castigándose la tentativa de ellas por el artículo 9.º, los encubridores de hurtos, defraudaciones o engaños cuyo importe no exceda de diez pesos i los autores i cómplices de tentativas de estos delitos, no tienen ninguna pena. En otras materias encontraremos tambien consecuencias de gravedad. Mientras tanto volvamos á nuestros estudios sobre la definicion del delito.

### III.

11. La voluntad es una idea compuesta de tres elementos simples: la libertad, la intelijencia i la intencion. El delincuente que obra sin libertad es un simple instrumento sin responsabilidad como el puñal con que se hiere; el que obra sin saber lo que hace es como la máquina que entre sus ruedas despedaza a un desgraciado i el que procede sin intencion i por mero accidente causa un daño no tiene tampoco responsabilidad. De estos elementos, los dos primeros son absolutamente indispensables para que haya delincuencia; mas entre las acciones u omisiones voluntarias i las fortuitas están las cometidas por imprudencia ó negligencia que la lei debe reprimir i penar. Estas últimas, por no ser intencionales, no se encuentran

comprendidas en la definicion del delito, i de aquí la necesidad lójica o de completar la definicion con la palabra «culpable» o de comprenderlas entre los hechos punibles, en un artículo especial.

12. Esta necesidad fué combatida en el seno de la comision redactora por uno de sus miembros. Por este motivo i porque sus razones contradicen el análisis que hemos hecho de la voluntad, nos vamos á permitir examinarlas detenidamente.

13. Pidiéndose la supresion de los artículos 2.º i 4.º, se dijo: « que la palabra voluntad que califica tanto al delito como a las faltas, solo significa una accion u omision libre, ejecutada sin coaccion o necesidad interior, i, en consecuencia, que del mismo modo que se aplica a la simple falta, debe tambien comprender al cuasi-delito (1).» Esta interpretacion, como se ve, restringe el significado de la palabra «voluntaria» que usa el artículo 1.º hasta el punto de hacerla sinónima de libertad. Segun ella un loco que mata usando de su desordenada libertad, i un imprudente que atropella i mata a un transeunte, corriendo a caballo por una poblacion, tendrian que ser responsables de homicidio voluntario. ¿I esto es efectivo? De ningun modo. El loco fué libre, pero no supo lo que hizo: para ser delincuente le faltó la intelijencia. El imprudente obró tambien sin coaccion ni necesidad interior; pero no tuvo voluntad de matar. El primero es inocente i el segundo solo responsable de su imprudencia que la lei llama cuasi-delito. La voluntad no es, pues, sinónima de libertad; sino una idea compleja que la comprende, como el todo a una de sus partes; pero abrazando al mismo tiempo a la intelijencia i a la intencion.

14. Si fuese efectivo, como tambien se sostuvo, que la mayor parte de las faltas suponen una simple culpa, la

(1) Sesion 120 del 21 de Marzo 1873.

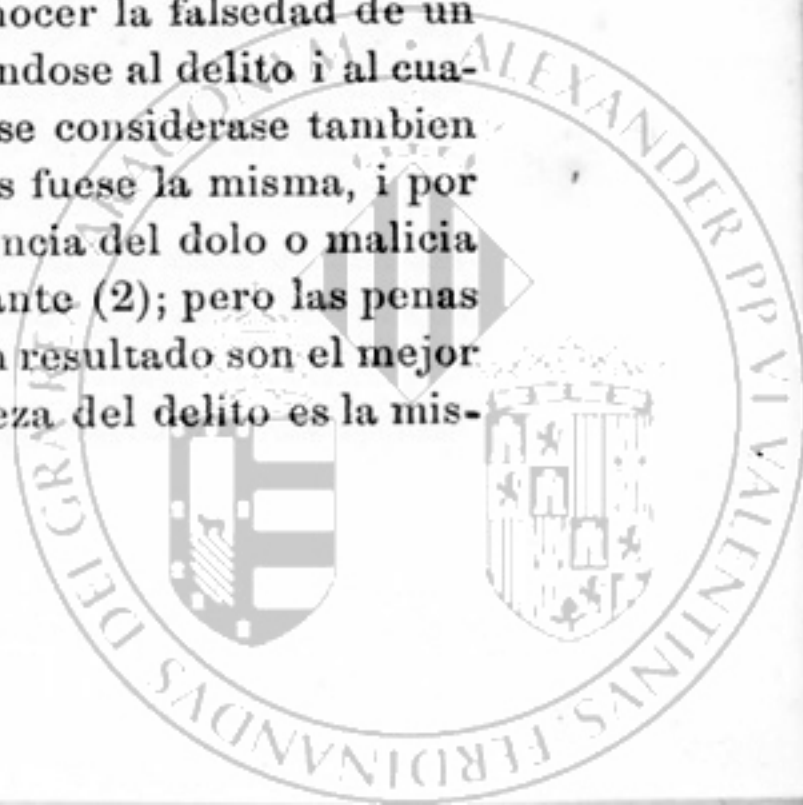
consecuencia lójica seria que la definicion que las comprende seria defectuosa; i de ningun modo que los cuasi-delitos puedan aprovecharse de este defecto para hacerse caber en la definicion.

15. La tercera observacion con que se sostuvo que los cuasi-delitos están comprendidos en la definicion del art. 1.º, fué: « Que no son una clase especial de hechos distintos de los delitos i de las faltas en su naturaleza, sino « en las circunstancias que acompañan a la ejecucion, de « manera que todo delito o falta puede llegar a ser cuasi- « delito si se comete sin malicia. (1) » Este motivo no es especioso siquiera, porque precisamente la diferencia que a primera vista se nota entre los delitos i cuasi-delitos proviene de ser distinta la naturaleza de las acciones u omisiones que los constituyen. Los primeros son, para la lei i para la ciencia penal, acciones u omisiones intencionales, i los segundos son meramente culpables, palabra que excluye a la intencion. Decir que un delito puede llegar a ser cuasi-delito es como aseverar que el tiempo puede convertir en involuntaria una accion que fué voluntaria en el momento de cometerse. Lo que hay de efectivo es que un mismo hecho, un homicidio por ejemplo, puede ser delito o cuasi-delito desde su oríjen, segun haya sido o no intencional.

16. La lójica del error es tambien severa y por sus consecuencias absurdas se viene a conocer la falsedad de un antecedente. Era lójico que creyéndose al delito i al cuasi-delito de una misma naturaleza, se considerase tambien que la base para imponer las penas fuese la misma, i por lo tanto que se pidiera que la ausencia del dolo o malicia fuese solo una circunstancia atenuante (2); pero las penas soberanamente injustas que habrian resultado son el mejor comprobante de que ni la naturaleza del delito es la mis-

(1) Sesion del 21 de Marzo 1873.

(2) Sesion del 21 de Marzo de 1873, p. 215.



ma que la del cuasi-delito, ni tampoco la base para penarlos. Un hombre que corriendo a caballo atropella i mata a su padre, mujer o hijo con imprudencia, no puede ser castigado con mas severidad que otro que, con mayor imprudencia, hubiese atropellado i muerto a un extraño, sucediendo precisamente lo contrario si hubiese habido intencion. I el motivo es obvio; porque en los cuasi-delitos se atiende para penarlos al grado de imprudencia o negligencia, i en los delitos a la inmoralidad del ajente. I sin embargo, si se hubiera aceptado la indicacion confundiendo la naturaleza del delito i del cuasi-delito, habria resultado que al matador imprudente del padre, mujer o hijo se habria penado mucho mas severamente que al de un extraño que hubiese sido mas imprudente. Despues veremos que estos errores tuvieron su influencia en el castigo de algunos delitos.

#### IV.

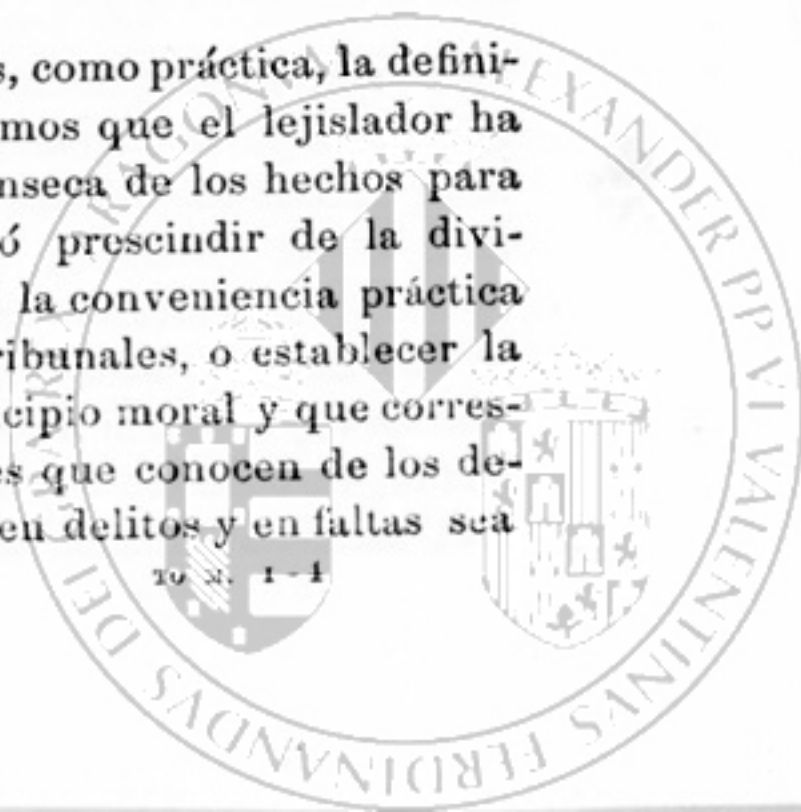
17. Es propio de la naturaleza humana obrar voluntariamente, i por lo tanto la lei ha tenido motivo para presumir que son voluntarias las acciones u omisiones que ella pena; pero siendo la fuerza, la demencia, la simple desgracia o la mera culpa causas ocasionantes de acciones u omisiones punibles en sí i que escluyen a la voluntad, la presuncion ha debido ser solamente legal. De aquí la utilidad de establecer las causas que desvanecen la presuncion, i este objeto lo ha cumplido satisfactoriamente el art. 10.º ¡Ojalá que nuestros legisladores no se hubieran olvidado de estos principios i hubiesen considerado como causas que exentan de responsabilidad penal solamente a la ausencia de la libertad, de la intelijencia o de la intencion en los hechos punibles por su naturaleza!

18. Puede ser que proponiéndose un hombre la perpetracion de un delito sobre una persona determinada, una causa extraña o un error haga recaer el daño sobre otra

distinta. En estos casos existen los elementos de la penalidad: un daño i la intencion de cometerlo. Es verdad que el daño recae sobre un objeto distinto al de la intencion; pero la lei no tiene para qué considerar esta circunstancia, pues para ella todos los hombres son iguales. Mas puede ser tambien que el hecho consumado sea por su naturaleza mas grave que el propuesto; o, por el contrario, que este sea mas grave que el consumado. En el primer caso, no habiendo delito sin intencion, no puede perjudicar al reo la mayor gravedad del hecho cometido; i recíprocamente, no castigándose las simples intenciones debe aprovecharse de las circunstancias que le impidieron cumplirla. Así un hombre que tiene intencion de matar a un extraño y que por fatalidad mata a su padre no es un parricida, pues no tuvo intencion tan depravada; sino un simple homicida, delito en que el hecho y la intencion están de acuerdo. Del mismo modo, otro que tuvo intencion de matar al padre i mata a un extraño no puede ser castigado como parricida, pues para ello sería preciso que la lei castigara la intencion que no se ha cumplido. Estos son los principios que nuestro Código sanciona en el inciso 3.º del art. 1.º i que el Código Español no consideró necesario establecerlos, porque se desprenden claramente de la definicion del delito.

V.

19. En resúmen, si aceptamos, como práctica, la definicion del art. 1.º i porque suponemos que el legislador ha considerado la naturaleza intrínseca de los hechos para penarlos, creemos que se debió prescindir de la division que no tiene en su apoyo ni la conveniencia práctica de fijar la competencia de los tribunales, o establecer la única que tiene por base un principio moral y que corresponde a los órdenes de tribunales que conocen de los delitos. Tal habria sido la division en delitos y en faltas sea



tomando por base la pena legal i comprendiendo entre los primeros a las acciones u omisiones meramente culpables, o considerando la moralidad intrínseca de los actos i en tal caso penando a los cuasi-delitos como una clase especial de faltas.

ARTÍCULO 2.º

Las acciones u omisiones que cometidas con dolo ó malicia importarian un delito, constituyen cuasi-delito si solo hai culpa en el que las comete.

ARTÍCULO 4.º

La division de los delitos es aplicable a los cuasi-delitos, que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código.

I.

20. Si el art. 1.º califica de delito solamente a las acciones u omisiones voluntarias penadas por la lei i si hai acciones i omisiones que, sin ser voluntarias, deben penarse, la armonia que debe haber entre todas las disposiciones de un código exijia que se calificasen entre los hechos punibles. De aquí proviene, como hemos notado, la necesidad lójica de agregar a la definicion del artículo 1.º la espresion «culpable» o de espresar en un artículo especial que estos hechos son tambien penados. De otro modo, nuestro Código tendria el mismo defecto que se nota en el Español que impone penas a los hechos culpables, apesar de que de sus principios jenerales no se deduce su penalidad.

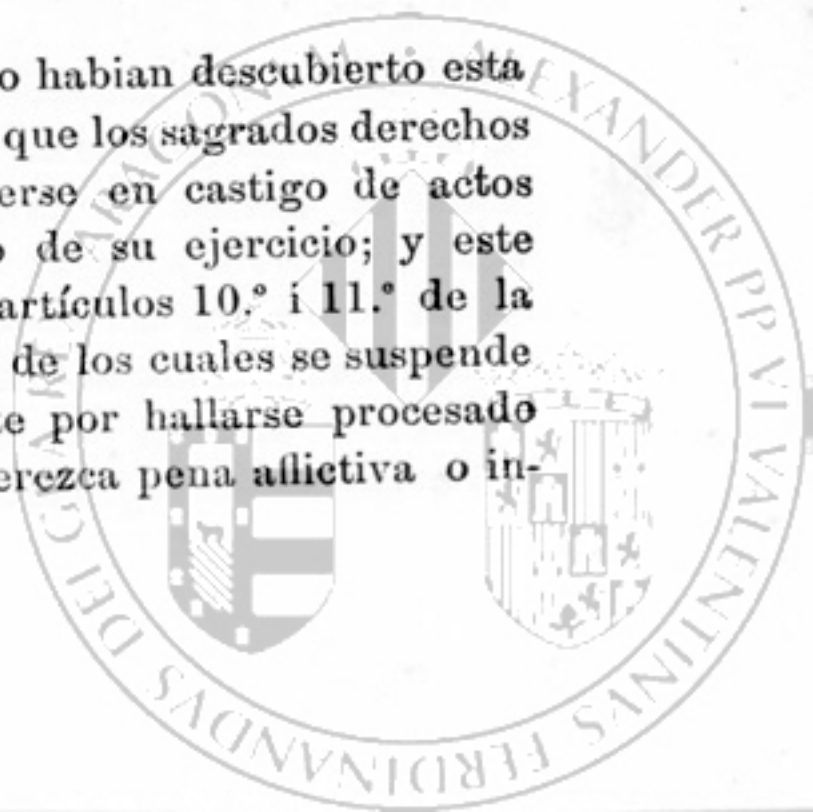
21. Pero si el artículo 2.º era necesario como complemento del 1.º, la division que establece el art. 4.º adolece de defectos mas notables que la del art. 3.º En primer lugar la division en cuasi-crímenes, cuasi-delitos i cuasi-faltas, es impropia en sus mismos términos, imperfecta e

inútil: la impropiedad la conoce el buen sentido i en el mundo no hai código alguno que contenga tales términos; la imperfeccion resulta de no haber ningun hecho punible que pueda llamarse cuasi-falta; i su inutilidad la prueba el Código que en un mismo artículo pena delitos y cuasi-delitos sin distincion alguna, i que enumera entre las faltas a ciertos cuasi-delitos que castiga con la pena de aquellas.

22. Sin embargo cuando se trató de la última revision del Código, se sostuvo i aprobó la division de los cuasi-delitos a nombre de su utilidad práctica, fundándola en que la division podia servir para determinar cuando un cuasi-delito produce los efectos que corresponden a los crímenes respecto a los derechos políticos i civiles (1) Tan monstruosas nos parecieron las consecuencias de esta observacion que sentimos miedo a un código que pudiera contener penas de cuasi-delitos que atacasen los derechos políticos y civiles, esto es, que privasen, por ejemplo, de la patria potestad o del derecho de ser elector o elegido al desgraciado que por imprudencia cometiera un homicidio, apesar de que no impone tales inhabilitaciones a miserables rateros. Pero despues de un exámen detenido nos tranquilizamos, pues que no encontramos un solo caso en que se prive de estos derechos por un cuasi-delito; i nos persuadimos, con satisfaccion, de que no era verdadera la razon indicada.

23. Los constituyentes, que no habian descubierto esta division de los delitos, pensaron que los sagrados derechos del ciudadano solo podian perderse en castigo de actos inmorales que hicieran indigno de su ejercicio; y este principio lo consignaron en los artículos 10.º i 11.º de la Constitucion de 1833, en virtud de los cuales se suspende o pierde la ciudadanía solamente por hallarse procesado un ciudadano por delito que merezca pena afflictiva o in-

(1) Acta de la sesion 168, p. 304.





famante o por haber sido condenado a una de estas clases de penas. Y el sábio autor de nuestro Código Civil, participando del mismo espíritu, privó también de la patria-potestad por el art. 267 solo al padre que por sentencia ejecutoriada ha sido declarado culpable de un crimen a que se aplique la pena de esposicion a la vergüenza pública o de cuatro años de reclusion o presidio u otra de igual o mayor gravedad; i por el art. 497 exigió iguales condenaciones i penas para incapacitar de ser curador. Ahora, la pena mas grave que el Código Penal aplica por cuasi-delito es la del art. 224 que, no pudiendo pasar de tres años de presidio o reclusion, ni estando declarada afflictiva por el art. 37, ni llevando consigo ninguna inhabilitacion de los derechos políticos por el art. 30, no priva de la ciudadanía, i como es menor que las citadas del Código Civil no priva tampoco de ninguno de los derechos civiles.

#### ARTÍCULO 5.º

La lei penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código.

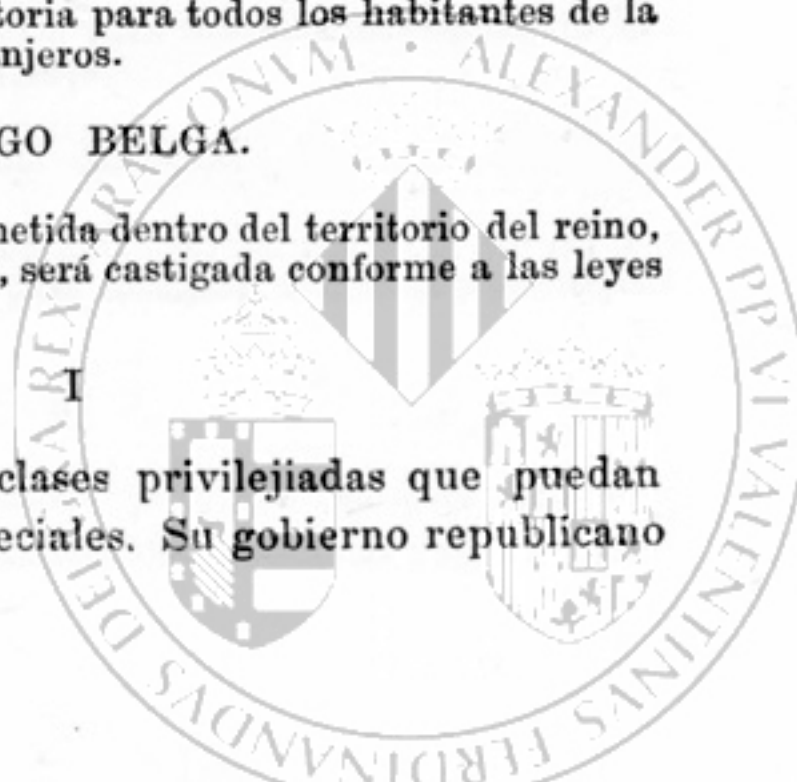
#### CODIGO CIVIL CHILENO.

Art. 14. La lei es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

#### CODIGO BELGA.

Art. 3.º La infraccion cometida dentro del territorio del reino, por belgas o por extranjeros, será castigada conforme a las leyes belgas.

24. En Chile no hai clases privilegiadas que puedan ser rejidas por leyes especiales. Su gobierno republicano



i unitario exige que haya igualdad ante la lei i que ésta sea una para toda la nacion. De estos principios, sancionados por el número 1.º del art. 12 de la Constitucion, proviene que el Código Civil en su art. 14 i el Penal dispongan que las leyes sean obligatorias para todos los habitantes de la república, incluso los extranjeros que deben someterse a ellas, ya que gozan de su proteccion.

25. Pero este artículo no prescribe que los delitos cometidos por toda clase de personas deban ser penados por este Código; porque, segun sus términos, si hubiesen leyes penales mas especiales deberian rejir aun en lo que fuese contrario, o lo que es lo mismo, el artículo no ha tenido por objeto derogar los fueros sino establecer un principio jeneral i semejante al que reconoce el artículo 14 del Código Civil. Sin embargo, desde que la lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales ha sometido a los civiles todas las causas que no sean esceptuadas espresamente, el artículo de que hablamos tiene un alcance mas lato, pues rije en todos los delitos cometidos por cualquiera clase de personas i que no sean de los esceptuados por el art. 5.º de la citada lei.

26. El Derecho de Jentes reconoce como parte del territorio de una nacion el mar adyacente hasta la distancia de un tiro de cañon o una legua marina. Esta estension de mar, como parte integrante de nuestra república, debe estar sometida a sus leyes, salvo en aquellos casos en que el mismo Derecho de Jentes, por la ficcion de la *exterritorialidad* (1) considera que los súbditos de una nacion extranjera deben ser rejidos por las leyes de la nacion a que pertenecen. Por lo demas, este artículo i el siguiente nos parecen mas propios de un Código de Instruccion Criminal.

#### ARTÍCULO 6.º

Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del

(1) Bello, Derecho Internacional, páj. 336.

territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la lei.

### CODIGO BELGA.

Art. 4.º La infraccion cometida fuera del territorio del reino, por belgas o por extranjeros, no será castigada en Bélgica sino en los casos determinados por la lei.

#### I

27. Los dos elementos que sirven de base a la lei penal tienden a uniformar las lejislaciones del orbe civilizado: la moral es una por su esencia i lo que daña a un individuo ó a una nacion causa un daño mediato a toda la humanidad. ¿Por qué no castigar en Chile un asesinato cometido en Francia, sea un chileno, un frances o un cosaco la víctima elejida? Si toda la humanidad tiene interes en que se respeten los principios de la moral, si ante la conciencia todos los hombres son iguales, i si es mas conveniente para el órden social que los criminales no esperen su impunidad asilándose en un pueblo extranjero, es indudable que puede llegar el dia en que, uniformandose en lo esencial todas las lejislaciones, se apliquen las penas, no ya a nombre de la nacionalidad i conveniencia relativamente estrecha de un lugar, sino de la moral y de la conciencia universales.

28. En conformidad a estas ideas no son despóticas, en nuestro concepto, las lejislaciones que, como la de Italia, castigan los crímenes cometidos por uno de sus ciudadanos en territorio extranjero i aun los simples delitos en contra de otro compatriota si el ofendido se querella, o de un extranjero, si en el pais de su nacimiento hubiese reciprocidad.

29. Pero, si algo se avanza hácia el principio de la confraternidad universal, jeneralmente cada nacion exige para penar un hecho que, a mas de ser inmoral, le oca-

sione un daño inmediato; i de aquí proviene que los códigos modernos no penen los delitos cometidos en el extranjero, sino cuando por la naturaleza de ellos causen un daño al pueblo que rijen.

30. Nuestro Código, en conformidad al belga i dominado por la doctrina mas jeneralmente sancionada, solo castiga por escepcion ciertos delitos que cometidos en el extranjero causan, sin embargo, un daño a la nacion, como algunos en contra de la seguridad esterna del Estado, o de falsificaciones o calumnias publicadas en periódicos extranjeros por un habitante de la república (1). El Código Prusiano en esta materia sanciona la regla jeneral del nuestro; pero avanzando hácia el principio de castigar hechos que, cometidos fuera del territorio del reino, no causan a la nacion un daño inmediato, pena tambien á todo prusiano que cometa un delito en el extranjero con tal que ambos paises reconozcan el hecho como delito.

#### ARTÍCULO 7.º

Son punibles, no solo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado i la tentativa.

Hai crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma i esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

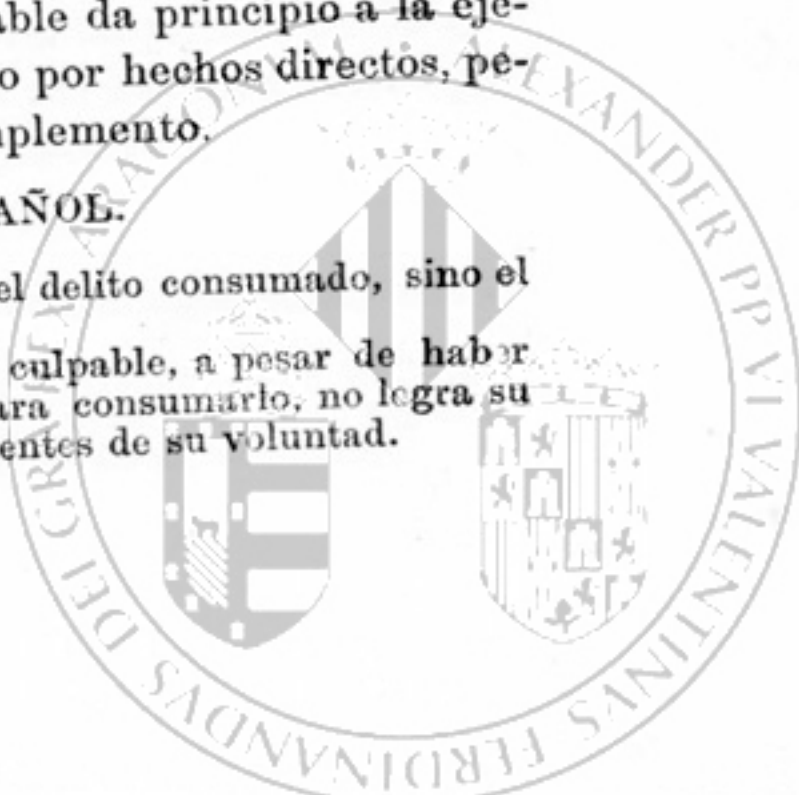
Hai tentativa cuando el culpable da principio a la ejecucion del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o mas para su complemento.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 3.º « Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado i la tentativa.

« Hai delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

(1) Artículos 106, 174 i 425 del C. P.



« Hai tentativa cuando el culpable da principio a la ejecucion del delito directamente por los hechos exteriores, i no prosigue en ella por cualquier causa o accidente, que no sea su propio i voluntario desistimiento.

I.

31. El delito, como dice el hábil comentador del Código de España don Joaquin Francisco Pacheco, no aparece instantáneamente con su formacion (1). La mente del hombre, en efecto, concibe primero el pensamiento de un delito, luego el corazon lo desea, en seguida la conciencia teme i vacila i, por fin, la voluntad lo resuelve. Hasta aqui no hai todavia ni accion ni omision voluntarias, hechos externos, tanjibles i al alcance de nuestros sentidos. La lei no puede, jeneralmente hablando, ni tiene para que penetrar en lo interior del pensamiento humano, reservado a los tribunales de la conciencia i de Dios que solo pueden juzgarlo con acierto. La lei, obra humana, necesita de pruebas externas para condenar; i si en casos escepcionales podria proporcionárselas para perseguir al pensamiento, no debe hacerlo porque esta persecucion seria impolítica, injusta e impotente para conseguir su objeto: impolítica, porque induciria a que la jeneracion del delito se elaborase con mas reserva; injusta, porque antes de sufrir daño la sociedad. no tiene derecho para castigar los simples pensamientos que mui distantes todavia de la consumacion, pueden evaporarse, sea porque la conciencia levante una voz triunfadora o porque el temor a las penas estinga la resolucion antes de dañar; e impotente, en fin, porque no habria medios para hacer que el hombre arrojase de su mente un pensamiento criminal. Por otra parte, la sociedad considera la persecucion del pensamiento como una horrible tiranía, i por esto es que ni en los peores tiempos de Roma podemos encontrar leyes que hubiesen apoyado condenaciones a muerte por simples revela-

(1) El Código Penal concordado i comentado, páj. 50 del tomo 1.º

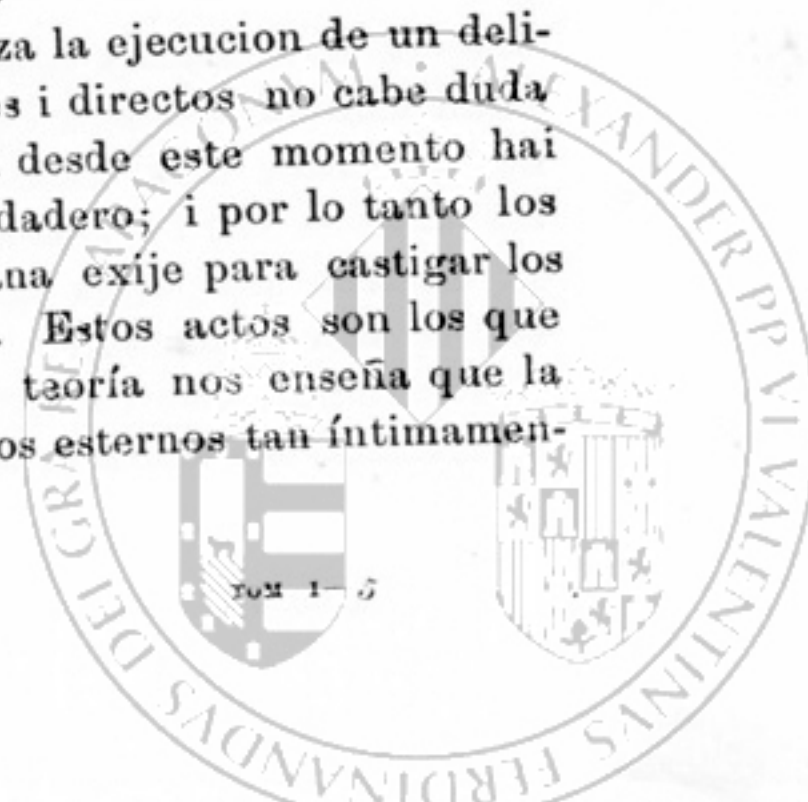
ciones íntimamente privadas, como la de aquel moribundo que reveló haber pensado cometer el crimen de reicidio, o como la de aquel novicio de doce años que, jugando con un cuchillo, manifestó a sus compañeros que con él podría renovarse el crimen de Jacobo Clemente, asesino de Enrique III; condenaciones que marcan una época de un despotismo absoluto en la nación francesa.

32. Pero, desde que la resolución se manifiesta por hechos externos se hace posible su persecución sin tener que violar el sagrado de la conciencia humana. Estos hechos pueden ser o para preparar los medios de llevar a cabo un delito o para la ejecución misma. Los primeros llamados preparatorios, según la opinión de Mittermaier, Rossi i de otros criminalistas de los más notables, no deben tampoco ser perseguidos, tanto porque sus naturalezas indiferentes en la mayor parte de los casos no permiten establecer la presunción de que se trate de un delito determinado, como porque su persecución cerraría la puerta al arrepentimiento i obligaría a ser más cauto en las manifestaciones externas de la resolución criminal (1). Esta teoría ha llegado a ser tan respetada que hasta las leyes prusianas que castigaban los actos preparatorios proporcionalmente a la proximidad de la consumación de un delito, han sido reformadas en este punto por los artículos 31 i 33 del Código de 1851. (2)

33. Mas, luego que se empieza la ejecución de un delito por hechos externos, tanjibles i directos, no cabe duda sobre la intención del agente i desde este momento hai alarma i un peligro social verdadero; i por lo tanto los dos elementos que la lei humana exige para castigar los hechos que la moral prohíbe. Estos actos son los que constituyen la tentativa.—La teoría nos enseña que la tentativa empieza con los hechos externos tan íntimamente

(1) Obra citada, libro 2.º cap. 37.

(2) Carrara páj. 358.



te ligados con la accion que esta no podria verificarse sin ellos; i la lei, por su parte, nos aclara la teoría cuando exige tres requisitos copulativos para que tenga lugar la tentativa: primero, un principio de ejecucion; segundo, que se usen medios directos; i tercero que falte uno o mas para el complemento de la accion. Los dos primeros separan la tentativa de los actos simplemente preparatorios i el tercero del delito frustrado o consumado.

34. La lei francesa (1), que solo exige para la existencia de la tentativa un principio de ejecucion por medios externos, escluye a los actos preparatorios; i la nuestra, que ha usado de un modificativo mas excluyente exigiendo que los medios sean no solamente externos sino directos, esto es, conducentes precisamente a una accion determinada, los escluye con mas claridad todavia. Así el escalamiento, la fractura i el uso de llaves falsas que la jurisprudencia francesa no ha calificado como actos de tentativa de robo, no la constituyen tampoco en nuestro Código; porque estos actos ni son directos, ni están ligados con el robo de tal manera que escluyan la idea de que el agente se dirija a la comision de otro delito. La misma lei los ha considerado no como adherentes al robo, sino como circunstancias agravantes cuando el delito se consuma.

35. Pero la circunstancia indicada de ser estos actos un principio de ejecucion de un delito indeterminado i la relacion tan íntima que ellos tienen con el robo, arrojan una presuncion vehemente de que tienen por objeto la comision de este delito. A este respecto sepamos la opinion de Ortolan. « Seria, dice, sutileza sostener que estos « actos no constituyen la tentativa de robo siendo los me- « dios usuales para cometerlo. Estos actos que son ata- « ques en contra de la propiedad; que no tienen analogía « ni conexion con delitos en contra de las personas i que « la tienen íntima con el robo, no dejan casi lugar a pre-

(1) Art. 2.º del C. P.

«sumir que se dirijan a la comision de un homicidio, «de un raptó o de una violacion. (1)» Estas observaciones prueban solo que esos actos, jeneralmente hablando, dan motivo para presumir que el delito intentado es el robo, pero sin poder escluir la posibilidad de que sea otro diverso; i como motivos de esta especie son precisamente los que forman las presunciones legales i no las de derecho, lo mas racional y justo es establecer una presuncion legal de que esos actos se dirijen al delito de robo. Esto ha hecho el art. 444 de nuestro Código, que reemplazó al 432 de la primitiva redaccion que desconocia los principios jenerales. (2)

36. De ser necesario para la existencia de la tentativa que haya un principio de ejecucion por medios directos, se deduce que en los delitos de omision no hay tentativa jeneralmente hablando i salvo rarísimas escepciones (3); que es menester que el delito intentado pueda existir, i que los medios sean bastantes para que se realice la intencion acabada de cometerlo. Por esto es que un hombre que hiere a un muerto creyéndolo dormido; otro que administra una sustancia inofensiva creyéndola venenosa; i un tercero que intenta sustraer una especie de su padre considerándola ajena, no pueden ser castigados como reos de tentativa. La intencion en estos casos ha sido cometer un delito, pero en ninguno puede decirse que hay un principio de ejecucion; porque esta idea supone la posibilidad de alcanzar un objeto por los medios empleados, o porque, como dice Rossi, (4) no puede comenzarse lo imposible.

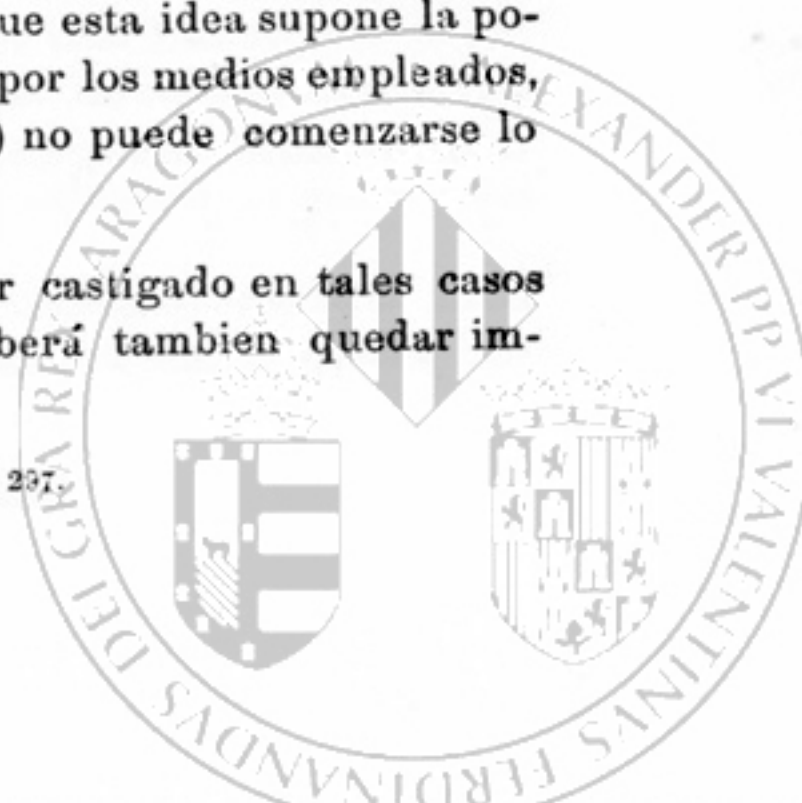
37. Si el ajente no debe ser castigado en tales casos con la pena de la tentativa ¿deberá tambien quedar im-

(1) Obra citada, núms. 1,012 i siguientes.

(2) Aetas de las sesiones 93 i 164, páj. 176 i 237.

(3) Carrara, nota páj. 358.

(4) Obra citada, cap. 39, páj. 336.





pune?—Esta es la opinion de Rossi, (1) i de los criminalistas franceses (2). «El pensamiento criminal, dicen ellos, que no se manifiesta sino por medios estraños a la comision del delito no puede ser castigado; i por igual razon tampoco debe serlo la tentativa vana por la posibilidad de cometerlo. Tratándose de un delito imposible por su objeto i por los medios usados, los actos cometidos no son conducentes a la comision de un delito determinado. Herir á un muerto no denuncia un proyecto de matar; administrar nitro creyéndolo veneno tampoco indica la intencion de envenenar. Por otra parte, aun en caso de probarse la intencion ¿qué daño resulta a la sociedad?—A nombre de la perversidad que tales actos revelan o del temor que pudieran inspirar, no pueden castigarse, porque para esto seria menester lógicamente que se penara tambien a la maldad absoluta, a los hombres notoriamente viciosos y entregados a funestos hábitos, hechos que están fuera de los límites de la justicia humana.» Tal es la opinion de los moralistas. Oigamos ahora a un utilitario.

38. Bertauld, despues de combatir algunas observaciones de Rossi, arriba al mismo resultado con sus principios: «La cuestion, dice, consiste solo en saber si esos hechos violan o no la lei. Tratándose del envenenamiento, lo que la lei prohíbe es la muerte de un hombre, i, por lo tanto, los actos que conducen a ella; luego la lei no puede castigar con las penas del homicidio actos que no pueden en ningun caso producirlo.» (3)

39. Conforme a esta doctrina, i aun exajerándola en nuestro concepto, la jurisprudencia francesa ha declarado que no es reo de tentativa de homicidio el hombre que, con intencion de matar, descarga un arma de fuego sobre la cama de otro creyendo que duerme en ella, i que su-

(1) Obra citada, páj. 337.

(2) Nota 1.ª al número 586, obra citada de Chauveau i Hélie.

(3) Obra citada, páj. 215.

ministrar una cantidad de ácido sulfúrico bastante para envenenar no constituye la tentativa de envenenamiento, porque el gusto acre y nauseabundo de la bebida debe impedir que pase al estómago la cantidad suficiente para producirlo.

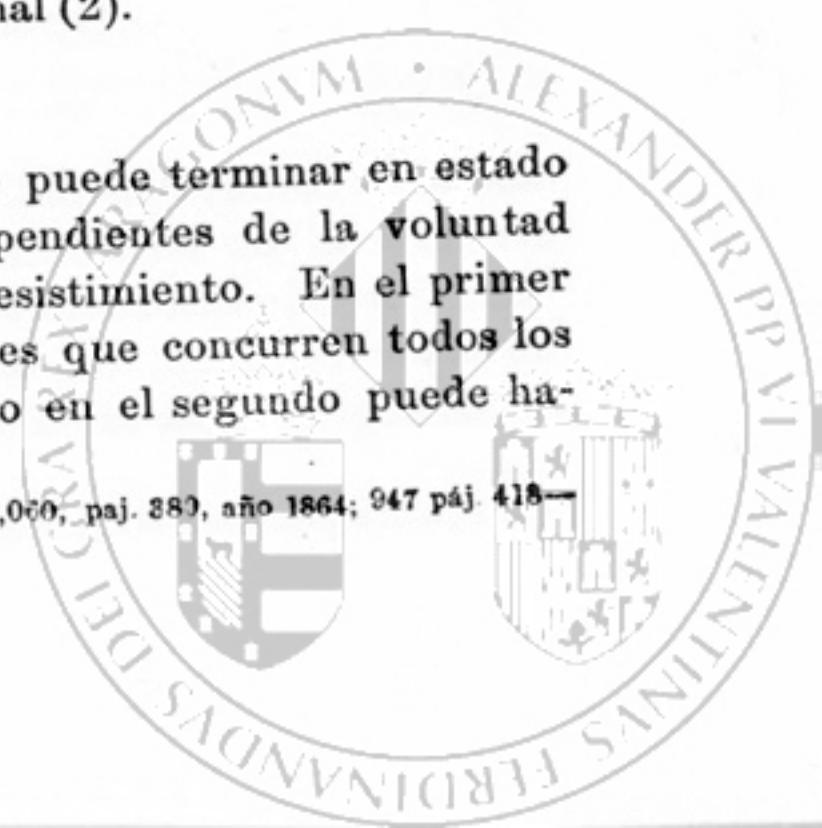
40. Hemos citado la segunda declaracion para tener ocasion de manifestar hasta que punto se considera necesario que los medios sean bastantes para que se realice la intencion, i a fin de precisar mas todavia las condiciones para que la vana tentativa de un delito quede impune. La imposibilidad de que hemos hablado debe ser absoluta, sea porque el delito de la intencion es legal o naturalmente imposible, sea porque los medios son impotentes para consumarlo: es menester una imposibilidad insuperable, segun las leyes de la naturaleza que nos garantizan mejor que la lei civil; o como dice Bertauld (1), que los medios empleados no lleven consigo el jérmen del peligro. Por esto es que consideramos la segunda declaracion citada como contraria a los principios; pues si jeneralmente el gusto acre i nauseabundo de un veneno hará que se rechace ántes que llegue al estómago la cantidad bastante para producir la muerte, la bebida lleva consigo el jérmen de un peligro sério i no hai imposibilidad absoluta de que pase al estómago i produzca el envenenamiento intentado. Esta ha sido tambien la jurisprudencia de nuestros tribunales antes del Código Penal (2).

## II.

41. La jeneracion del delito puede terminar en estado de tentativa o por causas independientes de la voluntad del culpable o por su propio desistimiento. En el primer caso debe haber una pena, pues que concurren todos los elementos de la penalidad; pero en el segundo puede ha-

(1) Obra citada, páj. 214.

(2) Gaceta de los Tribunales, sentencia 1,050, paj. 389, año 1864; 947 páj. 418—  
año 1866; 2131 páj. 900, año 1867.



ber cuestion sobre si será conveniente o nó dejar impune a la tentativa, cuestion que no ha resuelto terminantemente nuestro Código como el Español. Comparemos ambos textos.

42. El inciso 3.º art. 3.º del Código Español que se tomó por base del artículo que estudiamos, dice. « Hai tentativa cuando el culpable dá principio a la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores, i no prosigue en ella por cualquier causa o accidente, *que no sea su propio i voluntario desistimiento.* » I el nuestro: « Hai tentativa cuando el culpable dá principio a la ejecucion del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o mas para su complemento. »

43. De esta comparacion nos resulta que uno i otro código exigen: primero, que el culpable dé principio a la ejecucion del delito; segundo, que lo verifique por hechos directos; i tercero, que falte algo para la consumacion. Pero el Código Español esplica i manda que si este algo falta por el propio y voluntario desistimiento del culpable, no hai tentativa; mientras que el nuestro que suprimió esa frase explicativa, dejó pendiente la cuestion de que tratamos i para resolverla necesitamos de los principios que sirvieron al Código Español.

44. El culpable que ha faltado a la moral i a la sociedad produciéndole un peligro i una alarma con su tentativa, satisface a la una i a la otra desistiéndose ántes de causar un daño, i con mas provecho para la sociedad que si fuere castigado. La prudencia política tambien aconseja dejar impune la determinacion de cometer un delito cuando se retrocede voluntariamente ántes de dañar; porque es menester no cerrar la puerta al arrepentimiento i dejar siempre un interes en detenerse i el castigo, aunque fuese menor que en otros casos, no produciria estos efectos. Ademas, la pena de una tentativa que no ha dañado ningun derecho por desistimiento voluntario del

ajente, produciria perturbaciones i la deshonra de un hombre arrepentido i de su familia haciéndose público su intento criminal, alarmaria a la sociedad inútilmente e impulsaria, hasta cierto punto, al culpable a sentir su arrepentimiento i a convertirse en delincuente cuando, deshonrado por el castigo, no tuviese los motivos que lo hicieron detenerse en su camino.

45. Estas razones que apoyan los criminalistas alemanes, i entre ellos Mittermaier (1), son las que inducen tambien a Rossi a opinar por la impunidad de la espresada tentativa. Oigamos al respetado criminalista: «Im-  
« porta, dice, al individuo i a la sociedad la detencion del  
« crimen en su carrera favoreciendo el desistimiento vo-  
« luntario. Una pena cualquiera en contra de la tentativa  
« que se abandona voluntariamente, seria un estímulo pa-  
« ra la consumacion. El desistimiento espontáneo del crí-  
« men es muchas veces un indicio de que el delincuente  
« es todavía sensible al honor i la piedad, i un proceso  
« criminal en su contra produciria el efecto de hacerle  
« perder estos morales sentimientos.» (2.)

46. Los criminalistas mas severos con la tentativa que no se lleva a cabo voluntariamente son los italianos; pero solo quieren una pena correccional o de vijilancia. Este es el parecer de Carmignani i de Guiliani; sin embargo, Simoni opina por la completa impunidad. (3.)

47. El código francés no castiga la tentativa que no se consuma por desistimiento voluntario. (4.) Treihard dijo a este respecto en el Consejo de Estado Francés: « Que  
« la justicia i el interes social exigen que no se castigue,  
« porque el hecho de penar al que se desiste por arrepen-  
« timiento i al que consuma su delito importaria un es-

(1) Nota 2.<sup>a</sup> al núm. 564, obra citada de Chauveau i Hélie.

(2) Obra citada, páj. 352.

(3) Citas de Chauveau i Hélie, nota 2.<sup>a</sup> páj. 194 del tomo I.

(4) Art. 2.<sup>o</sup> con una modificacion poco importante en el código de 1832.



«título para la consumacion.» (1) Conforme al Código Francés i a esta doctrina, la tentativa de que hablamos no tiene penas en los códigos austriaco (2), napolitano (3), brasilero (4) i prusiano (5). En cuanto al español, aunque sabemos lo que dispone, oigamos a su comentar oficial: «Lo que la lei ha hecho, dice, la razon lo aprueba. Es menester que el arrepentimiento sea una puerta que se halle siempre abierta de par en par. La naturaleza de la justicia lo quiere así, i la consideracion de los resultados, el bien de la sociedad, lo quieren igualmente. ¿Quién querrá obligar a la comision de un crimen, a todo el que pise el sendero que conduce a él?» (6)

48. Por fin, las leyes i la jurisprudencia de nuestros tribunales ántes del Código Penal no castigaban a la tentativa cuando el culpable se arrepentia de su intento. Conforme a lá lei 2.<sup>a</sup>, tít. 31, part. 7.<sup>a</sup>, se han absuelto incendiarios arrepentidos que, con el auxilio de la policía, han conseguido extinguir el fuego; i a reos de violaciones i de otros delitos no consumados por arrepentimiento. (7)

### III.

49. Ya hemos dicho que el autor de un delito que no se consuma por causas estrañas a su voluntad, debe ser penado; pero la cuestion es saber si debe imponersele la misma pena que merece el delito consumado u otra menor. Entre los criminalistas notables solo conocemos a Filanguieri que sostenga la igualdad de las penas. «El culpable, dice este autor, que no consuma su delito por

(1) Cita de Chauveau i Hélie núm. 558.

(2) Art. 7.<sup>o</sup>

(3) Art. 70.

(4) Art. 2.<sup>o</sup>

(5) Art. 31.

(6) Obra citada, páj. 95 del tomo 1.<sup>o</sup>

(7) Sentencias 750, páj. 467, año 1861; 297 páj. 135 año 1867; 378 páj. 126 año 1866 i 865 páj. 147, año 1869. — Carrara páj. 390 i siguientes.

« causas independientes de su voluntad, muestra toda la  
« perversidad de su intencion i la sociedad recibe un ejem-  
« plo funesto. Existiendo, por consiguiente, los dos moti-  
« vos que la lei considera para imponer sus penas, nada  
« importa el resultado que no es debido a su volun-  
« tad. » (1)

50. Esta opinion ha sido impugnada por los criminalis-  
tas mas notables de diferentes países i su doctrina ha  
prevalecido en los códigos modernos que imponen una  
pena menor a la tentativa que al delito consumado. « Es  
« cierto, dicen los autores, que en la tentativa entran los  
« dos elementos de que habla Filanguieri; pero es temera-  
« rio asegurar que la intencion se haya manifestado en to-  
« da su perversidad, pues solamente por induccion puede  
« considerarse completa i nadie podrá asegurar que el  
« culpable no se hubiera arrepentido ántes de consumir  
« su intento; i en cuanto a la alarma de la simple tenta-  
« tiva es tambien indudablemente menor que la que pro-  
« duce el delito consumado. Por otra parte, interesa a la  
« sociedad que las penas sean graduales i ascendentes pa-  
« ra que cada paso del criminal encuentre una barrera  
« que pueda detenerlo. » (2) Estos motivos han sido los  
que han tenido presentes los códigos modernos i el nues-  
tro, conforme al español, para imponer penas menores a  
la tentativa. Por lo tanto, se ha modificado nuestra anti-  
gua lejislacion criminal que, mui semejante a la francesa  
moderna, imponia a la tentativa la misma pena que a los  
delitos consumados i comprendidos en la lei 2.ª, tít. 31,  
part. 7.ª

#### IV.

51. Desd  el primer acto de la jeneracion hasta la con-  
sumacion del delito, pueden haber varios grados ascen-  
dentes de criminalidad que jeneralmente los tribunales

(1) Science de la lejisl. libro 3.º cap. 13.

(2) Cita de Chauveau i Hélie, tom. 1.º páj. 195.

solo pueden apreciar. Por esto es que la lei deja a los jueces bastante amplitud en sus facultades para que castiguen con mas severidad a medida que los actos del culpable se aproximen a la consumacion. Pero la lei impone penas distintas a ciertos grados culminantes de la jeneracion que se prestan por sus caracteres distintos i remarcables a ser separados i definidos: estos son los actos que constituyen la tentativa de que ya hemos tratado i al delito frustrado del cual pasamos a tratar.

52. Despues de la tentativa no resta sino consumir el delito; pero en este estado de la jeneracion, aun despues que el ajente ha hecho por su parte cuanto es necesario ordinariamente para consumarlo, puede acaecer que un motivo extraño impida que se consume. El ajente, por ejemplo, no solo ha detenido a su víctima, sino que ha creido completar su obra dándole de puñaladas i abandonándola en la persuacion de que el homicidio está consumado. En este estado puede ser que la víctima haya sido realmente ultimada o muera despues a consecuencia de sus heridas; o bien que la naturaleza de éstas, auxiliada con los recursos de la ciencia, salven la vida del ofendido. En los dos primeros casos el crimen ha sido consumado; mas en el tercero se ha frustrado: el efecto que el delincuente intentaba, es decir la muerte, no se ha producido por causas independientes de su voluntad, a pesar de que hizo cuanto era necesario para producirlo. Tal es lo que la lei llama delito frustrado.

53. De la definicion resulta que no puede haber delito frustrado sino en aquellos delitos en que la lei exige cierto resultado, esto es, un daño material. Si el daño sigue a la ejecucion hai delito consumado, pero si falta queda frustrado. Así, en el perjurio el delito queda consumado desde que se presta la falsa declaracion aunque no se produzca ningun daño; porque a este delito lo constituye la falsedad i el daño solo puede agravar la pena. Mas,

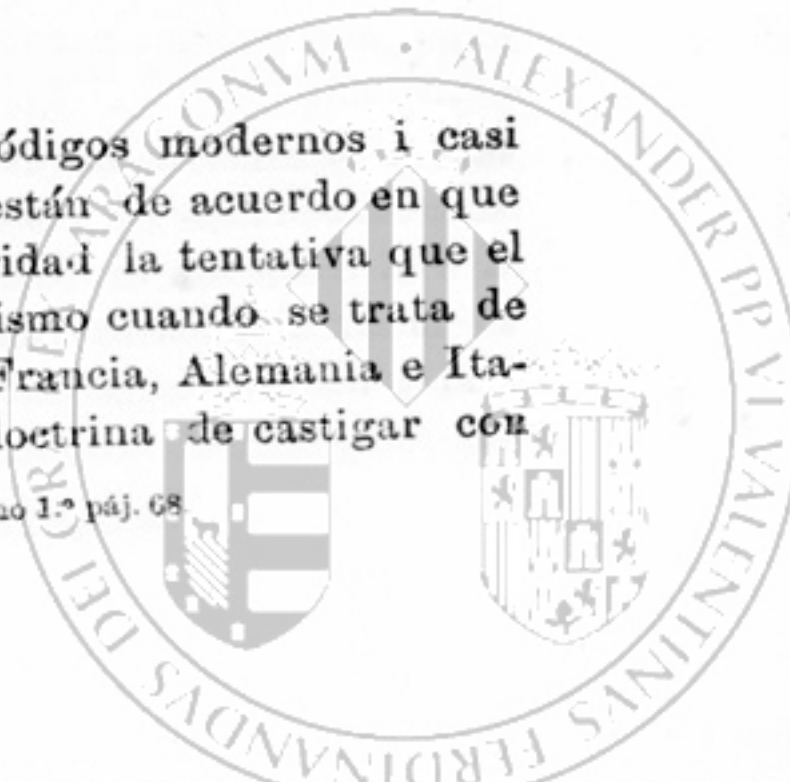
al delito de homicidio lo constituye la muerte de un hombre, i por lo tanto si ésta no se verifica por cualquier accidente no hai consumacion.

54. Lo espuesto sobre la tentativa i las diferencias radicales que hemos hecho notar entre el delito frustrado i el consumado en algo servirán para que en la práctica no se confundan; pero no está de mas manifestar las diferencias mas notables entre la tentativa i el delito frustrado, tomándolas de la lata esposicion que a este respecto hace M. Haus (1). La tentativa, en efecto, no contiene mas que un principio de ejecucion que deja lugar a suspenderla, sea por arrepentimiento del ajente o por causas estrañas; mientras que el delito frustrado, en el cual el ajente hace cuanto es necesario de su parte i en que solo faltan los efectos que se propone i que no dependen de su voluntad, no admite suspension. La tentativa tiene muchos grados, i a medida que estos se acercan a la consumacion debe ser penada mas severamente; pero el delito frustrado no tiene grados, pues el ajente hace cuanto es posible i su actividad cesa con el último acto que cree necesario para completar el delito. La tentativa, en fin, puede existir en todos los delitos de accion, pero no se puede hablar de delito frustrado sino en aquellas acciones punibles en que por la naturaleza i por la lei debe existir un cierto resultado, como sucede en los homicidios, infanticidios i abortos.

## V.

55. Si la mayor parte de los códigos modernos i casi unánimemente los criminalistas, están de acuerdo en que debe castigarse con ménos severidad la tentativa que el delito consumado, no sucede lo mismo cuando se trata de la pena del delito frustrado. En Francia, Alemania e Italia tiene notables defensores la doctrina de castigar con

(1) Observations sur le project de revision tomo 1.º páj. 68.





igual pena al frustrado i al consumado. Oyendo a los señores Chauveau i Hélie sabremos, en resúmen, los motivos en que se apoyan. Estos notables criminalistas dicen, en efecto: « Que habiendo manifestado el agente de  
« un delito frustrado su intencion con toda su inmoralidad,  
« no puede aprovecharse del feliz acaso que impida la  
« consumacion; que la lei, por consiguiente, no tiene pa-  
« ra qué considerar el daño menor que se produce en el  
« delito frustrado, pues que si lo toma en consideracion or-  
« dinariamente es como un medio para conocer la mayor o  
« menor perversidad del agente siendo en el caso de que  
« tratamos perfectamente conocida; que la lei no puede  
« reposar sus reglas de represion en las impresiones pura-  
« mente físicas, aunque diversas, que la sociedad experi-  
« menta a la vista de un criminal que ha consumado su  
« delito i de otro que no lo consumó por causas estrañas;  
« que pudiendo ser muy diversos en gravedad los resulta-  
« dos de los delitos que se frustran, la lei no obraria en  
« justicia asignándoles una pena determinada; i, por fin,  
« que si se castiga al delito frustrado con una pena menor  
« que al consumado i a la tentativa con otra menor toda-  
« via, puede suceder que la sociedad no quede suficiente-  
« mente garantida. » Reconocen, sin embargo: « Que es  
« menester atenuar la pena cuando aparezca que el moti-  
« vo porque se frustró el delito ha sido el remordimiento  
« que hizo temblar la mano del culpable o sus vacilacio-  
« nes o temores a que la víctima ha podido deber su  
« salvacion i que revelan un alma no avezada todavia en el  
« crimen. » (1) Como estas razones impugnan la doctrina  
contraria adoptada por nuestro Código i que considera-  
mos la mas justa i conveniente, debemos examinarlas con  
atencion. I para este exámen hemos consultado a Rossi,  
a M. Haus, a Mittermaier i a otros criminalistas. (2)

(1) Obra citada, núm. 581 i siguientes.

(2) Citagos por Chauveau i Hélie. Tomo 1.º páj. 198.

56. Para responder desde luego a la observacion mas severa que se hace a la escuela moralista preguntamos: ¿Es cierto que en el delito frustrado aparece la misma perversidad que en el consumado? Los señores Chauveau i Hélie que sostienen la afirmativa piden una atenuacion de la pena cuando aparezca que la causa de haberse frustrado el delito ha sido el remordimiento u otra que manifiesta que el culpable no está avezado en el crimen; luego, aun a nombre de la proporcionalidad de las penas con la inmoralidad del ajente, debe establecerse una pena menor para el delincuente que no consuma su delito por algunos de los motivos indicados. I como estas circunstancias no podrian ser apreciadas sino por tribunales de conciencia que en Chile no existen, no quedaba otro medio que el de disminuir las penas en jeneral buscando lo mas favorable al delincuente, como lo ha hecho nuestro Código.

57. Ahora, si fuera cierto que la lei social considera el daño que causa un delito solamente como una medida de la inmoralidad del culpable ¿por qué castiga mas severamente al que roba mil pesos que a otro que, llevando intencion de robar muchos miles si los encuentra, solo roba cincuenta? ¿Podrá decirse que un hombre que en una riña hiere a otro en una pierna i que lo postra en cama dos o tres meses, manifiesta una intencion mas inmoral que otro que lo hiere mas gravemente en la cabeza i que por el temperamento sana én unos cuantos dias? Si fuera asi, la moralidad de los actos estaria subordinada al acaso o seria tan variable como los temperamentos. La verdad es que jeneralmente el daño causado indica el grado de inmoralidad del ajente; pero la lei lo pena por sí mismo, porque ella es tambien reparativa (1). Luego si en el delito frustrado hai menor daño que en el consumado, debe haber una pena menor. Igualarlas seria establecer una escepcion a los principios de la penalidad.

(1) Carrara, páj. 11 i siguientes.

58. Reconociéndose que la conciencia pública siente menos horror, menos alarma por el culpable de delito frustrado, la lei, que tiene tambien por objeto satisfacerla, debe castigar con mas suavidad al delito frustrado. I si fuera efectivo que la lei, que solo saca su eficacia de la conciencia pública, no deba atender a sus impresiones para imponer sus penas, sino a la inmoralidad intrínseca de las acciones ¿por qué las legislaciones modernas no han continuado condenando a la pena del fuego al autor del antiguo delito de bestialidad, accion la mas inmoral e inmundada de cuantas ha inventado la corrupcion humana? ¿I por qué la lei no ha de respetar los sentimientos naturales de la sociedad que deben tener tambien los mismos legisladores? I ¿habrá juez que, teniendo cierta amplitud en sus facultades, condene a la misma pena al que ha consumado un delito de homicidio i al que se le ha frustrado i cuya víctima talvez llena de vida, se presenta a declarar en contra de su ofensor?

59. En cuanto al tercer motivo que se aduce en favor de la igualdad de las penas, reconocemos que los resultados de un delito que se frustra pueden ser mui diversos; pero esta diversidad no puede tener prácticamente ninguna consecuencia contraria a la justicia ni a las disposiciones de la lei; porque atendiendo a la naturaleza de los delitos que pueden frustrarse, si el daño que resulta merece por la lei una pena mayor que la asignada al delito frustrado, se impondrá aquella; i en caso contrario la correspondiente al delito frustrado. Asi, frustrándose un homicidio i resultando heridas graves o pérdida de miembros importantes o de la razon, los tribunales impondrán las penas que la lei ha considerado bastantes para reprimir estos delitos, en los casos en que sean mayores que las correspondientes al homicidio frustrado, i la circunstancia de la intencion mas perversa del culpable servirá para que se imponga mayor pena dentro del grado o grados

que los tribunales pueden recorrer a su arbitrio; pero si al homicidio frustrado le corresponde una pena mayor debe ser impuesta i entónces el mayor o menor daño se tomará en consideracion para imponer tambien mayor o menor pena dentro de las facultades del juez.

60. Por fin, la observacion última i referente a que la sociedad no quedaria suficientemente garantida si la lei impusies un grado menos de pena al delito frustrado que al consumado i otro menor a la simple tentativa, tendria valor si las penas impuestas no fuesen bastantes para cumplir su objeto, es decir, que dicha observacion debe considerarse por el lejislador al imponer sus penas a fin de evitar el peligro de caer en el inconveniente indicado, cosa que en el sistema de nuestro Código i de otros muchos no presenta graves dificultades.

61. En cuanto a los cóligos modernos tenemos, a mas del nuestro, del Español i del Napolitano que penan distintamente la simple tentativa, el delito frustrado i el consumado, al prusiano, frances, bávaro, hanoveriano i austriaco que castigan al delito frustrado con ménos severidad que al consumado, los cuatro primeros sin distinguir el frustrado de la tentativa, i el último considerando la no consumacion como circunstancia atenuante (1).

#### ARTÍCULO 8.º

La conspiracion i proposicion para cometer un crimen o un simple delito, solo son punibles en los casos en que la lei los pena especialmente (2)

La conspiracion existe cuando dos o mas personas se conciertan para la ejecucion del crimen o simple delito.

La proposicion se verifica cuando el que ha resuelto

(1) Conforme Carrara. páj. 404.

(2) La lei se refiere solo a los delitos en contra de la soberanía o seguridad interior i exterior del Estado. Arts 106, 111 i 125.



cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecucion a otra u otras personas.

Exime de toda pena por la conspiracion o proposicion para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecucion de éstos antes de principiarse a ponerlos por obra i de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan i sus circunstancias.

### CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 4.º** Son tambien punibles la conspiracion i la proposicion para cometer un delito.

La conspiracion existe cuando dos o mas personas se conciertan para la ejecucion del delito.

La proposicion se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito, propone su ejecucion a otra u otras personas.

Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion o proposicion para cometer un delito, dando parte i revelando a la autoridad pública el plan i sus circunstancias, ántes de haberse comenzado el procedimiento.

#### I.

62. El pensamiento es libre. Los pensamientos, los deseos i aun las resoluciones de delinquir no pueden ser penadas, porque la accion de la lei humana solo empieza con los actos esternos que dan a las resoluciones un carácter sério i peligroso. Mas, en todos los tiempos los actos que tienden a dañar la independendia de un pais o su órden interno, han sido considerados como crímenes excepcionales que deben ser ahogados en jérmen, persiguiéndoseles hasta en las primeras manifestaciones de la intencion. Se necesitaba, segun esto, de un espíritu elevado i poderoso de innovacion para separarse de una doctrina revestida con la autoridad de los tiempos; i como la comision redactora de nuestro Código, no tratándose de

las relaciones entre la Iglesia i el Estado, ha tenido un espíritu conservador, no es de extrañar que encontremos en este artículo dos excepciones a los principios fundamentales de la ciencia penal en el castigo de la simple proposición i de la conspiración para cometer un delito.

63. El Código Frances que pena también a la proposición i a la conspiración, dió lugar, discutiéndose la ley de 1832 sobre esta materia, al siguiente informe que nos dá las razones porque los legisladores persiguen estos actos anteriores a la tentativa. Dice el informe: « Un delito  
« privado no pone en peligro a la autoridad que debe castigarlo, pues si ella sobrevive ni el suceso mas completo  
« puede proporcionar la impunidad al culpable; pero el criminal de estado que tiene por único juez a su enemigo  
« i a quien la victoria absolverá i convertirá en inocente,  
« debe ser perseguido desde las primeras manifestaciones  
« de su intención. En estos delitos, además, no es posible  
« esperarse hasta los actos que constituyen la tentativa;  
« porque si fuera afortunada, la reprensión sería imposible. Es un derecho de legítima defensa el que la sociedad ejerce penando al complot sin esperar actos de ejecución. » (1)

64. A nombre del interés primordial de mantener la independencia del Estado i de la alarma que la sociedad experimenta por los traidores a la patria, consideramos bastantes estos motivos para que la ley haya penado a la simple proposición de cometer un delito en contra de la soberanía o seguridad exterior de la República; pero no para castigarla cuando se refiere a un delito puramente político. Rossi, que es contrario a la pena de toda clase de proposición, nos ha señalado los grandes inconvenientes que resultan de penarla! « No es menester, dice en efecto, demostrar que la simple proposición no debe ser

(1) Cita de Chauveau i Hélie, tomo 1.º páj. 337.

« colocada en el catálogo de los crímenes, porque ¿cómo  
« calificar de delito un acto que por su naturaleza no ad-  
« mite un testimonio digno de fé, pues lo forman simples  
« palabras denunciadas por los mismos a quienes se han  
« comunicado i que pueden cambiar su sentido por error  
« o de intento? ¿I cómo asegurar que la proposicion sea  
« séria i la espresion de un proyecto criminal determinado  
« mas bien que la de un movimiento de cólera, de animo-  
« sidad u ódio?» (1)

65. Estos inconvenientes que consideramos menos gra-  
ves que los de la alarma i del peligro social que produce  
la proposicion para cometer un delito en contra de la so-  
beranía o de la seguridad exterior del Estado, no tienen  
compensacion cuando se trata de los delitos políticos.  
Oigamos respecto a este punto a la Comision de la Cá-  
mara Francesa: « La proposicion de formar un com-  
« plot en contra de la constitucion o del órden público no  
« tiene, dijo, nada de alarmante; pues solo revela una  
« mala pasion, la esperanza de un faccioso, el propósito  
« de un hombre descontento o una provocacion que qui-  
« zas desarme el primer obstáculo (2). »

66. Por nuestra parte, agregamos que la lei que debe  
tambien garantizar á las personas, no puede abandonarlas,  
como se espresa el señor Pacheco, a los mas o ménos es-  
cusables temores de un poder asustadizo i suspicaz i que  
es juez i parte a un mismo tiempo (3). En países como  
el nuestro, en que no hai jurados que por su independen-  
cia i por la forma de sus fallos sean una garantia de im-  
parcialidad i que puedan apreciar el mérito intrínseco de  
la prueba de testigos que se emplea casi siempre en esos  
delitos, es menester ser muy cuidadoso de las garantias in-  
viduales. Partidarios de la represion mas severa de todo

(1) Obra citada, libro 2.º . cap. 27.

(2) Cita de Chauveau i Hélie, tomo 1.º páj. 327.

(3) Obra citada, tomo 1.º páj. 103.

acto que pueda hacer peligrar el orden público; nosotros que preferimos el peor de los gobiernos, con tal que no sea traidor a la patria ni a la constitucion, a la mas santificada de las revoluciones no divisamos en la proposicion ningun daño social a cuyo nombre puedan quebrantarse los principios de la penalidad que son las mejores garantias de las personas; pues el proponente necesita para dañar de auxiliares numerosos, de dinero, armas i de dar mil pasos ántes de llegar á la tentativa. I en este camino ¡cuántos obstáculos i cuántos medios tiene el Ejecutivo para detenerlo sin necesidad de mezclar a la justicia!

67. Pero ya que de castigar a la proposicion, en la práctica, han de resultar los males anotados, veamos si, al ménos, la lei ha garantido en lo posible a las personas i para esto examinemos la definicion del Código.

68. Para que haya proposicion se exige una resolucion acabada de delinquir, esto es, el último acto interno de la jeneracion del delito; i se castiga no en sus primeras manifestaciones que solo hayan tenido por objeto averiguar las probabilidades del éxito o de sondear la opinion pública, sino cuando se trata de conquistar adhesiones o cómplices; cuando hai una propuesta directa, formal, determinada i sin ambages que no pueda hacer dudar sobre su naturaleza i objeto. Los deseos, en consecuencia, los arrebatos de la pasion política o de la animosidad, i aun las amenazas no bastan por sí soias para constituir a la proposicion punible. Pasemos ahora al exámen de la conspiracion. (1)

## II.

69. Siguiendo la jeneracion del delito que necesita de auxiliares puede ser que la propuesta de cometerlo sea

(1) Carrara páj. 357.





aceptada. Esta mera aceptacion no constituye todavía el delito de conspiracion, porque el Código exige ademas un concierto de voluntades, i esta palabra supone acuerdo no solo en la resolucion sino tambien en el objeto, en las condiciones, en los medios, en la distribucion de los roles, i, en una palabra, una completa unidad entre los comprometidos. Si falta esta unidad sobre algunos de los hechos cuyo conjunto forma el delito de conspiracion, no puede decirse que ella existe. En penar la conspiracion hai los mismos peligros para las garantías individuales que en castigar la simple proposicion, como sabiamente lo hace notar Rossi (1); i por lo tanto es menester no encontrar conspiradores sino cuando uniformes las voluntades de los comprometidos en el objeto i en los medios, falten solo los actos de ejecucion o, si se quiere, los preparatorios directos. Para apoyar nuestro modo de interpretar la definicion del Código, trascribimos el siguiente acápite de los comentarios del señor Pacheco: «Por regla ordinaria i comun, dice, ni las conspiraciones ni las proposiciones de delinquir están sujetas a penas: si, pues, algunas de ellas por escepcion se castigan necesario es que esa escepcion recaiga sobre hechos cuya clase, cuya esencia, cuya índole punible no sea nadie capaz de poner en duda. La lei es sumamente cuidadosa en sus definiciones, nosotros debemos ser sumamente severos en su aplicacion: *Odiosa sunt restringenda.*» (2)

### III.

70. Lo dicho sobre la tentativa vana i sobre el desistimiento voluntario es aplicable á la proposicion i a la conspiracion: la lójica lo indica i la conveniencia pública lo exige. Sin embargo, el inciso final del artículo de que tratamos ha impuesto condiciones para eximir de pena á la pro-

(1) Obra citada, lib. 2. °, cap. 27.

(2) Obra citada, tomo 1. °, páj. 103.

posicion i á la conspiracion que, por indebidas, lleguen a sea impolíticas e inmorales; lo primero, porque precisamente en los delitos que se penan conviene mas que en los otros abrir de par en par las puertas al arrepentimiento; i lo segundo, porque coloca al hombre en la alternativa de optar entre el castigo o una accion reprobada por la sociedad que marca con el sello de la infamia á los delatores. Ademas, si por el artículo 129 se perdonan á los sublevados a mano armada esto es, a los que han consumado su crimen, sin condicion alguna ¿por qué imponer a los simples proponentes o conspiradores condiciones duras i degradantes? ¿Se ha querido acaso precipitarlos en las vias de hecho en cuyo buen éxito solo pueden encontrar la absolucion? Mas bien nos inclinamos á creer que la comision redactora al copiar el art. 182 del Código español no se fijó en esta contradiccion que hace notar el señor Pacheco (1).

#### ARTÍCULO 9.º

Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

#### CODIGO ESPAÑOL.

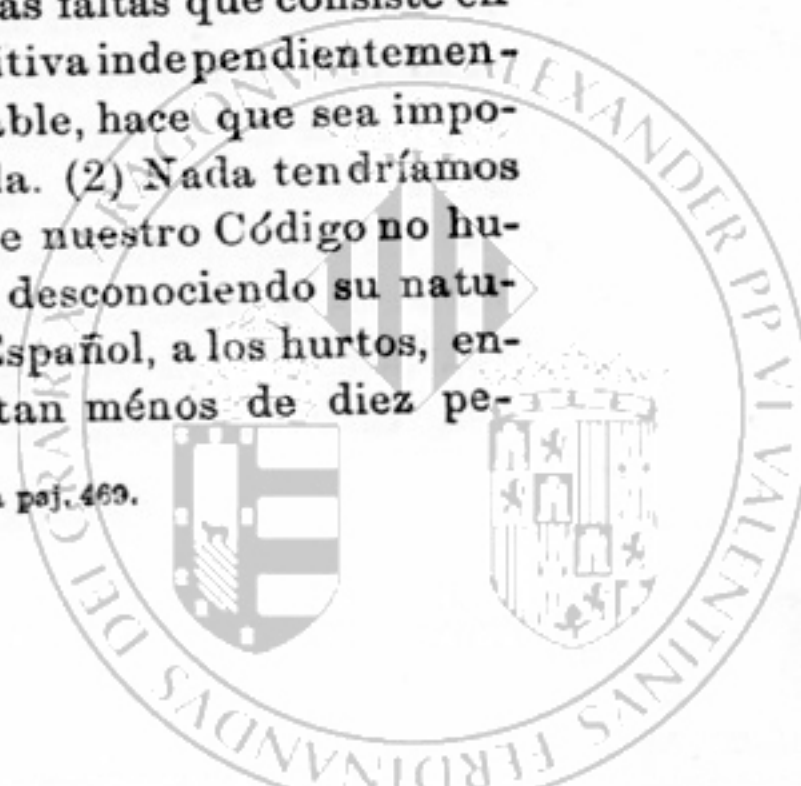
Art. 5.º Las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

#### I.

71. La naturaleza intrínseca de las faltas que consiste en el quebrantamiento de una lei positiva independientemente de la intencion dañada del culpable, hace que sea imposible la tentativa i la falta frustrada. (2) Nada tendríamos que decir si la comision redactora de nuestro Código no hubiese introducido entre las faltas, desconociendo su naturaleza i apartándose del Código Español, a los hurtos, engaños i defraudaciones que importan ménos de diez pe-

(1) Obra citada, tomo 2.º, páj. 202—Carrara páj. 469.

(2) Carrara, páj. 366.



sos i que son verdaderos delitos que admiten tentativa i encubrimiento. Ha sido una grave inconveniencia dejar sin pena a la tentativa de estos delitos i al encubrimiento; porque estos actos inmorales son mui frecuentes i producen alarma i un peligro social; i porque, segun el sistema de penar estos delitos por la cuantía de la cosa hurtada o defraudada, i a la tentativa con una pena que depende de la que corresponde al delito consumado, habrá necesidad o de proceder arbitrariamente o de no penar ninguna tentativa de hurto principalmente.

## II.

72. Cuando tratamos de la division de los delitos vimos que la del Código Francés tiene la misma utilidad práctica que habria tenido en nuestro país la division en delitos i faltas. En este artículo encontramos otro motivo favorable a nuestra opinion. El Código Francés i otros que han adoptado la division en tres miembros, penan la tentativa de crimen como al crimen consumado, la de simple delito solamente en casos especiales, i dejan sin penar la de simples faltas; mas el nuestro no hace ninguna distincion entre la tentativa de crimen i de simple delito, sino entre estos dos miembros de la division i las faltas, lo que es otro motivo, como se ha dicho, para que se hubiese adoptado la division en delitos i faltas.

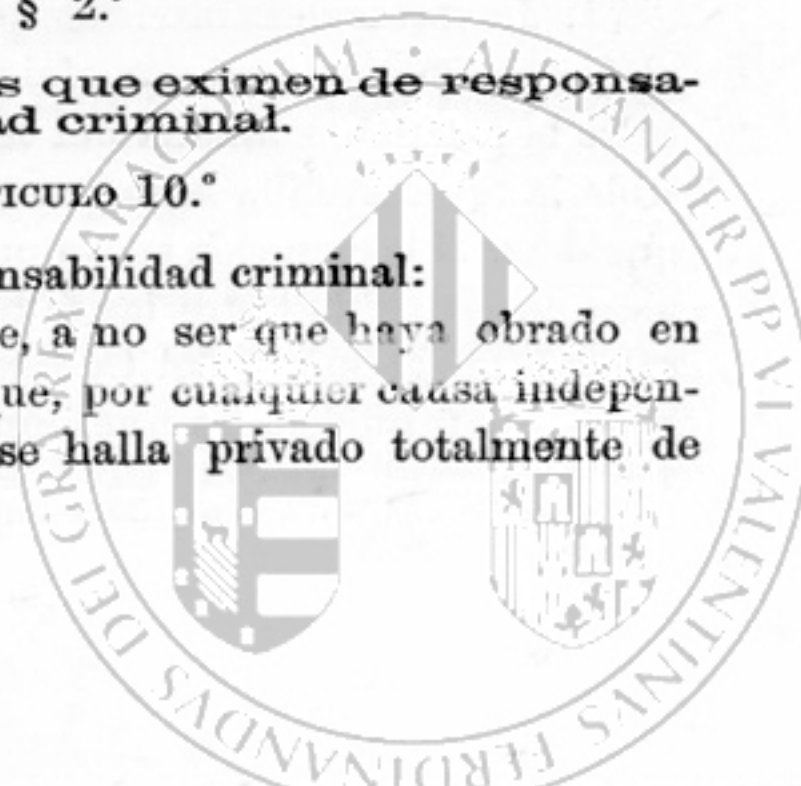
### § 2.º

**De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal.**

#### ARTICULO 10.º

**Están exentos de responsabilidad criminal:**

1.º El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, i el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razon.



Cuando un loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la lei califica de crimen o incurriere en reiteracion de otros que importen simples delitos, el tribunal decretará su reclusion en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin prévia autorizacion del mismo tribunal.

En otro caso será entregado a su familia bajo fianza de custodia, i mientras no se preste dicha fianza, se observará lo dispuesto en el acápite anterior.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 8.º Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo de razon.

Cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la lei califique de delito grave, el tribunal decretará su reclusion en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin prévia autorizacion del mismo tribunal.

En otro caso será entregado a su familia bajo fianza de custodia; i no prestándola se observará lo dispuesto en el párrafo anterior.

### I.

73. El primer elemento de la voluntad es la intelijencia que falta á los locos, dementes i a todos aquellos que carecen involuntaria i totalmente de la razon por cualquiera causa. Sobre el principio en que reposa la exencion de responsabilidad de todas estas personas no cabe ninguna duda; pero tratándose de determinar cuando un delincuente está bajo la influencia de alguna de estas enfermedades mentales, se presentan graves dificultades, i aunque en esta materia los informes de la ciencia médica tienen una importancia jeneralmente decisiva, algunas nociones tomadas de esta misma ciencia no serán infructuosas para ilustrar esta materia. (1)

(1) En esta parte hemos consultado a Chauveau i Hélie i a los autores citados por ellos.

74. Entre las enfermedades mentales se coloca en primera línea al idiotismo completo. Esta enfermedad, coetánea con el nacimiento, impide el desarrollo de la inteligencia i del carácter moral i no permite percibir las ideas mas vulgares ni sentir otras sensaciones que las propias de la materia. Esta clase de infelices no tiene ninguna responsabilidad i su estado es el mas fácil de conocer.

75. En seguida podemos colocar a los medios idiotas que perciben ciertas ideas, aunque en pequeño número é imperfectamente. Como estas ideas pueden ser bastantes para que estos idiotas discernan el carácter moral de las acciones que tienen relacion con ellas, bien pueden ser penados; pero cuando lo sean, los tribunales tomarán en consideracion su estado jeneral para, disminuir la pena en la escala que ellos pueden recorrer.

76. La demencia propiamente dicha es enfermedad adquirida despues del nacimiento i se caracteriza por la pérdida de la memoria que, debilitando las operaciones del entendimiento, hace que en la cabeza del paciente se ajiten las ideas sin enlace ni órden alguno.—La locura se distingue por un delirio jeneral, variable y sobre toda clase de objetos, i por una increíble actividad que excita las operaciones delirantes del espíritu. Estas enfermedades que se manifiestan regularmente por una série de actos sucesivos i rara vez de un modo extraordinario i repentino, pueden probarse sin grave dificultad. Pero los enfermos de esta clase tienen intervalos lúcidos en que obran como si estuvieran en sano juicio; i aunque nuestro Código, conforme á la legislacion romana, los castiga sin atenuacion siquiera, la conciencia que no podrá persuadirse de una suspension completa de una demencia inmediata a la consumacion de un delito, penará con mas lenidad los actos que se cometan en dichos intervalos lúcidos.

77. La enfermedad mental que presenta fenómenos mas raros i que ha dado lugar a sérias discusiones sobre su

clasificación entre la locura, ha sido la monomanía que se caracteriza por un desarreglo parcial en cierto orden de ideas i que proviene jeneralmente de las pasiones que fijan una idea dominante al rededor de la cual se agrupan sin orden las demas. Muchos criminalistas han negado a la monomanía su calidad de demencia; pero los experimentos científicos han probado que puede haber una carencia absoluta de razon en cierto orden de ideas, sin que en los demas se note ninguna perturbación. Se han visto monómanos incendiarios que se arman de repente de una tea imaginándose sentir el toque de un incendio; i homicidas que matan creyendo oír una voz interna o la voluntad de Dios que les designa á su víctima, o imaginándose que tienen el deber de arrancar inocentes criaturas a la corrupción del mundo, o que deben librarse de enemigos imaginarios o de jénios maléficos.—Es cierto que tales actos pueden ser el resultado de vicios horribles o de un odio inveterado por la humanidad; pero la ciencia médica indica que la enajenación parcial de la intelijencia no se presenta tan esclusiva que no se manifieste por preocupaciones, incapacidad para el trabajo, variación en los hábitos i olvido aun de las personas mas queridas; i de tiempo en tiempo por enfermedades en que el delirio es mas jeneral. Estos signos i la completa tranquilidad con que los monómanos contemplan su crimen, servirán para distinguir la verdadera enajenación parcial.

78. Una imprudente filantropía, fundándose en que no es natural que se obre sin causa, ha pretendido colocar entre los dementes a los que delinquen sin motivo i que manifiestan indiferencia por el castigo. Esta conducta puede ser un desarreglo de la razon, pero por sí sola no será nunca bastante para una exención completa de responsabilidad. El motivo del crimen puede ocultarse maliciosamente, i la indiferencia por el castigo puede ser puramente simulada o el resultado de un embrutecimiento causa-

do por los vicios o de un fastidio por la vida. El hombre que mata sin ninguna causa aparente puede tener la misma libertad, intelijencia i sentido moral que aquel médico que, sensato e intachable por lo demas, sentia una satisfaccion profunda en matar niños para ciertos experimentos científicos que debian servir a la humanidad. Monómanos de esta especie que son impulsados por una passion dominante, que conocen el daño causado, que se ocultan por temor al castigo, que son sensibles al remordimiento i, en una palabra, que no han perdido el sentimiento moral de sus actos no son locos ni dementes. La lei solo puede excusar al que, por una causa independiente de su voluntad, obra como una máquina obedeciendo a una fuerza motriz cuyo poder no puede ni sabe combatir; mas no al que ha debilitado i corrompido su voluntad de tal suerte que las pasiones puedan arrastrarlo fácilmente a la comision de un delito i que siempre conserva el sentimiento del bien i del mal.

79. El misterioso trabajo de la intelijencia durante el sueño escapa a la investigacion del hombre. «Basta, dice « Rossi, fijarse en las formas e imperfecciones de la justicia humana para persuadirse de que ella no tiene medios « ni derecho para informarse de las acciones cometidas « durante el sueño.» (1) Por esto es que todas las legislaciones están de acuerdo en eximir de toda responsabilidad al sonámbulo, como lo hace tambien nuestro Código en las palabras finales del número 1.º que se agregaron al concordante del Código Español por considerar impropio que se les asimile a los locos i dementes, como lo hace este último.

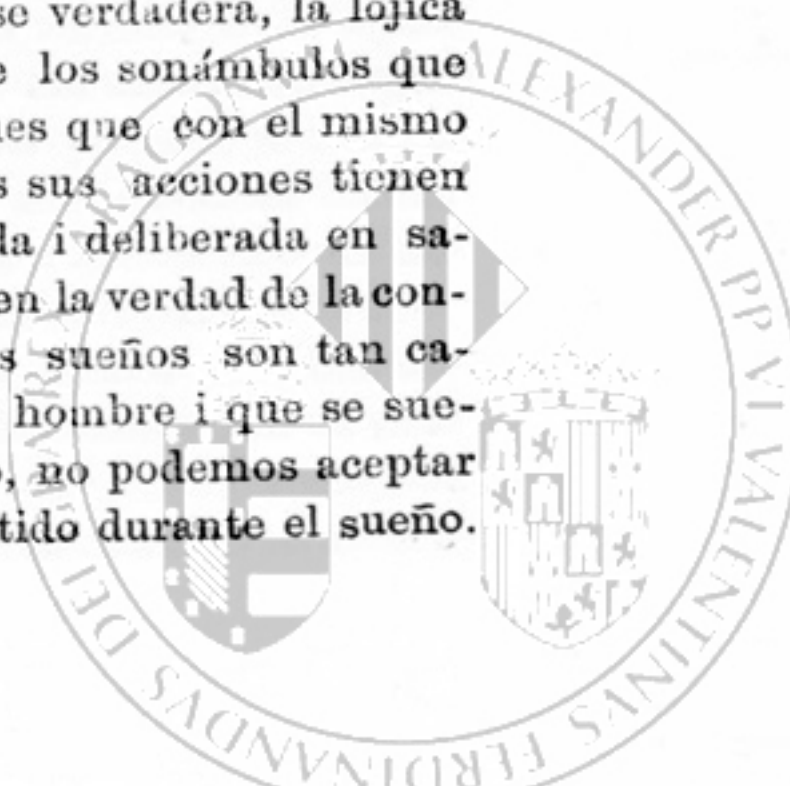
80. Entre muchas cuestiones, mas curiosas que prácticas propuestas por los médicos i criminalistas, examinaremos dos principales. ¿Es responsable el sonámbulo que comete una acción punible sabiendo su enfermedad i que

(1) Obra citada lib 2.º, cap 17, p. 267.

no toma las precauciones para evitar un daño? ¿Debe ser penado el sonámbulo que teniendo una enemistad capital mata a su enemigo durante el sueño?

81. Para afirmar que no puede ser delito ningun hecho cometido por un sonámbulo nos basta saber que el art. 1.º solo califica de delitos a las acciones u omisiones voluntarias i que el sonámbulo carece de voluntad; pero si conociendo sus costumbres no toma las medidas necesarias para evitar un daño debe ser responsable de un cuasi-delito en caso que su imprudencia se pueda calificar de temeraria en los términos del art. 490. Estos principios eran reconocidos en nuestra antigua legislación que, por por la lei 5.ª, título 8.º, part. 7.ª, penaba a los sonámbulos con cinco años de destierro a una isla cuando cometian alguna muerte si, sabiendo sus inclinaciones, no tomaban las medidas de prudencia para evitar un daño.

82. Los que sostienen que debe ser castigado el sonámbulo que dá muerte a su enemigo capital, suponen que la muerte es la consecuencia precisa de una resolución concebida i acabada en pleno uso de la razón; pero es a consecuencia es tan caprichosa i tiránica como la sentencia de aquel emperador romano que mandando al suplicio a un hombre por haber soñado que le habia dado muerte, le decia: «Si despierto no hubieras pensado asesinarme, «de seguro que no habrias soñado con la realización del «hecho.» Si esta consecuencia fuese verdadera, la lógica obligaria a penar todos los hechos de los sonámbulos que fuesen reconocidos como delitos; pues que con el mismo motivo deberia sostenerse que todas sus acciones tienen su origen en una resolución concebida i deliberada en sano juicio. Mas, los que no creemos en la verdad de la consecuencia, los que pensamos que los sueños son tan caprichosos como la imaginación del hombre i que se sueñan cosas que jamás se han pensado, no podemos aceptar el castigo de ningun hecho cometido durante el sueño.





Por otra parte, si el pensamiento es libre; si no se debe ni conviene perseguirlo mientras no se manifieste por hechos externos de ejecucion voluntaria; i si la conciencia universal condena su persecucion como una horrible tiranía ¿cómo castigar a un hombre privado de razon i de la conciencia moral de sus actos por haber concebido la resolucio*n* de cometer un delito ántes del sueño, aun suponiendo que la ejecucion fuese la consecuencia precisa de un pensamiento en sano juicio? Por consiguiente, ni en la hipótesis de ser verdadera la consecuencia en que apoyan el castigo del sonámbulo que mata a su enemigo capital, no puede aceptarse el castigo, pues que esto seria convenir en que es lícito penar las meras intenciones.

83. El acta de la sesion 5.<sup>a</sup>, páj. 8.<sup>a</sup>, nos indica que las espresiones: « I el que, por cualquier causa independiente « de su voluntad, se halla privado totalmente de razon, se « agregaron « para dar al número 1.<sup>o</sup> del art. 8.<sup>o</sup> del Código Español, que sirvió de base, una mayor latitud comprendiendo otros varios casos análogos, como el del sonámbulo; pero sin autorizar abusos como en el caso de « completa ebriedad. »—Ya hemos examinado al sonambulismo como comprendido en el número 1.<sup>o</sup> del artículo; i en el siguiente párrafo veremos si tambien comprende a la preñez i a la ebriedad a pesar de las palabras del acta.

## II.

84. Es un fenómeno probado que la preñez suele producir ciertos desarreglos intelectuales e inclinaciones difíciles de contener hácia un hecho punible. Es a materia, como las demas relativas a los desórdenes de la mente, se halla comprendida en nuestro artículo, con tal que aparezca en el acto en que un delito se comete una carencia completa de razon; pero los fenómenos de que hablamos son raros, i si a mas de la preñez no aparecen otros indicios que manifiesten enajenacion, difícil será justificar que

ella ha producido de un modo irresistible la incitacion causante del delito.

85. Nadie duda que la embriaguez completa produce tambien, mientras dura, una completa enajenacion mental. Rossi dice sobre ella: « La embriaguez es una especie de demencia pasajera que estingue, cuando es completa, enteramente la conciencia del bien i del mal i el uso de la razon. El embriagado, agrega, puede ser culpable de una gran imprudencia; pero no es posible decirle con justicia: tú has comprendido tu crimen en el momento de cometerlo. » (1)

86. La legislacion romana atenuaba la pena de los delitos cometidos por los ébrios en consideracion a que sus acciones no debian penarse como delitos por la ausencia de la intelijencia, sino como simples faltas. El Código Penal de Austria, mas lójico que la legislacion romana, castiga tales acciones como graves infracciones de policia. En otras legislaciones ha prevalecido la opinion sostenida por Filangieri, que consiste en penar a los ébrios como si estuvieran en sano juicio en consideracion á que su ignorancia es simplemente voluntaria.—La legislacion inglesa i la antigua de Francia, conformándose con el parecer de Quintiliano i de Aristóteles, agravan la pena de los delitos cometidos por los ébrios.—Los Códigos de Prusia, de Baviera, del Brasil i de España atenúan, siguiendo las disposiciones i doctrinas de la legislacion romana.—El de Francia nada dice espresamente, pero los mas notables criminalistas de esta nacion, como tambien de España, están de acuerdo en sostener que el art. 64 del primero i 8.º del Español exentan de toda responsabilidad en caso de perpetrarse un delito en estado de embriaguez involuntaria i completa. El Código de la Georgia escusa los actos cometidos por un ébrio cuyo estado ha sido producido por artificio de un tercero, considerando que la única causa

(1) Obra citada, lib. 2.º, cap. 20 paj. 270.

que se alega en contra de la excusa de la embriaguez completa es la espontaneidad del hecho. (1)

87. De esta diversidad de opiniones y preceptos ¿cuáles son los mas conformes a la equidad i a los principios de la lójica? Para nosotros es la opinion de Rossi sancionada por el Código Austriaco; porque los actos cometidos durante una embriaguez completa no son intencionales ni intelijentes. Es cierto que la embriaguez jeneralmente es voluntaria; pero los actos que dan ocasion á los cuasidelitos son tambien voluntarios. El que corre a caballo por la calle pública no solo obra voluntariamente, sino con pleno conocimiento del quebrantamiento de la lei que le prohíbe correr, i sin embargo si mata a un transeunte atropellándolo no comete un delito, sino una accion culpable a causa de la imprudencia de correr por lugar prohibido. Del mismo modo un hombre que se embriaga voluntariamente i que durante su embriaguez comete una accion punible, debe ser castigado por la imprudencia de haberse embriagado; pero no debe responder moralmente de una accion que, por la ausencia de la intelijencia, no puede conocer.

88. ¿I nuestro Código qué ha dispuesto sobre esta materia?—La parte del acta transcrita parece indicarnos que la comision redactora quiso conservar lo dispuesto por la lei-patria del 20 de Octubre de 1831, que derogó las leyes 6.ª, título 2.º i 5.ª, título 8.º de la partida 7.ª; y por la cual la embriaguez no eximia de la pena asignada a un delito en ningun caso; pero el acta solo se refiere a la embriaguez completa i nada dice de la que al mismo tiempo es involuntaria. Por lo tanto creemos que esta clase de embriaguez exenta de toda pena al hombre que comete un delito en este estado, porque *se halla privado totalmente de la razon por una causa independiente de su*

(1) Chauveau i Hélie núm. 860 i siguientes.

*voluntad*. La comision no era legislativa i si tuvo la mente de no eximir a los ébrios en caso alguno, no debió usar tales términos. (1)

### III.

89. Si no debe pensarse á los locos o dementes, la lei tiene que prevenir los daños que puedan ocasionar a la sociedad, i por esta causa son justas i necesarias las medidas preventivas de los incisos 2.º i 3.º del libro 1.º Pero de las disposiciones de estos incisos tememos ciertas dificultades prácticas; porque siendo una la providencia para los locos que verifican hechos que, al ser sanos, serian crímenes o que reiteran en simples delitos, i otra distinta para los que verifican hechos calificados de simples delitos, i habiendo muchos actos que no pueden calificarse ni de crímenes ni de simples delitos sino por ciertas circunstancias que solo pueden aparecer de un proceso, resultará que el tribunal o hará la calificación con toda arbitrariedad, i entónces la distincion vendrá a ser inútil, ó tendrá que formar un proceso en contra de un loco para saber si el hecho habria sido crimen o simple delito en caso que se hubiera cometido en sano juicio. Asi un loco que verifica alguna de las mutilaciones que pena el art. 396 con presidio menor en grado máximo,—pena de los simples delitos,—a presidio mayor en su grado mínimo—pena de crimen—no podrá ser encerrado en la Casa de Orates ni tampoco admitírsele fianza de seguridad sino despues que el tribunal elija la pena, porque de ella depende que el hecho sea crimen ó simple delito. Por otra parte ¿qué motivo hay para encerrar a un loco que ha quebrado un brazo i no a otro que ha cortado una oreja, debiéndose esperar que reitere, esto es que corte la otra? En el Código Español no hay estos inconvenientes: en él basta saber la pena para calificar un hecho de delito grave ó ménos grave; pues

(1) Carrara, páj. 335 i siguientes.

nunca un delito por sus circunstancias puede pasar de ménos grave a grave. Asi, en el ejemplo propuesto basta ver que el art. 342 impone la cadena perpétua—pena afflictiva i característica de los crímenes ó delitos graves segun el art. 24—para saber que el loco debe ser mandado a un hospital de sanidad. Ademas en este Código se concibe que se hayan tomado diversas medidas para los locos que cometen hechos que importen delitos graves o ménos graves; pues hai notable distancia entre las penas de los unos y de los otros. Examínese sus disposiciones i se verá que las penas mas bajas de los primeros duran de cuatro a seis años i las mas subidas de los segundos solo tres años; miéntras que en nuestro Código, un hecho puede ser crimen o simple delito, segun las circunstancias, i en muchos casos el máximo de la pena de un simple delito se confunde con la mínima del crimen.

#### ARTÍCULO 10 (continuacion)

2.º El menor de diez años.

3.º El mayor de diez años i menor de diez i seis, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.

El tribunal hará declaracion espresa sobre este punto, para imponerle o declararle irresponsable.

#### CODIGO ESPAÑOL.

#### ARTÍCULO 8.º (continuacion.)

2.º El menor de nueve años.

3.º El mayor de nueve años i menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento.

El tribunal hará declaracion espresa sobre este punto, para imponerle pena o declararle irresponsable.

I.

90. La naturaleza no ha fijado con precision una línea que, atendiendo a la edad, separe las diversas graduaciones de la intelijencia humana. Se conoce que la infancia carece del sentido moral de sus actos, pues no sabe sus

resultados; que en la época siguiente, según el clima, las costumbres i la educación, se puede pensar con mas o menos claridad i firmeza i aun alcanzar a discernir; que en seguida el discernimiento existe, pero no tan reflexivo, acabado i firme como en épocas posteriores; i, en fin, que el último período es de plena responsabilidad por haber llegado la razón a su entero desarrollo. Pero el tiempo en que terminan cada uno de estos períodos es indeterminado; i por consiguiente no pueden fijarse los términos en esta materia sin cierta arbitrariedad.—Nuestro Código dictado para un país acostumbrado a sus jueces de derecho, hizo bien en dividir los períodos de la vida humana en los cuatro que la conciencia universal distingue i separa sin vacilar, dejando lo menos posible a la arbitrariedad de los tribunales.

91. En el primero ha comprendido a los menores de diez años cumplidos, declarándolos irresponsables en virtud de una presunción de derecho que hace inútil toda averiguación relativa al discernimiento. El límite de diez años es tan arbitrario como el de nueve del Código Español o el de catorce de otros códigos; pero tiene su apoyo en el principio de conservación, pues no habría sido prudente innovar, sin un motivo calificado, lo dispuesto por las leyes que nos han rejido i que fijaban los diez años i medio.

92. El segundo, conforme al art. 233 del Código Civil, comprende a los mayores de diez i menores de dieziseis años, presumiéndose legalmente la falta del discernimiento; presunción que hace necesario averiguar si el discernimiento existe, i para condenar hacer declaración expresa.

93. El tercero comprende a los mayores de dieziseis años i menores de dieziocho. Distingue a este período una presunción de derecho de que existe el discernimiento. Los comprendidos en el período anterior, cuando se justifica que han obrado con discernimiento i los de este son

castigados con las penas correspondientes a sus delitos, atenuadas mas o menos segun la edad i el grado de aquel.

94. Por fin, el cuarto período comprende a los hombres plenamente responsables desde los dieziocho años adelante, edad en que jeneralmente gozamos del pleno uso de nuestras facultades.

95. Para penar a los mayores de diez años i menores de dieziseis la lei exige, como se ha visto, que tengan discernimiento, presumiendo ademas que en este período no existe. De esta presuncion legal deducimos que el discernimiento comprende algo mas que la intelijencia i que la facultad de juzgar sobre lo bueno o malo de las acciones; porque estas condiciones la tienen los hombres en esa edad jeneralmente, i es probable que, los que de ellas carezcan, no las adquieran jamas. La lei, pues, ha usado esa palabra en su sentido académico, significando el juicio recto que distingue la diferencia de las cosas i que comprende, a mas de nuestras facultades internas, ciertas nociones de los objetos exteriores i la malicia que dá la práctica del mundo, que no se tiene completa en una época en que somos todavía aprendices de la sociedad i de la vida.

#### ARTÍCULO 10.—(continuacion)

4.º El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

*Primera.*—Agresion ilejítima.

*Segunda.*—Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

*Tercera.*—Falta de provocacion suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entrada de una casa o de un departamento habitado o de sus depen-

dencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor.

## CODIGO ESPAÑOL.

### ARTICULO 8.º (continuacion).

4.º El que obra en defensa de su persona ó derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

*Primera.*—Agresion ilejítima.

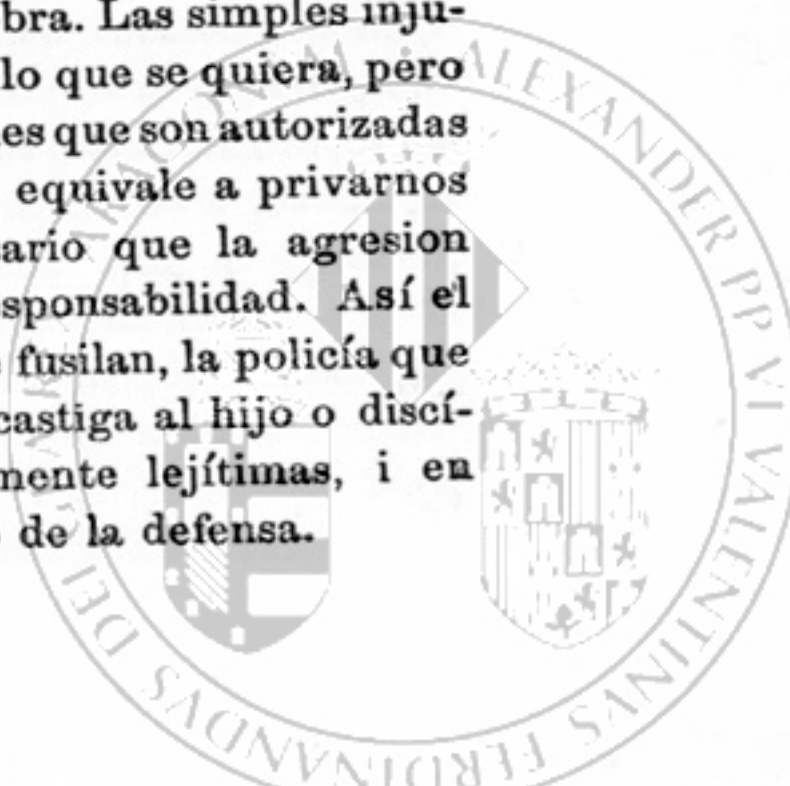
*Segunda.*—Necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla.

*Tercera.*—Falta de provocacion suficiente por parte del que se defiende.

### I.

96. En el estado de sociedad es privativo de la lei el ejercicio de la facultad que el derecho natural nos concede para defender nuestra persona i derechos de un agresor injusto; pero la lei por necesidad ha tenido que conceder nos tambien el ejercicio de esa facultad en los casos excepcionales en que no puede prestarnos su proteccion eficaz: tal es el oríjen de la defensa legal. Mas la misma lei que reviste al hombre de uno de sus atributos mas importantes i mui peligroso en sus manos, debe velar porque la defensa se ejercite con cuanta imparcialidad i rectitud sea posible; i de aquí provienen los requisitos que impone para que sea lejítima.

97. *Primer requisito.*—La defensa presupone una agresion de hecho, un acometimiento de obra. Las simples injurias o amenazas son provocaciones o lo que se quiera, pero no acometimientos. Mas hai agresiones que son autorizadas por la lei i como esta autorizacion equivale a privarnos de la defensa, resulta que es necesario que la agresion sea ilejítima para que no haya responsabilidad. Así el verdugo que azota, los soldados que fusilan, la policia que aprisiona i el padre o maestro que castiga al hijo o discípulo cometen agresiones perfectamente lejítimas, i en contra de ellos no existe el derecho de la defensa.





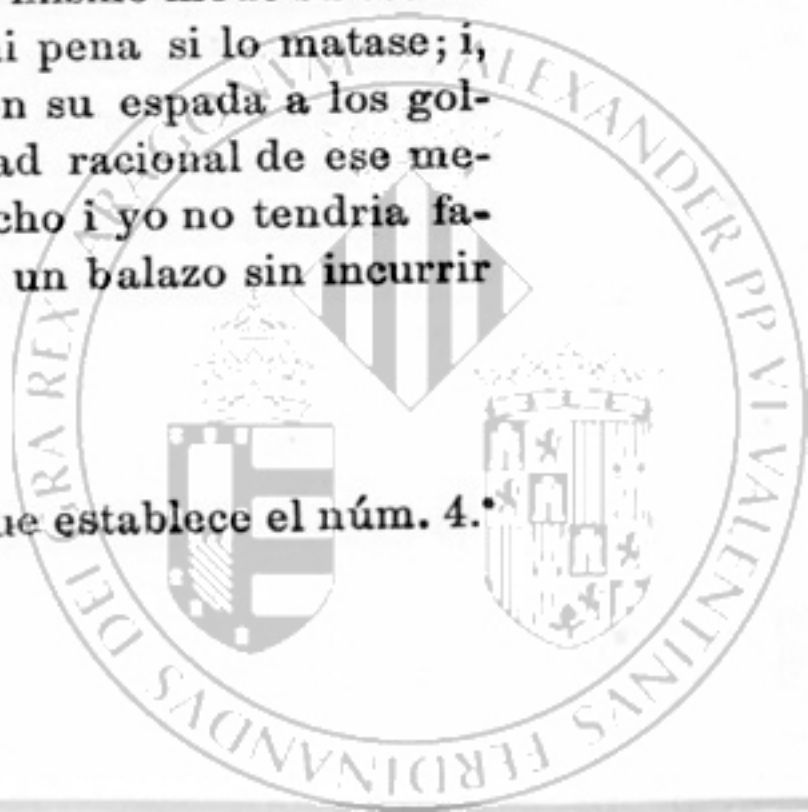
98. *Segundo requisito.*—La necesidad es el motivo esencial del derecho de la defensa; pero son tan diversos los medios que pueden emplearse que la lei ha debido exigir al hombre que obra en su lugar, que use solo de medios necesarios para impedir o repeler la agresion. Si una mujer o un niño me acometen sin armas, yo tendré necesidad de repeler la agresion ofensiva; pero bastándome las manos no solo para la repulsion, sino tambien para escarmentar al agresor, no será tolerable que los mate con cualquier arma: por esto es que la lei exige que haya necesidad de los medios empleados. Sin embargo, habiendo casos en que no existe una necesidad absoluta de defenderse de un acometimiento ilejítimo o de usar de ciertos medios, sino una necesidad relativa a circunstancias especiales o creadas por la sociedad, la lei se ha valido de la palabra «racional» para dar a la frase cierta vaga flexibilidad a propósito para que los jueces puedan apreciar esas circunstancias. Así un militar acometido en un lugar público con un baston no tiene necesidad absoluta de sacar su espada i defenderse miéntras pueda huir e invocar el auxilio de la lei sin ningun peligro; pero tiene necesidad racional de defenderse, porque si huye le seguirá el desprecio i el escarnio. Por el contrario, un sirviente a quien su amo acomete con un palo, si puede escapar sin ningun peligro, no tiene necesidad racional de matarlo con un puñal, aunque no tenga otro medio de defensa; porque huyendo, segun los consejos de su conciencia i de su razon, no sufre ningun mal: de aquí la utilidad de la espresion que modifica el seco significado de la palabra «necesidad.»

99 *Tercer requisito.*—Lójicamente resulta del mismo fundamento de la defensa que, atrayéndonos la agresion por un hecho ilícito, la defensa no pueda ejercerse sin responsabilidad; i por lo tanto que es necesario para la exencion de ella, el requisito de que el agresor no haya sido provocado. Tambien la lei en este caso ha

hecho bien en modificar el significado tan lato de la palabra «provocacion» con la de «suficiente» que dá a la frase esa flexible vaguedad que armoniza su alcance con el de la espresion «necesidad racional.» Si para la lei una simple ofensa de palabras no importa una necesidad racional de herir o matar, del mismo modo una simple provocacion de palabras no debe privarnos de nuestra defensa en caso que por ella se nos ataque para herirnos o matarnos. Esta correlacion de ideas se nota examinando los tres casos en que pueden encontrarse el agredido i el agresor despues de una provocacion del primero; pues la provocacion puede ser tan leve que no autorice ningun medio de agresion; o bastante solo para el empleo de ciertos medios ménos fuertes que los usados, ó bien que, con toda lejitimidad, haya sido acreedora de los medios empleados para reprimir sus efectos. Si, por ejemplo, por una simple amenaza o injurias de palabras se me ataca con un cuchillo, mi defensa será perfectamente irresponsable, cualquiera que sea el resultado; pero si yo ataco con un baston a un militar armado de espada i de pistolas i él se defiende a balazos, aunque no tenga necesidad racional de usar de este medio ni quede exento de responsabilidad si me mata, no tendria yo derecho para darle muerte; pero asi como mi provocacion suficiente para atraerme su ataque le atenuaria la pena que el militar mereciera en el caso propuesto, del mismo modo su exceso en la defensa atenuaria tambien mi pena si lo matase; i, en fin, si dicho militar responde con su espada a los golpes de mi baston teniendo necesidad racional de ese medio de defensa, usaria de su derecho i yo no tendria facultad para darle una estocada o un balazo sin incurrir en plena responsabilidad.

## II.

100. La presuncion de derecho que establece el núm. 4.\*



en favor del que ocasiona un daño rechazando de noche el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, es perfectamente fundada i mas conveniente en nuestro país que en otros por la inseguridad de los campos i por la distancia en que viven sus moradores. El que mata al que durante la noche escala su casa reúne todas las condiciones que la lei exige para legitimar la defensa: el escalamiento es una agresion ilejítima que ninguna provocacion puede autorizar; i el peligro i la imposibilidad de saberse el alcance de la agresion hacen que sea racional la necesidad de repelerla por los medios mas eficaces.

ARTÍCULO 10.—(Continuacion.)

5.º El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuje, de sus parientes consanguíneos lejítimos en toda la línea recta i en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines lejítimos en toda la línea recta i en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilejítimos reconocidos, siempre que concurren la primera i segunda circunstancias prescritas en el número anterior, i la de que, en caso de haber precedido provocacion de parte del acometido, no tuviese participacion en ella el defensor.

6.º El que obra en defensa de la persona i derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior i la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilejítimo.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 8.º (continuacion).

5.º El que obra en defensa de la persona i derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuje ó hermanos, de los afines en los mismos grados, i de sus consanguíneos hasta el cuarto

civil, siempre que concurren la primera i segunda circunstancias prescritas en el número anterior, i la de que en caso de haber precedido provocacion de parte del acomotido, no tuviese participacion en ella el defensor.

6.º El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren la primera i segunda circunstancias prescritas en el número 4.º i la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilejítimo.

### I.

101. Si el deber de nuestra propia conservacion nos da el derecho natural de la defensa i la insuficiencia de la lei para garantirnros de las agresiones injustas la obliga a concedernos su ejercicio; el segundo motivo i el amor a la familia, en lugar del primero, nos autorizan para ejercerlo en favor de los parientes, imponiéndonos la lei las mismas condiciones con que permite la defensa personal, ménos la tercera, pues que no siendo agredido el mismo ofensor, solo puede exijirsele que no tenga parte en la provocacion *suficiente* del pariente agredido. I decimos *suficiente*, aunque la lei no usa este término, porque no concebimos la causa por la que la lei pueda impedir que un hijo, por ejemplo, defienda a su padre en todos los casos en que éste puede hacerlo sin ninguna responsabilidad o con atenuacion de la pena.

### II.

102. Existen en el corazon humano sentimientos naturales i jenerosos que la lei tiene que respetar i que aun conviene fomentar. Por esto es que el Código exenta tambien de responsabilidad al hombre que, por defender a un extraño injustamente atacado, comete una accion punible en sí; pero exijiéndole las dos primeras condiciones que legitiman la defensa personal, i, en lugar de la tercera, un algo mas de lo necesario para legitimar la de un pariente, lo que proviene del mismo oríjen de la exencion; porque, si la causa principal de ella es el respeto que la lei debe a los sentimientos de indignacion que despierta en el al-

ma toda agresion injusta i secundariamente la utilidad de mantener i fomentar esos sentimientos que unen a los buenos en contra de los malos, es natural que cuando el móvil sea espúreo deba cesar la legitimidad de la defensa de terceros. En la frase móvil ilejítimo no se comprende al que ocasiona un daño en defensa de otro por precio o esperanza de recompensa, porque si estos motivos no son jenerosos, al ménos son útiles i perfectamente lícitos ante la moral i la conciencia pública.

ARTÍCULO 10— (Continuacion.)

7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

*Primera.*—Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

*Segunda.*—Que sea mayor que el causado para evitarlo.

*Tercera.*—Que no haya otro medio practicable i ménos perjudicial para impedirlo.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 8.º (continuacion.)

7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena; siempre que concurren las circunstancias siguientes:

*Primera.*—Realidad del mal que se trata de evitar.

*Segunda.*—Que sea mayor que el causado para evitarlo.

*Tercera.*—Que no haya otro medio practicable, i menos perjudicial para evitarlo.

I.

103. La exencion de responsabilidad del que, por evitar un mal, ejecuta un hecho que produce daño en la propiedad ajena se funda en una causa análoga a la que autoriza la defensa personal; i las condiciones que este número

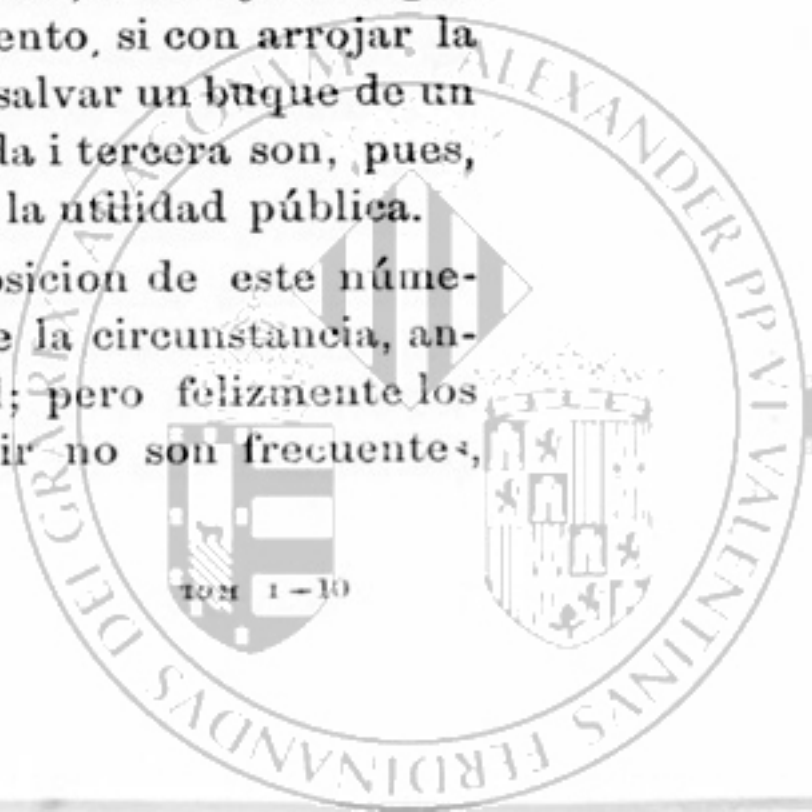
impone tienen correspondencia i armonía con las que legitiman la dicha defensa.

104. Puede creerse que la frase «o peligro inminente», que se agregó por la comision redactora, significa algo mas lejano de la consumacion del daño que lo que indica la palabra «realidad»; pero la comision tuvo cuidado de espresar que dicha frase no modificaba el sentido del número correspondiente del Código Español. (1) I así es, en efecto, porque la mente no puede concebir mas allá del peligro inminente sino la consumacion misma del daño. Por esto habria bastado decir «realidad» como en el Código Español «o peligro inminente» con mas propiedad. Por lo demas, la lei ha tenido que restringir la facultad de dañar la propiedad ajena al solo caso en que racionalmente no puede esperarse la salvacion de la nuestra sino dañando la de otro, tanto porque ántes habria un ataque a la propiedad ajena sin ninguna conveniencia pública, como por los abusos a que podria prestarse un derecho mas lato.

105. Tampoco habria ningun bien social en que se pudiera sacrificar la propiedad ajena por evitar un mal igual o menor o sin necesidad racional, o, como dice la lei, cuando hai otro medio practicable i ménos perjudicial para evitarlo. No seria tolerable, por ejemplo, destruir un palacio por salvar de un incendio a una pobre choza; ni arrojar al agua la parte mas valiosa de un cargamento, si con arrojar la parte de ménos valor se pudiera salvar un buque de un naufragio. Las circunstancias segunda i tercera son, pues, conforme a la razon, a la equidad i a la utilidad pública.

106. Se habrá notado que la disposicion de este número deja, por la naturaleza misma de la circunstancia, ancho campo a la arbitrariedad judicial; pero felizmente los casos prácticos que puedan ocurrir no son frecuentes,

(1) Sesión del 24 de Marzo de 1873—páj. 218.



en su mayor parte es la autoridad la llamada a ejecutar el derecho i concurriendo uno solo de los requisitos hai una atenuacion que el artículo 73 ha hecho especialísima.

ARTÍCULO 10—(Continuacion.)

8.º El que con ocasion de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 8.º (continuacion.)

8.º El que en ocasion de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intencion de causarlo.

I

107. El Código Español hasta aqui no habia mencionado siquiera las acciones u omisiones culpables que, como las simplemente casuales, no están comprendidas en la definicion del delito. Para distinguir las primeras de las segundas i determinar que las fortuitas no son penadas i que las culpables no quedan exentas de responsabilidad como podria deducirse del artículo 1.º, tiene cierta utilidad la disposicion de este código; pero en el nuestro, que ha establecido que las acciones u omisiones culpables se penan en ciertos casos con el nombre de cuasi-delitos e implícitamente que todas las que no son intencionales ni culpables quedan exentas de toda responsabilidad, no habia necesidad de copiar la disposicion de aquel.

108. Por lo demas, esta causa de exencion es clara: toda accion u omision que no sea intencional ni culpable queda exenta de responsabilidad; i aunque deberiamos deducir que habiendo cualquier grado de culpa se imponen penas, el art. 4.º nos dice lo contrario.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

9.º El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 8.º (continuacion.)

9.º El que obra violentado por una fuerza irresistibile.

10.º El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor.

I.

109. El uso de la fuerza material es mas propio en los delitos de omision, i su calidad de irresistible puede probarse sin dejar dudas; pero la fuerza moral que ocasiona el miedo es de uso mas frecuente i esta palabra tiene un sentido vago e indeterminado por la gran diferencia que existe en la fortaleza de las almas. El calificativo «insuperable» con que la lei determina el grado que requiere para que el miedo exima de responsabilidad es tambien vago e indefinido. Sin embargo, vamos a tratar de precisar el sentido del número 9.º, atendiendo para ello á la frase «de un mal mayor» que emplea el Código Español i que fué suprimida en el nuestro.

110. En el número 7.º, que tiene por fundamento una causa análoga a la de este número, se impuso por condicion para poder causar lícitamente un daño en la propiedad ajena, que el mal que se trate de evitar sea mayor que el causado para evitarlo. Si ahí, que se habla solamente de sacrificar la propiedad ajena, se impuso esa condicion, aquí, que se trata de un daño a las personas, la lógica obliga a imponerla tambien.

111. I es tan cierto lo que decimos que, a pesar de haberse suprimido dicha frase i segun parece por las observaciones del señor Pacheco (1), no encontramos ejemplos

(1) Obra citada, páj. 172 del tomo 1.º



en que el miedo pueda eximir de responsabilidad sin la concurrencia de la condicion que la frase indica; bien entendido que no consideramos como el señor Pacheco, que con la palabra mayor se compare el daño que causa el miedo i que induce a cometer un delito con el de la pena que la lei impone, sino con el mal que es necesario ocasionar para evitar aquel. Asi establecida la comparacion que, por otra parte, es conforme a la letra de la frase i a la análoga del número 7.º, léjos de resultar los absurdos que hace ver el señor Pacheco aparece de manifiesto que es necesario, para que exista un miedo insuperable, que sea por causa de un mal mayor. Asi en el ejemplo del señor Pacheco, de unos sublevados que mandan a un hombre que incendie una casa habitada so pena de la vida o de cortarle una mano si no obedece, no tendrá éste ninguna responsabilidad si comete el delito, pues el mal con que se le amenaza es mayor que el del incendio de una casa; pero si le hubiesen amenazado con cincuenta azotes si no cometiese un homicidio, tendria responsabilidad en caso de cometerlo; porque siendo menor el mal de la amenaza que el necesario para evitarlo, no habria miedo insuperable.—Comparando, pues, los males de esta manera, la frase resulta propia i sirve para precisar la vaguedad de las palabras «miedo insuperable.» Tambien debemos advertir que los males no se comparan en absoluto, sino considerando la presion que las amenazas puedan ejercer en los ánimos, segun la edad, sexo i sentimientos legítimos de cada cual.

112. Si la lójica i la analogía nos han indicado este modo de precisar algo siquiera la vaguedad del número de que hablamos, las mismas causas nos inducen a considerar tambien como útiles para este objeto los otros dos requisitos del número 7.º, esto es, que el miedo no pueda ser insuperable sin el peligro inminente del mal que induce a cometer el delito o habiendo otro medio menos perjudi-

cial para impedirlo.—Los ejemplos bastarán para comprobar estas verdades.—Si un hombre compele a otro a cometer un homicidio al día siguiente de la amenaza, bajo pena de la vida i dejándolo miéntras tanto en libertad, el compelido no quedaria exento de responsabilidad si cometiese el delito; porque faltaria la realidad, el peligro inminente del mal con que se le amenazaba. Del mismo modo, si al empezar una tormenta en el mar un grupo de pasajeros arrojase a otro al agua temiendo que llegado el caso de naufragar faltasen los botes salva-vidas, no existiendo un peligro inminente, habria resposabilidad; i lo mismo seria si, verificado el naufragio, por salvar en los botes valiosos equipajes se arrojasen al agua a las personas; pues en este caso quedaria el medio practicable i ménos perjudicial de arrojar los equipajes. Estos ejemplos manifiestan la analogía que debe existir entre las condiciones necesarias para poder dañar la propiedad ajena sin responsabilidad i las que son tambien necesarias para que haya miedo insuperable, condiciones que determinan, en cuanto es posible, el significado vago de las palabras empleadas por la lei. (1)

ARTÍCULO 10 (continuacion).

10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio lejítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 8.º (continuacion.

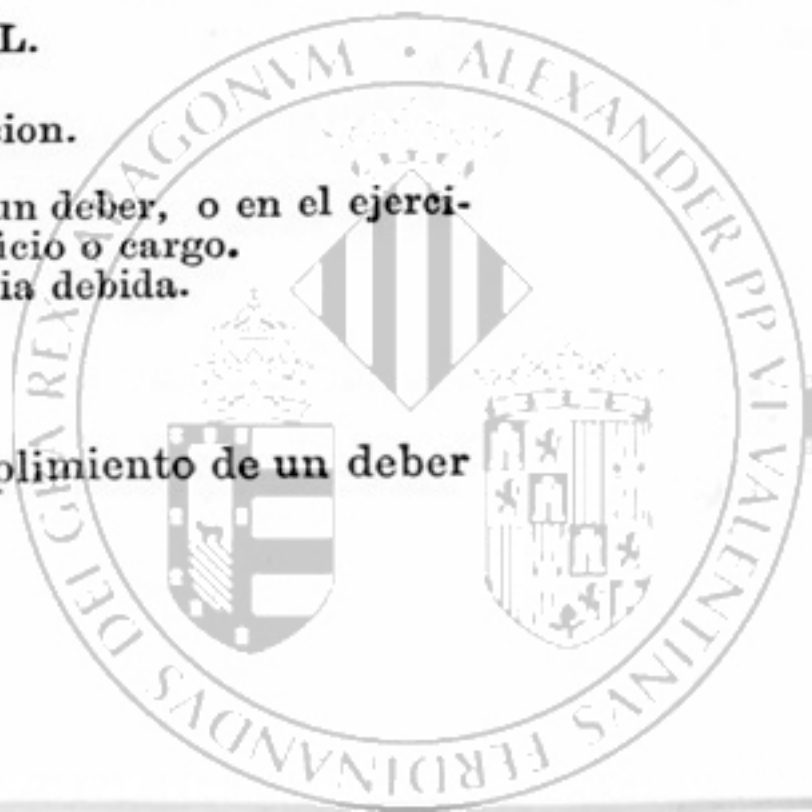
11. El que obra en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio lejítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

12. El que obra en virtud de obediencia debida.

I.

113. Todos los que obran en cumplimiento de un deber

(1) Carrara, páj. 446 i 447.



o en ejercicio lejítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo en lugar de quebrantar la lei, proceden con su autorizacion soberana. Un loco o "demente que causa una muerte necesita de una exencion de responsabilidad, porque ha cometido una accion punible en sí i prohibida por la lei bajo una pena; pero el policial que aprisiona, el padre que castiga al hijo, el juez que condena i el médico que amputa, que no cometen delitos sencillamente porque obran de acuerdo con la lei, no necesitan de una exencion de responsabilidad. Establecer en este artículo que están exentos de responsabilidad todos los que obran en cumplimiento de un deber o en ejercicio lejítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, equivale a decir que no hai pena cuando se obra dentro de la esfera legal o que no hai responsabilidad para los que no quebrantan las leyes penales.

114. Creemos, por lo tanto, que la comision habria obrado cuerdamente suprimiendo esta causa de exencion inútil de responsabilidad, como lo hizo con el número 12 del Código Español.—Mas adelante, cuando tratemos de la co-delincuencia, estudiaremos el difícil problema de la obediencia debida, avanzando desde luego la opinion de que, si, por inútil, aprobamos la supresion del número indicado, no podemos aceptar que con la supresion se haya exonerado a los subordinados del derecho i del deber de examinar la lejitimidad de los mandatos del superior para saber si pueden obedecer sin responsabilidad, como se indicó en la comision (1); porque ellos nacen de la naturaleza de las cosas i de las leyes que rijen las diferentes clases de subalternos.

ARTICULO 10. (continuacion)

11. El marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en delito de adulterio, da muerte, hiere o mal-

(1) Sesion del 14 de Mayo de 1870, páj. 11.

trata a ella i a su cómplice, con tal que la mala conducta de aquel no haga escusable la falta de ésta.

Si solo diere muerte, hiriere o maltratare a uno de ellos, sin causar daño al otro u ocasionándole uno menor, subsistirá no obstante la exencion de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró asi o que las circunstancias del hecho lo revelen.

I.

115. El derecho que las antiguas leyes concedian al marido para matar a su mujer sorprendida en infraganti delito de adulterio no tuvo su oríjen en la lejislacion romana. En esta solo los padres tenian la facultad de matar a sus hijas en el acto de sorprenderlas adulterando en sus casas o en la del marido. Los motivos los sabemos por Papiniano quien nos dice que si la lei pudo conceder á los padres este derecho, confiando en sus sentimientos paternales, no tuvo igual confianza en la imparcialidad de los maridos que pueden ceder fácilmente a la impetuosidad de sus resentimientos. Esto esplica que no encontremos este derecho del marido ni en la lejislacion mas antigua de la Francia ni de otros paises.

116. Fueron los visi-godos los que en su Fuero-Juzgo sancionaron la disposicion de entregar los adúlteros al marido ultrajado para que hiciera cuanto su venganza imaginara; fueron los bárbaros del oriente los que, considerando a las mujeres como seres inferiores a los hombres, establecieron esta escepcion a los principios mas fundamentales de la ciencia penal i que conservada en los códigos posteriores de la España, con modificaciones que suavizan su fiereza primitiva, ha llegado hasta nuestros dias en la forma que la contienen las leyes de Partidas i de la Novísima Recopilacion.

117. Los Códigos modernos que conocemos no han

creido propio de la civilizacion conceder al marido la facultad de castigar sus propias ofensas. Entre otros, el Frances i el Belga solo atenúan la pena del marido que mata a los adúlteros sorprendidos infraganti; el de Prusia, de Baviera, de Brunwick i, en jeneral, los códigos de Alemania ni castigan el adulterio, sino en caso que sea la causa de un divorcio. I el mismo Código de España ha tenido que reformar las antiguas leyes, i establecer solamente una atenuacion para el marido que mata a los adúlteros en vindicacion de su ofensa.

118. Pero la comision redactora de nuestro Código, mas conservadora que la España en donde tuvo oríjen el derecho, acordó mantenerlo por motivos que se manifestaron en la discusion que hubo en el Senado i que vamos a impugnar a nombre de los principios fundamentales del mismo Código, de la armonía que debe existir entre todas sus disposiciones, i a nombre de la moral i de la igualdad.

119. Definido el delito en la forma que lo hace el artículo 1.º, la lójica no permite exentar de responsabilidad a ninguna accion u omision que la lei prohiba bajo una pena, sino cuando falte alguno de los elementos de la voluntad en la comision del hecho. Por esto ha sido lójica la exencion de los locos, dementes i menores sin discernimiento que carecen de intelijencia; igualmente la de los que obran en defensa de su persona o derechos o de un miembro de la familia o de un extraño que no tienen intencion dañada de causar mal; i, por fin, lójica ha sido tambien la del que obra impulsado por una fuerza irresistible o por un miedo insuperable, pues no tiene libertad. Por consiguiente para exentar de responsabilidad al marido que mata, hiere o maltrata a los adúlteros era menester que se le considerase enajenado por el sentimiento, i asi lo comprendieron sin duda los dos senadores que sostuvieron la exencion de responsabilidad

a nombre de esta supuesta locura que supusieron que sufre el marido cuando mata, hiere o maltrata a los adúlteros sorprendidos infraganti. Pero ¿es efectivo el antecedente de la locura? El Código mismo manifiesta que no la ha considerado como motivo de exención de responsabilidad; porque si fuera lo contrario ¿con qué objeto habria establecido una exención espresa cuando bastaba la jeneral i relativa a todos los locos i dementes? Además, si consideraba como locos a esos maridos ¿por qué imponerles condiciones que para cumplirlas se necesita no solo un sano juicio, sino hasta un conocimiento cabal de la lei positiva? ¿Cómo se concibe que una lei sensata exija de un loco, para exentarlo de responsabilidad, que mate a los dos adúlteros i que haya tenido buena conducta? El Código, pues, de acuerdo con la razon, no ha fundado esta causa de exención en el falso antecedente que le atribuyeron sus defensores.

## II.

120. La verdad es que la ofensa que la mujer i su cómplice infieren al marido es bastante para hacerlo montar en cólera mas o ménos, segun los temperamentos de cada hombre, como cuando se recibe una bofetada en público o cualquiera de tantas ofensas que provocan las tempestades del corazon; pero mui rara vez el adulterio hará perder el juicio hasta el punto de aniquilar la fuerza moral que detiene en ciertos límites al hombre que no quiere convertirse en delincuente. I estas causas que modifican la voluntad, menoscabando solamente alguno de sus elementos en sentido favorable al delincuente, son las que forman las atenuaciones legales.

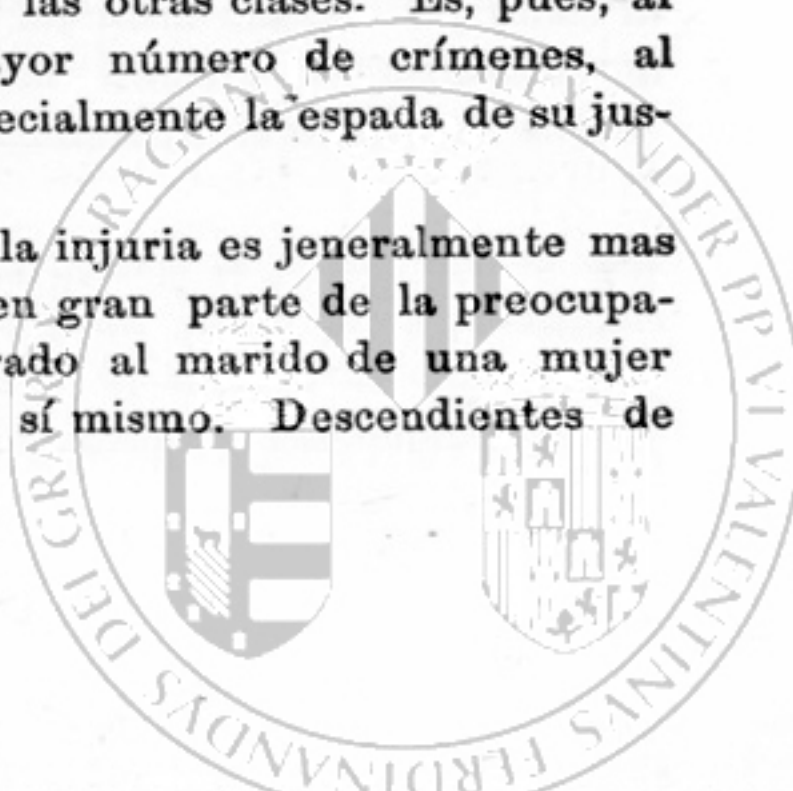
121. Mas, si se objetara que los principios jenerales no son tan absolutos que no admitan escepciones necesarias o convenientes; i que una de éstas es la de que tratamos, fundada en que la ofensa que los adúlteros causan al ma-

rido es mucho mas grave que todas las demas que solo producen los efectos comunes de las atenuaciones, contestariamos que, si fuera cierto este motivo, solo abogaria en favor de una atenuacion tambien excepcional, como la de los menores de dieziocho años, por ejemplo; pero que no es efectivo que esta ofensa sea mas grave que otras muchas que solo atenúan las penas.

122. El adulterio de la mujer es una ofensa para el marido mas o menos grave segun la clase social a que se pertenece. Las costumbres lijeras de nuestro pueblo, la falta de esa educacion que eleva los sentimientos; i, principalmente, la circunstancia de ser entre esta jente menos fuerte la preocupacion de considerar deshonorado al marido de una mujer infiel, hacen que no solamente sea menos grave la injuria en esta clase social que en las otras mas elevadas por sus sentimientos de órden i moralidad i que conservan restos de ese honor caballerezo de que nos habla el señor Pacheco (1), sino ménos alarmante que otras muchas de aquellas que solo atenúan. I, sin embargo, es esta jente que rara vez recibe en su lecho conyugal a una mujer pura, que no se inquieta por la conducta pasada i que bien poco se preocupa de la futura, la que puede ejercitar con mas frecuencia el derecho tanto porque entre ella son mas frecuentes los adulterios, como porque no tiene las elevadas consideraciones que impiden jeneralmente su ejercicio a las otras clases. Es, pues, al pueblo que comete el mayor número de crímenes, al que la lei ha entregado especialmente la espada de su justicia.

123. En las otras clases la injuria es jeneralmente mas grave; pero esto depende en gran parte de la preocupacion de considerar deshonorado al marido de una mujer adúltera i no del hecho en sí mismo. Descendientes de

(1) Obra citada, tomo 1.º, páj. 181.



españoles, caballeros titulados en otros tiempos, nada ha sido bastante para persuadirnos de que el mérito o demérito del hombre, su honor o deshonor solo pueden adquirirse o perderse por nuestras propias obras. Es cierto que el marido pundonoroso de una mujer infiel sentirá los arrebatos de los celos; verá perdida la dulce paz del hogar; enseñorearse al desórden de su casa i de su familia i trastornarse sus hábitos que, talvez, formaban su bienestar; pero de seguro que su cólera será producida mas bien que por estas causas, por la idea de su honor mancillado i de la befa que la jente lijera hará de su persona. Disípese esta preocupacion como debe hacerlo toda lei civilizadora, i notaremos que la gravedad de la injuria disminuirá como los objetos ópticos mirados sin instrumento. I si se quiere una prueba práctica de lo que decimos, compárense las épocas i se verá que el buen sentido, a despecho de las leyes, ha disipado tanto esa preocupacion que ahora solo los espíritus lijeros son los que, dejándose arrebatados por una cólera insensata, escandalizan de tiempo en tiempo a la sociedad con el uso de la facultad que la lei concede: nuestra sociedad es mas prudente que la lei.

### III.

124. Pero si dentro de la lójica inflexible de los principios no cabe esta causa de exencion, pudo haberse sostenido como excepcional e invocar tambien motivos excepcionales. Asi lo hacen el señor Pacheco en su apéndice al art. 8.º del Código Español i el Colejio de Abogados de Madrid (1) en su informe sobre el mismo Código.

125. El señor Pacheco dice, en efecto, que él habria conservado en el código de su pais la antigua disposicion de las leyes de Partidas en honor de la tradicional severidad de las costumbres i como un acatamiento a ese resto

(1) Obra citada, tomo 1.º, páj. 181.



de honor i caballerosidad que habria mantenido el derecho consignado en las leyes 13 i 14—tít. 17, part. 7.<sup>a</sup>

126. Por nuestra parte no negamos que en otros tiempos las mujeres pertenecientes a pueblos oriundos del oriente, tuviesen motivo para temblar en presencia de sus bárbaros maridos armados con el derecho de matarlas si manchaban su honor caballerezo; pero ahora las relaciones conyugales se han cimentado en la libertad i en la igualdad de los cónyuges en cuanto ha sido posible; i por lo tanto, si la educacion de la mujer, la relijion, la sancion social i el ejemplo de honorabilidad que le dé el marido, no bastan para que sea fiel, bien poco podrá esperarse del miedo a que el marido use de su derecho. El delito de adulterio, por su naturaleza i por la libertad de que en estos tiempos goza la mujer casada, escapa jeneralmente a la pesquisa del marido i de la lei, otro motivo para que el temor al marido no influya, de un modo digno de considerarse, en la moralidad de la mujer. Ella que para cometer un adulterio tiene que pasar sobre tan graves i elevadas consideraciones; que puede rodearse de precauciones para evitar una sorpresa infraganti; que bien sabe que la prudencia del hombre ha de preferir evitar un escándalo mas deshonroso para él que el mismo adulterio i que ha de pensar sériamente en las consecuencias fatales que pueden sobrevenirle si trata de sorprenderla, por la defensa del cómplice; e impulsada ademas por el interes o la pasion rara vez se detendrá por temor al marido; i por lo tanto la influencia de este derecho sobre las costumbres es tan leve que la lei prudente no debe establecer, considerando esta influencia, una escepcion á los principios fundamentales que garantizan la vida del hombre en sociedad.

127. Ahora ¿qué bien social o moral resulta de conservar ese resto de honor caballerezo de que habla el ilustre criminalista español? Si reconocemos que la idea mo-

derna tiende a disipar las preocupaciones que nos legaron las jeneraciones que fueron; si cada cual debe ser hijo de sus propias obras i responder solamente de sus acciones personales ¿para qué conservar la preocupacion de que una mujer adúltera mancha el honor del marido, i de que es necesario lavarlo con la sangre de los culpables? Adviértase que este derecho que la lei concede al marido lo estimula e induce hasta cierto punto a matar a los injuriantes; porque si, pudiendo hacerlo legalmente, se detiene por alguna de las mil consideraciones prudentes i sensatas de un órden superior, su honor sufrirá mas desdoro todavia. La lei al conceder el derecho, reconoce i sanciona que debe preferirse el recuerdo horroroso de una mujer sacrificada con mano vengativa por su peado; que debe preferirse tener que acariciar los hijos con las mismas manos que se tiñeron con la sangre de su madre i aun hacer mas pública su afrenta i la de los hijos, a dejar manchado ese honor caballerezco de que se habla, i que si estuviera realmente manchado no podria, por cierto, lavarse derramando la sangre de una mujer.

128. ¿I la lei moral apoya este derecho? ¿I la opinion pública aplaudirá la accion de un marido que mate a su mujer adúltera o sentirá repulsion por el temerario que se le presenta teñido con la sangre de una mujer que bien puede ser la madre de sus propios hijos? ¿I los principios modernos de la igualdad permitirán que el hombre pueda adular impunemente, i que la mujer a mas del castigo legal, sea entregada al brazo vengativo del marido? No somos moralistas; pero nuestra conciencia no aprueba este derecho: si lo ejercitáramos tendríamos remordimientos; i creyendo llevar en nuestra frente la marca indeleble del parricida, veriamos en cada semblante honrado la repulsion que, a pesar de la lei, inspiraria nuestra presencia. I en cuanto a la desigualdad establecida entre el hombre i la mujer puede esplicarse solo considerando que

os autores de las leyes son los mismos hombres que todavía miran a la mujer como si fuera solo su propio lecho.

#### IV.

129. En la discusión que hubo sobre este derecho en el Senado, se sostuvo también a nombre del sistema general del Código que, según uno de sus autores, «teniendo «por regla absoluta e imposible de variar que las atenuaciones solo bajen un grado de la pena, debería imponerse la de presidio perpétuo al marido que diese muerte a los adúlteros sorprendidos *infraganti* en caso que «esta circunstancia fuese considerada como atenuante; i «que siendo esta pena soberanamente injusta e inaceptable, no había otro recurso que considerar dicha circunstancia como una causa de exención de responsabilidad.» (1)

130. ¡Cómo! ¿Es regla absoluta e imposible de variar que las atenuaciones solo bajen un grado de la pena impuesta al delito? ¿I los artículos 72 i 73 no disponen precisamente lo contrario? Su simple lectura manifiesta, en efecto, que no había ninguna inconveniencia ni variación en el sistema del Código con haber considerado la circunstancia de que tratamos como una atenuación que hubiese bajado uno, dos, tres o más grados de la pena impuesta al delito. I por el contrario, si el Código hubiese en realidad establecido como regla absoluta e invariable que las atenuaciones solo bajen un grado de la pena, se habrían igualado en sus efectos ciertas atenuaciones muy calificadas, como las que han motivado las disposiciones de los artículos 71, 72 i 73, con las comunes; i entonces si que el sistema habría sido soberanamente injusto.

(1) Sesión 19 extraordinaria de la Cámara de Senadores en 19 de Noviembre de 1873—páj 109 i siguientes.

V.

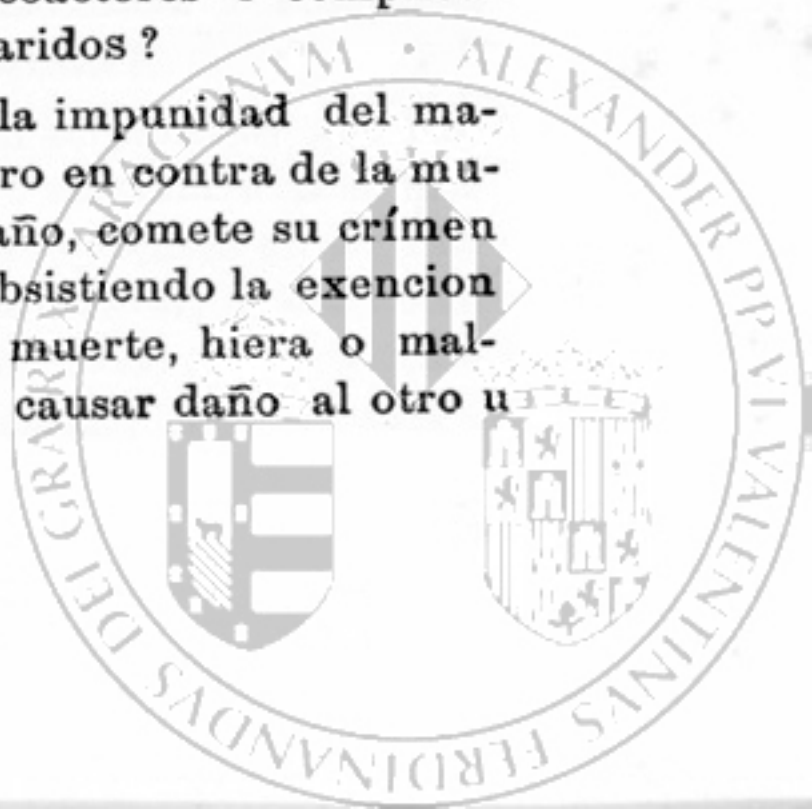
131. En una palabra, este anticuado derecho parece mas bien un recuerdo histórico de la edad bárbara que una lei prudente de nuestros tiempos; derecho condenado ademas por los principales códigos i criminalistas del universo: « El hábito de facultar a una persona, ha dicho el mismo señor Pacheco que desgraciadamente es partidario del derecho, para que haga lo que quiera del ofensor, es repugnante a nuestra idea moderna de la penalidad; es un hábito que descende directamente del elemento bárbaro salido de los bosques de la Jermania i de la Escitia con Alarico i sus secuaces. » (1) ¿ I qué otra cosa es el derecho sino una facultad dada al marido para que haga, bajo ciertas condiciones, lo que quiera con los adúlteros ?

VI.

132. Conservada la antiquísima facultad de que han venido gozando los maridos para lavar su honor mancillado por el adulterio de la mujer: ¿ El Código ha salvado siquiera los graves inconvenientes que la experiencia de los siglos i la crítica de los criminalistas han hecho notar en el ejercicio de esta facultad ? ¿ I la comision redactora pensó siquiera en que, reconocido el derecho de los maridos para castigar a los adúlteros, era necesario determinar si son o nó responsables los coactores i cómplices que ayudan en su obra a dichos maridos ?

133. La lei no ha podido evitar la impunidad del marido que, confabulado con un tercero en contra de la mujer o con ésta en contra de un extraño, comete su crimen abusando de su derecho; porque subsistiendo la exencion de responsabilidad, aunque solo dé muerte, hiera o maltrate a uno de los adúlteros sin causar daño al otro u

(1) Introduccion al tomo 1.º páj. 23.



ocasionándole uno menor, es mui difícil hacer constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen. Probado el delito infraganti debe presumirse que el marido tuvo intencion de castigar a los dos culpables; i el hecho de haber castigado a uno solo tiene una esplicacion jeneralmente satisfactoria por el estado de exaltacion en que se le supone i por la misma dificultad de perseguir a los dos culpables. Reconocemos que evitar estos inconvenientes era difícil, por no decir imposible; pero esta dificultad debió hacer reflexionar ántes de apartarse en esta materia del código que servia de base para la redaccion del nuestro.

134. Los jurisconsultos romanos sostenian que era lícito a los estraños ayudar al padre a matar a su hija sorprendida en flagrante delito de adulterio; i se fundaban en que cuanto puede hacerse personalmente es lícito hacerlo por medio de otro; i en cierta lei que autorizaba al hijo para ayudar al padre. I en nuestro Código que califica de delito solamente las acciones u omisiones penadas, i siendo un principio que no hai co-delincuencia sin delito, ni complicidad ni eucubrimiento sin un autor principal, puede sostenerse, con mas fundamentos que los antiguos, que si es lícito al marido matar a los adúlteros, tambien es un acto perfectamente lícito auxiliarlo en el ejercicio de su derecho. I la necesidad de resolver esta cuestion espresamente es para nosotros mas ostensible i lo habria sido tambien para la comision, si en ello hubiese pensado, considerando que el artículo 489 tuvo que resolver un caso enteramente análogo. Es cierto que el Código Español i el nuestro tienen un espíritu contrario a la exencion de responsabilidad de los coactores i cómplices del marido; i que nosotros que impugnamos el derecho, entre otros muchos motivos, por el escándalo i mal ejemplo que de ejercitarlo resulta a la sociedad, no aceptaremos que la exencion se estienda a los participantes

extraños, pues esto seria, como decian los romanos, *cru-  
delis atque nefandi exempli*; pero el espíritu de un código  
no es regla segura de interpretacion, ni nosotros tenemos  
la pretension de imponer nuestras opiniones. Sin embar-  
go, en honor a la verdad i a la moral pública, vamos a  
empeñarnos en manifestar que si la comision hubiera te-  
nido presente la cuestion de que tratamos, la habria re-  
suelto en el mismo sentido que la análoga del artículo  
489; i por lo tanto que la exencion de responsabilidad del  
número 11 no se estiende a otros participantes extra-  
ños.

135. Ya sabemos que al marido se le exime de respon-  
sabilidad por causas puramente personales que solo pueden  
obrar en él i no en los otros que lo auxiliien. Por consi-  
guiente, la exencion solo puede rejir con el marido que,  
a pesar de cometer una accion punible siempre ante la mo-  
ral i reconocida como delito por la lei civil, se le exime de  
la pena por causas que solamente pueden hacerse valer a  
su favor. Ahora, el principio de que no hai co-delincuen-  
cia sin un delito, ni cómplices sin un autor principal no  
sufre ningun quebranto por el hecho de castigarse a los  
que ayuden al marido; porque el delito existe ante la mo-  
ral i ante la lei civil que impone una pena para todas estas  
acciones que solo por escepcion permite cometer impune-  
mente al marido en contra de los adúlteros. Por otra par-  
te, si por el artículo 64 « las circunstancias atenuantes o  
« agravantes que consisten en la disposicion moral del de-  
« lincuente o en sus relaciones particulares con el ofendido  
« o en otra causa personal, atenúan o agravan solamente  
« la responsabilidad de aquellos autores, cómplices o encu-  
« bridores en quienes concurren » con mayor razon las  
exenciones personales solo pueden rejir con las personas  
mencionadas espresamente por la lei. De otro modo resul-  
taria que los participantes en la muerte o lesiones de los  
adúlteros verificadas con todos los requisitos del inciso 2.º

quedarían exentos de toda responsabilidad; mientras que faltando, por ejemplo, la buena conducta del marido no participarían de la atenuación que éste tendría por los números 1.º i 4.º del artículo 11.º Estos motivos son los que nos hacen creer que, a falta de una resolución expresa, los tribunales no podrán exentar de responsabilidad, como no pueden atenuar las penas, a los coactores i cómplices del marido.

ARTÍCULO 10 (continuación)

12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 8.º (continuación)

13. El que incurriere en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.

I.

136. Los números anteriores del artículo 10.º tratan con especialidad de las causas que la lei nos permite alegar para destruir la presunción de que las acciones que violan las leyes penales son voluntarias; pero existiendo la misma presunción en los delitos de omisión, se ha creído conveniente manifestar las causas que también la destruyen. De las omisiones prohibidas por la lei podemos decir lo mismo que de las acciones; faltando la libertad, la inteligencia o la intención no hai delito. Las causas legítimas de que habla la lei son la demencia, la locura i demás a que se refiere el inciso 1.º del número 1.º; la edad i, en jeneral, todas las que exentan de responsabilidad en los delitos de acción en cuanto puedan ser aplicables a los de omisión; i además otras determinadas espresamente por el Código, como las del artículo 226, i por leyes especiales.

137. Las causas insuperables son las enfermedades, los casos fortuitos, la fuerza irresistible i el miedo insuperable con las mismas condiciones que se requieren para eximir de pena en los delitos de accion, causas que se hallan comprendidas entre las lejítimas jeneralmente.

ARTÍCULO 10 (continuacion)

13. El que cometiese un cuasi-delito, salvo en los casos espresamente penados por la lei.

I.

138. Parece que la comision revisora no tuvo presente, al agregar esta causa de exencion de responsabilidad, que el art. 1.º solo califica de delito a las acciones u omisiones penadas por la lei i, en consecuencia, que son perfectamente lícitas todas las acciones u omisiones culpables o intencionales que no tengan penas determinadas; ni tampoco que, tratándose en este art. 10.º de las causas que eximen de responsabilidad a pesar de cometerse una accion u omision penada, era redundante e impropio decirnos que está exento de penas el que comete un hecho culpable que la lei no castiga. Por otra parte el número dispone lo mismo que el art. 4.º

§ 3.º

**De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal.**

ARTÍCULO 11.

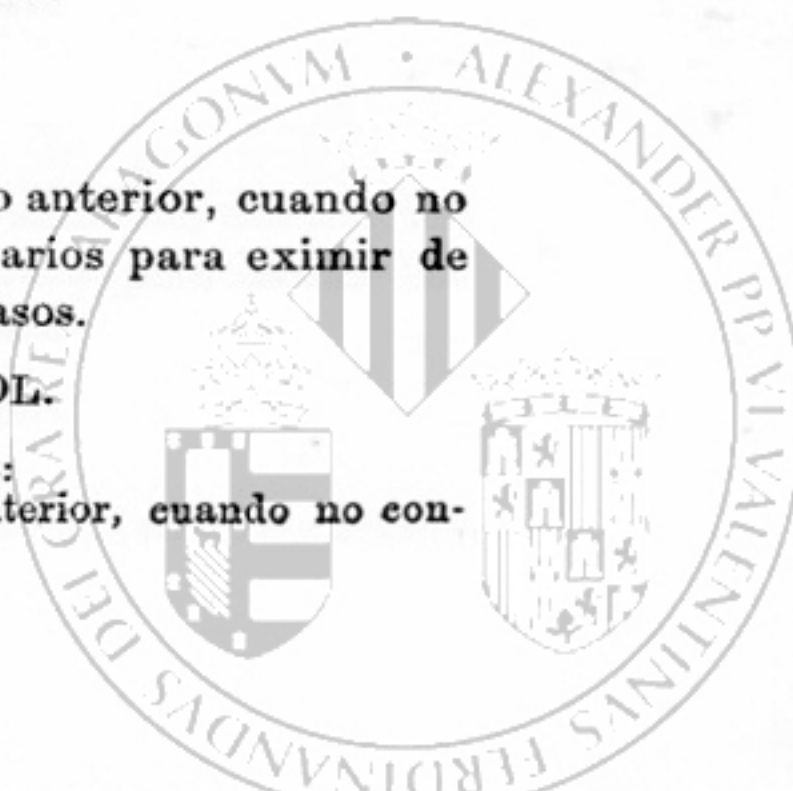
Son circunstancias atenuantes:

1.º Las espresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 9.º Son circunstancias atencantes:

1.º Las espresadas en el capítulo anterior, cuando no con-





curren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

I.

139. Comparando entre sí los trece números que componen el art. 10.º notamos que la causa de exención del segundo es un hecho simple que admite una prueba material sobre su existencia o no existencia; que la parte del número 1.º relativa a los locos i dementes i los números 3.º 9.º, 10.º, 12.º i 13.º no admiten una division en dos o mas elementos materiales, pero que la mente concibe en ellos la posibilidad de que existan circunstancias que, no alcanzando a ser la causa íntegra i constituyente de la exención, puedan influir en la mayor o menor responsabilidad del agente; i, en fin, que la parte 2.ª del número 1.º i los números 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º i 11.º se pueden descomponer en un requisito o causa principal i en otros secundarios que la lei exige para que tenga lugar la exención. Ahora bien: ¿el número 1.º del artículo 11.º se refiere a todos o solamente a algunos de los números del artículo de que habla?

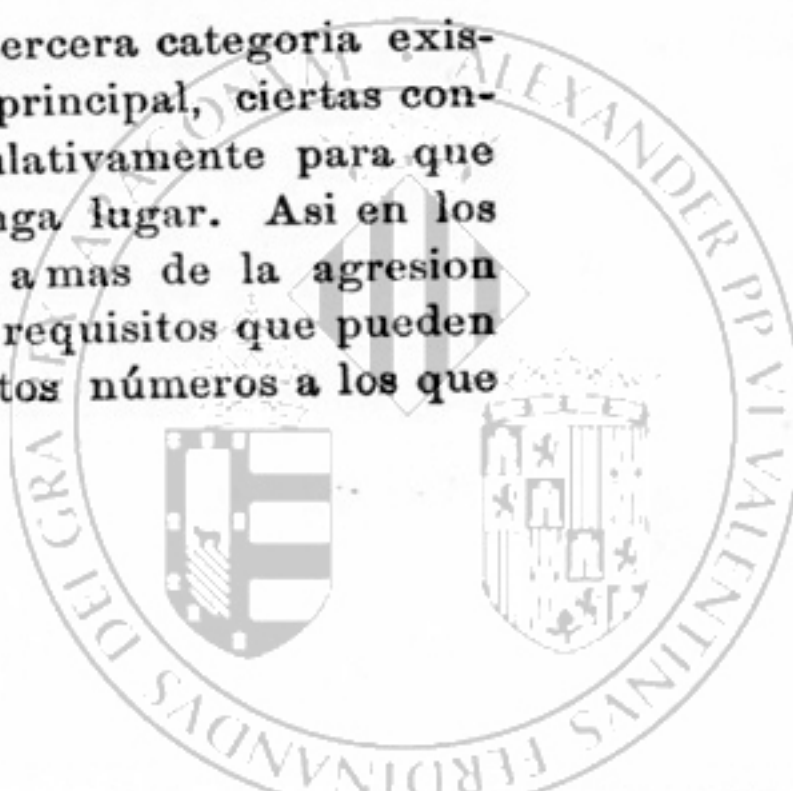
140. Desde luego podemos aseverar que no pudo referirse a los números 2.º i 3.º; porque si el delincuente que alega la edad para escusarse prueba que es menor de diez años queda exento de la pena; si es mayor de diez i menor de dieziseis o queda tambien exento por el número 3.º o se le atenúa la pena especialmente por el número 2.º de este artículo; si aparece mayor de dieziseis i menor de dieziocho tiene atenuacion por el número indicado; i, finalmente, si es mayor de dieziocho años se le castiga sin ninguna atenuacion. Respecto a la edad no hai, pues, ningun caso en que pueda aplicarse el número de que tratamos.

141. Es cierto que en los números de la segunda categoría descubrimos la posibilidad de que existan grados

que se aproximen mas o menos a la causa de la exencion circunstancias que deben influir en la disminucion de las penas impuestas al delito en su tipo comun. Asi un delincente sin estar completamente loco ni demente puede hallarse en cierto estado de desarreglo intelectual que se aproxime al de locura o demencia; otro puede obrar por un miedo o una fuerza que, sin ser insuperable o irresistible, influya en la comision del acto; i un tercero puede tener algun impedimento que, sin ser del todo insuperable o lejítimo, coacte en parte su libertad; pero en ninguno de estos casos concurre la causa íntegra por la cual la lei concede el privilegio de la exencion que se presupone existir cuando el Código habla de requisitos. Estas circunstancias deben bajar las penas, i en este punto estamos de acuerdo con el señor Pacheco (1); pero considerando que ellas, por su naturaleza vaga e indefinida, no admiten una atenuacion determinada i que solo los tribunales pueden apreciar debidamente la influencia que puedan tener en cada caso, segun el grado mas o menos próximo a la causa de la exencion, creemos que deben clasificarse entre las circunstancias que dominan en todas las disposiciones de un código penal sin necesidad de espresarlas i que podemos llamar atenuantes judiciales, por ser las que los tribunales consideran para imponer las penas dentro del grado o grados que la lei deja a su arbitrio.

142. Pero en los números de la tercera categoria existen, a mas de la causa o requisito principal, ciertas condiciones que deben concurrir copulativamente para que la exencion de responsabilidad tenga lugar. Asi en los números 4.º, 5.º i 6.º encontramos, a mas de la agresion que es su motivo principal, varios requisitos que pueden faltar existiendo aquella: es a estos números a los que

(1) Obra citada, páj. 188, tomo 1.º



se refiere exclusivamente el número 1.º del art. 11.º, como la comision tuvo cuidado de decirlo en el acta de la sesion 7.ª, página 12, temiendo sin duda que la respetable opinion contraria del señor Pacheco, indujera a errores de trascendentales consecuencias. (1)

143. Por medio de ejemplos podemos manifestar el rol que desempeñan las circunstancias atenuantes de los números de la segunda i de la tercera clase cuando no son causas que eximan de responsabilidad, a fin de conocer las consecuencias que resultan de escluir de la disposicion del núm. 1.º a las de la segunda clase i las diferencias importantísimas que hai entre las unas i las otras. Supongamos que en un parricidio se alegue como circunstancia atenuante la de haber sido el reo compelido por una amenaza calificada como bastante para producir miedo grave, mas no insuperable. Si esta circunstancia se considera comprendida en el núm. 1.º podrá bajarse la pena, en conformidad al art. 73, en uno, dos o tres grados e imponerse de cinco años i un dia a diez años de presidio mayor; miéntras que segun lo establecido anteriormente no produce ningun efecto legal, por ser la pena indivisible. Pero supongamos ahora que se trate de un parricidio cometido por un hombre mayor de dieziseis años i menor de dieziocho i que se pruebe ademas que ha sido impulsado por un miedo semejante al del ejemplo anterior. En este caso, por el núm. 2.º del art. 11.º i por el inciso 2.º del art. 72, se puede bajar la pena asignada al delito en uno, dos o tres grados por la primera circunstancia, i por la segunda debe elejirse un grado mas favorable al reo i una pena mas suave dentro del grado que se elija. Se ve, pues, que si en las penas indivisibles las circunstancias que hemos denominado atenuaciones judiciales no producen por sí solas ningun efecto, en la mayor parte de las penas los

(1) Obra citada, tomo 1.º, páj. 188.

producen i bien importantes, aunque siempre de un modo secundario a las atenuaciones legales.

## II.

144. Si la parte segunda del número 1.º del art. 10.º comprende a la ebriedad completa e involuntaria, segun hemos demostrado, lójicamente debemos considerar tambien comprendida en el núm. 1.º del art. 11.º a la ebriedad, cuando no concurren todos los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad a las acciones ú omisiones cometidas en ese estado. Para esto, en efecto, son necesarios dos requisitos: que la ebriedad sea completa i ademas involuntaria. Por lo tanto, faltando la segunda circunstancia que puede considerarse como secundaria relativamente a la primera que es la causa esencial, debe haber atenuacion, segun la letra clara i terminante del número que comentamos. Es cierto que la comision redactora acordó no consignar en nuestro Código el número 6.º del art. 9.º del Código Español que atenúa la pena de los delitos cometidos en estado de embriaguez cuando no es habitual ni posterior al proyecto de cometerlos i que este acuerdo se hizo por conservar lo dispuesto por la lei patria del 20 de Octubre de 1861 que se dictó para evitar las funestas consecuencias que, segun la opinion de sus autores, se notaban con las disposiciones de las leyes españolas; pero ninguno de estos motivos puede prevalecer sobre la letra clara de la lei que eximiendo de toda responsabilidad a los actos ejecutados durante una embriaguez completa e involuntaria, atenúa la pena cuando no concurren todos estos requisitos. Parece que si la comision hubiese comprendido todo el alcance del número 1.º del art. 11.º tomado literalmente del Código Español, i hubiera tenido presente las agregaciones que habia hecho al artículo concordante de aquel Código para formar el art. 10.º del nuestro, habria tratado de armonizar la letra

de la lei con su pensamiento, si éste hubiese sido no atenuar en ningun caso la pena de los ébrios que cometen delitos; mas, desde que asi no lo hizo, nuestra interpretacion está conforme con la letra de la lei i con la justicia que deben prevalecer sobre opiniones que no son bien determinadas i de una comision que no era legislativa. En cuanto a la justicia de atenuar la pena da los delitos cometidos en un estado de ebriedad completa, nos referimos a lo espuesto sobre la embriaguez considerada como causa de exencion de responsabilidad. (1)

ARTÍCULO 11 (continuacion).

2. La de ser el culpable menor de diez i ocho años.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 9.º (continuacion.)

2. La de ser el culpable menor de diez i ocho años.

I.

145. En nuestros estudios de los números 2.º i 3.º del artículo 10.º dijimos que hai un período de la vida humana en que se carece completamente de la razon bastante para que haya delincuencia; que en el siguiente la razon no alcanza todavía a discernir i que en el tercero existe el discernimiento, mas no tan completo como en el resto de la vida. Dijimos tambien que en nuestro Código están exentas de responsabilidad las personas comprendidas en el primer período; que las del segundo quedan exentas de toda pena cuando no se les prueba que tienen discernimiento i en caso contrario que tienen atenuacion por este número; i, por fin, que las comprendidas en el tercero tienen solamente atenuacion como las mayores de diez años con discernimiento. Ahora debemos agregar

(1) Carrara, páj. 310 i siguientes.

que, comprendiendo este número a todos los delincuentes que son mayores de diez años i menores de diez i ocho, la atenuacion debe ser mayor o menor segun la edad i el grado de malicia que se descubra en el delincuente. Por esto es que el artículo 72<sup>o</sup> ha hecho que esta atenuacion sea excepcional mandando que, por lo ménos, cuando el delincuente es mayor de diez años i menor de diez i seis, se le baje la pena en dos grados; i que, siendo mayor de diez i seis años i menor de diez i ocho, se le aplique una pena que, por lo ménos, sea inferior en un grado al mínimo de las designadas por la lei para el delito.

ARTÍCULO 11 (continuacion.)

3.º La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocacion o amenaza proporcionada al delito.

4.º La de haberse ejecutado el hecho en vindicacion próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuje, a sus parientes lejítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta i en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilejítimos reconocidos.

5.º La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató i obcecacion.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 9.º (continuacion.)

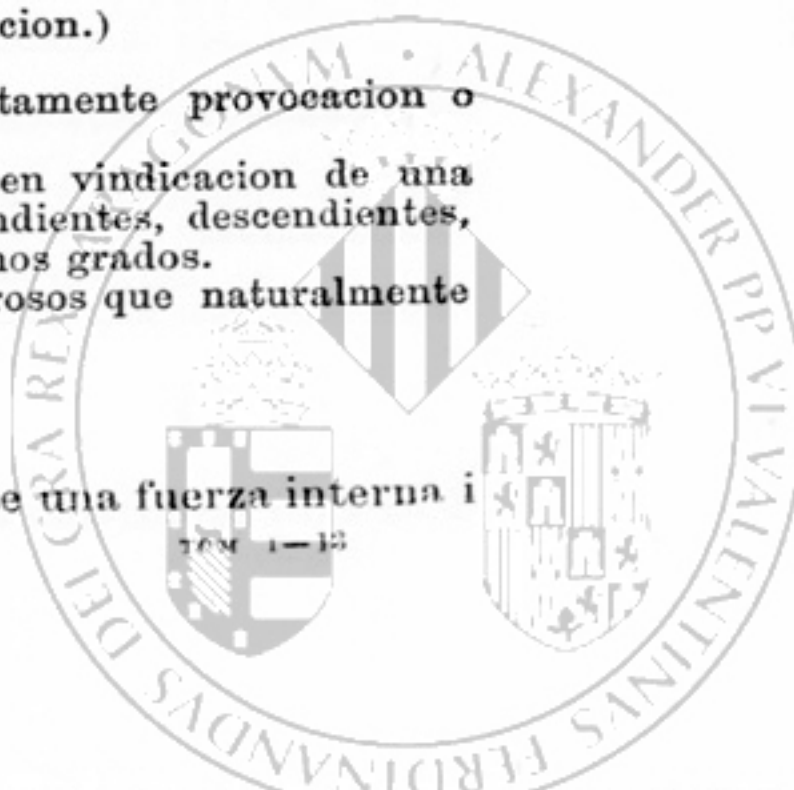
4.º La de haber precedido inmediatamente provocacion o amenaza de parte del ofendido.

5.º La de haber ejecutado el hecho en vindicacion de una ofensa grave causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuje, hermanos, o afines en los mismos grados.

7.º La de obrar por motivos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató i obcecacion.

I.

146. La naturaleza humana siente una fuerza interna i



poderosa que la impulsa a castigar *incontinenti* toda ofensa. En los estados salvajes esta fuerza obra sin restricción, de donde proviene el predominio del mas fuerte; pero en los pueblos civilizados la lei ha privado al hombre de la facultad de hacerse justicia por sí mismo, i, revestida del poder colectivo, tiene la mision de proteger las personas i los derechos. Sin embargo, no siendo posible extinguir las pasiones naturales que impulsan a vengar las provocaciones, ofensas o amenazas injuriosas, la lei ha tenido que guardarles [ciertas consideraciones. La conciencia pública, de donde la lei saca su fuerza i eficacia, no toleraria que se castigase con igual pena al que mata o hiere por robar i a otro que comete estos delitos en contra del imprudente que ha movido las pasiones de que hablamos. De aquí nace la justicia de las atenuaciones de los números 3.º, 4.º i 5.º

147. El número 3.º exige tres requisitos para que tenga lugar la atenuacion: 1.º una provocacion o amenaza de parte del ofendido; 2.º que éstas sean proporcionadas al delito; i 3.º que el delito siga inmediatamente a la provocacion o amenaza.

148. Provocar es incitar a cometer un hecho; mover las pasiones de la humanidad, la cólera, la soberbia i aun ciertas preocupaciones creadas por la misma sociedad; i en una palabra, es irritar las inclinaciones naturales de que hemos hablado hasta el punto que el provocado no pueda obedecer a la lei, que le prohíbe hacerse justicia por sí mismo, sin un esfuerzo mas o ménos poderoso de su voluntad. La amenaza produce los mismos efectos que la provocacion.

149. Mas como un hecho considerado en sí mismo puede constituir una provocacion o una agresion, es indispensable distinguirlas perfectamente; pues que la primera solo atenúa la pena del que por ella comete un delito, miéntras que las agresiones eximen de toda responsabili-

dad, cumpliéndose con los requisitos legales o atenúan de un modo especialísimo por el artículo 73, cuando falta alguno de estos requisitos. Ortolan nos indica dos signos para distinguir si la causa de una acción punible ha sido la simple provocación o la agresión que autoriza la defensa. « El que obra, nos dice en resumen, por provocación solo castiga un mal ya verificado, mientras que otro que ocasiona un daño defendiéndose de una agresión, procura evitarse un mal: el primero obra por pasión, sentimiento i deseos de vengarse, i el otro por espíritu de justicia desnudo de toda pasión vindicativa.» (1) Así un hombre que, después de haber recibido una bofetada i cuando el ofensor no pretende continuar dañándolo, persigue i hiere o mata al provocante no habrá usado de su derecho de defensa que solo existe mientras dura la agresión, sino que habrá castigado por venganza la injuria recibida; pero si este mismo hombre, durante un ataque a bofetadas, hiere a su agresor habrá usado de su derecho de defensa movido del espíritu de evitarse un daño. Estas aplicaciones i ejemplos son bastantes para la distinción de que tratamos; i en los casos excepcionales i raros en que no haya un signo material, los tribunales atenderán al espíritu que ha impulsado a la comisión del hecho.

150. La ley ha interpretado fielmente el modo de obrar de los hombres civilizados imponiendo los otros requisitos de la atenuación del número 3.º; porque si hai tiempo para que la razón recupere su imperio después de una provocación o amenaza que haya exaltado las pasiones, no hai motivo para atenuar la pena del que, en vez de perdonar o de ocurrir a la justicia, usurpa las funciones de la ley; i porque, además, es natural que las pasiones obren solo proporcionalmente a las causas que las mueven, produciendo efectos mayores o menores según la gravedad o nimiedad del motivo. Si en lugar de haberse impuesto la condición

(1) Elem. de droit penal, núms. 466 i siguientes.



de que la provocacion o amenaza sea proporcionada al delito, se hubiese exigido que estas fuesen graves, como se propuso (1), no se habria atenuado la pena de los que cometen faltas o delitos leves, heridas leves por ejemplo, a causa de injurias de palabras o de hechos livianos, lo que no habria sido lójico ni justo.

151. ¿ La atenuacion de este número rije, como la análoga del artículo 321 del Código Francés, con los que cometen delitos por provocaciones o amenazas causadas a sus parientes ? Esta cuestion seria dudosa si no existieran las atenuaciones de los números 4.º i 5.º; pero en vista de ellas consideramos que el número no se refiere sino a los delitos cometidos por el mismo provocado o amenazado. Los efectos de una provocacion o amenaza causadas a los parientes son ménos graves que las ocasionadas al mismo delincuente i por lo tanto es lójico que, para atenuar la pena de un delito cometido en vindicacion de aquellos, se exija algo mas que para atenuar en el primer caso. Pues bien, tomando en conjunto los números 3.º, 4.º i 5.º resulta que el único caso en que no se atenúa la pena de un delito en vindicacion de una provocacion o amenaza ocasionadas a los suyos, es cuando éstas son leves; i como en este caso no hai motivo para que se exciten nuestras pasiones i no seria prudente que por causas livianas pudiéramos mezclarnos en las rencillas de los parientes con la seguridad de que la lei atenuaba las penas de los delitos que por ellos cometiéramos, es justo i prudente que la lei no atenúe en este caso.

## II.

152. Hai provocaciones o amenazas que no dan ocasion a una venganza inmediata i al gunos hechos que, sin ser provocaciones ni amenazas, producen sus efectos en el co-

(1) Sesion 8.ª en 17 de Mayo de 1870, paj. 13.

razon humano: tales son las ofensas que se ocasionan en ausencia del ofendido o en la persona de algun pariente con quien nos liga el afecto o cierta mancomunidad de honor que la sociedad tiene establecida con razon o sin ella. De aquí proviene la atenuacion lójica del número 4.º; pero fundándose estas atenuaciones en la exaltacion que en nuestro ánimo producen las ofensas personales o a nuestros parientes, i no siendo natural que teniendo el hombre tiempo para reflexionar persista en vengar una ofensa leve, la lei ha sido prudente imponiéndole que, cuando no proceda inmediatamente despues de haberla recibido, aquella sea grave para que se atenúe la pena.

### III.

153. Hai, por fin, causas que arrebatan su imperio a la razon o que obstinan a la voluntad en la comision de un hecho. Cuando estas causas son provocaciones, amenazas, injurias graves u otras que produzcan efectos análogos, si el delincuente no ha obrado en conformidad a los números anteriores, la lei le exige para atenuar la pena que la causa inductiva haya sido mas grave, poderosa. En estos números es notable su armónica progresion: si el delito se comete inmediatamente despues del motivo que lo ocasiona cuando todavia el delincuente no ha tenido tiempo de reffexionar, solo se le exige que mida sus actos por los del injuriante; si no obra inmediata sino próximamente a la ofensa causada a él o a sus parientes, por haber tenido algun tiempo para domar sus malas pasiones, se le impone una condicion mas severa, que haya obrado por una ofensa grave; i, por fin, si el delito no se comete inmediata ni próximamente a la provocacion, amenaza o injuria o cuando la causa no es de esta naturaleza, se le exige que el estímulo sea tan poderoso que naturalmente produzca arrebatu u obcecacion. Por lo demas el número 5.º comprende todos los casos en que el ajente no ha

podido obrar inmediata ni próximamente a la ofensa, al marido, por ejemplo, que mata a su mujer convencido de de su infidelidad. Comprende tambien a muchos otros delincuentes que tienen causas que producen efectos análogos a los de una ofensa como, por ejemplo, el hombre que mata al miserable que, abusando de su confianza íntima, le roba i sumerje en la miseria.

ARTÍCULO 11—(continuacion).

6.º Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

7.º Si ha procurado con celo reparar el mal causado, o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

8.º Si pudiendo eludir la accion de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado i confesado el delito.

9.º Si del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesion.

CODIGO AUSTRIACO.

Art. 39. Las circunstancias reletivas a la persona, son:

2.ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

7.ª Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

8.ª Si pudiendo sustraerse por medio de la fuga, u ocultarse, se ha denunciado i confesado el delito.

CODIGO ESPAÑOL DE 1822.

Art. 107. Se tendrán por circunstancias que disminuyen el grado del delito..... las siguientes:

6.ª El presentarse voluntariamente a las autoridades despues de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas.

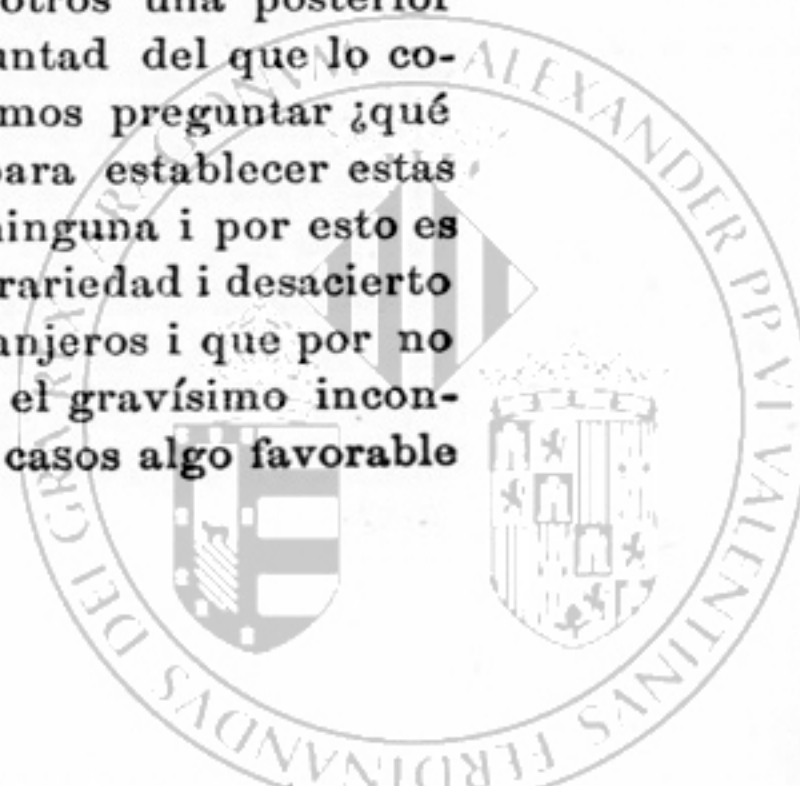
I.

154. El código al imponer sus penas jenerales no ha podido ni debido considerar mas que el tipo medio i comun de los delitos; pero en la comision de ellos suelen con-

currir circunstancias que modifican la voluntad que los produce i de aquí la necesidad de establecer causas de exenciones de responsabilidad, de atenuaciones y agravaciones de las penas, segun el estado de la voluntad en el acto mismo de la comision. Si estudiamos estas causas atentamente en el Código Español, cuyo espíritu es el alma del nuestro, notaremos que en las primeras falta siempre alguno de los elementos de la voluntad; que en las segundas existen los tres elementos que las componen, pero alguno de ellos menoscabado en su integridad; i que en las terceras hai una exuberancia de voluntad para producir el mal que nos la revela la conciencia i que la razon conoce por el peligro, por la alarma i por el desórden social mayor que se produce. En todos estos casos excepcionales existe, pues, un mismo fundamento: las modificaciones notables de la voluntad en el momento en que un delito se comete. El lejislador no ha procedido abandonado del todo a su capricho, sino que ha sido dirigido por un principio justo i uniforme en la formacion de sus listas.

155. Pero en los incisos 6.º, 7.º, 8.º i 9.º del art. 11.º que la comision tomó del Código Austriaco i del Español de 1822 (1), no encontramos que ninguno de los tres elementos constituyentes de la voluntad pueda considerarse menoscabado, i, por lo tanto, en ellos no existe el fundamento de las atenuaciones. En el 6.º hai una causa anterior a la comision del delito i en los otros una posterior que no han podido influir en la voluntad del que lo comete. I como esto es ostensible podemos preguntar ¿qué norma tuvo la comision redactora para establecer estas atenuaciones? En nuestro concepto ninguna i por esto es que pudo agregar con la misma arbitrariedad i desacierto muchas otras que traen códigos extranjeros i que por no estar basadas en un principio tienen el gravísimo inconveniente de significar solo en ciertos casos algo favorable

(1) Sesion del 14 de Mayo de 1870, páj. 14.



al delincuente i ser en los demas o indiferentes o desfavorables. Circunstancias de esta naturaleza deben ser atenuaciones judiciales, pues solamente los jueces pueden apreciar sus diversos efectos en cada caso.—En el exámen particular que debemos hacer de cada una resaltará mas la lójica de nuestraas observaciones.

I.

156. La conducta irreprochable de un hombre hasta el momento en que comete un delito, no puede decirse que es un motivo que haya modificado su voluntad de un modo favorable en el acto de la comision. Para que se pudiera considerar la conducta anterior de un delincuente seria preciso suponer que la lei ha impuesto sus penas jenerales considerando la conducta media o regular, i solo en esta hipótesis seria lójico que se atenuara por la conducta irreprochable i que se agravara por la viciosa; pero, como la lei no ha podido considerar cosas que no son de su esfera sin invadir el campo de la justicia puramente moral, la atenuacion por la conducta irreprochable i la agravacion por la viciosa no tienen razon de ser. «La justicia social, dice Rossi, no puede apreciar mas que los actos especiales que caen bajo el imperio de las leyes. « A ella no le pertenece considerar el mérito o demérito absolutos; ella no tiene derecho de castigar sino el mal imputable, proporcionando la pena a la gravedad del daño i al grado de culpabilidad que se revela por el acto mismo; ella no puede pedir cuenta a un hombre de su vida entera, sino de sus violaciones a los derechos de otro garantidos por una sancion penal (1).

157. Ahora ¿podrá dudarse que es cien veces menos inmoral i peligroso para la sociedad un hombre que mata al insolente que le provoca o amenaza o en viudicacion

(1) Obra citada, cap. 11, paj. 234.

próxima de una ofensa grave o por estímulos tan poderosos que en todos producen arrebatos u obcecación, que otro de una conducta anterior irreprochable i que se estrena cometiendo un homicidio por robar? ¿I podrá dudarse siquiera que un criminal que mata en estado de ebriedad o por celos, cólera, extrema miseria, amistad, gratitud, lijereza o arrebatos de otra pasión, sea menos inmoral, menos temible que el de conducta irreprochable ántes de cometer un homicidio por robar? Sin embargo, la lei iguala las penas de los dos del primer ejemplo i, con una admirable inconsecuencia, atenúa la pena del ladron homicida por haber tenido una conducta irreprochable i no la de los otros que obran por motivos menos inmorales i peligrosos i tan semejantes a los que producen las atenuaciones de los números que anteceden. Esto manifiesta que la conducta irreprochable debe ser una de tantas circunstancias que los jueces consideran para atenuar mas o menos las penas dentro de sus facultades i no una causa atenuante de efectos fijos i determinados por la lei. Si ayer se elevó la conducta irreprochable a la categoría de atenuacion legal, mañana, con igual razon i lójica, podrán colocarse en la misma categoría a muchas otras circunstancias que valen tanto o mas que ella, viciándose por su base nuestro sistema que en vez de penas inflexibles ha establecido grados de penalidad, dentro de las cuales los jueces no podrian saber como elegir las penas si la lei continuase atribuyendo los efectos determinados de las atenuaciones precisamente a las circunstancias que ellos consideran para fijarlas en cada caso particular. ¿Qué haria un tribunal que, pudiendo imponer de cinco años i un dia a diez años de presidio mayor, tuviese que considerar como atenuantes todas las circunstancias que, como la conducta irreprochable, son las que le sirven para determinar la pena? En nuestro sistema, pues, no deben considerarse como atenuaciones o agra-

vaciones legales sino ciertas circunstancias remarcables, basadas en un principio uniforme i de un significado siempre el mismo; así como en el sistema contrario la lei debe tomar en cuenta cuantas circunstancias puedan atenuar o agravar las penas.

### III.

158. Tampoco podemos reconocer como circunstancia atenuante lójica i conveniente la del número 7.º que es posterior al delito consumado. Es cierto que esta circunstancia manifiesta cierta sensibilidad que bien puede ser arrepentimiento, i que hace digno al delincuente de alguna consideracion especial; mas esta consideracion no merece igualarse con la que se debe a un hombre que delinque por una provocacion inmediata i propórcionada al delito de parte del ofendido, ni puede ser mas importante que la que la lei guarda al provocado o amenazado que comete un delito sin los requisitos del número 3.º o a los que obran por alguno de los motivos de que hemos hablado en el número 2.º del párrafo 2.º los cuales no producen los efectos de las atenuaciones legales. Por otra parte, el hecho de procurarse reparar con celo el mal causado e impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias puede ser efecto de circunstancias que nada signifiquen en favor del criminal. Así un hombre que esperando a otro en la soledad de un camino para matarlo a traicion i sobre seguro ofende equivocadamente a su hermano o a su amigo i otro, ladrón de oficio, que para consumar un robo maltrata a una mujer no manifiestan nada que haga presumir arrepentimiento aunque procuren evitar las ulteriores i perniciosas consecuencias de sus hechos criminales. Por el contrario, del primero debe temerse que en nueva oportunidad mate a la víctima elejida; i del segundo que continúe robando i aun asesinando, si esto fuera necesario para el ejercicio fructuoso de su ofi-

cio. Motivos son estos que manifiestan que la causa del número 7.º, por su menor importancia relativa a las del Código Español que tienen un fundamento grave i uniforme i por su carácter indeterminado, debe ser considerada solamente entre las estenuaciones judiciales.

#### IV.

159. Las mismas observaciones son aplicables a las causas de los números 8.º i 9.º Ellas son, en efecto, de una importancia secundaria relativamente a las atenuaciones del Código Español de 1850; i ademas si ellas pueden ser indicios de un tardío arrepentimiento tambien pueden significar que el delito se ha cometido con tanta premeditacion i empecinamiento de la voluntad que manifiesten solo un desprecio por el castigo. El amor a la vida i a la libertad son tan poderosos que no es natural ni presumible que el arrepentimiento o el deseo de espiacion induzcan a entregarse a la justicia o a confesar un delito, buscando un castigo humano que no puede tranquilizar a la conciencia. Por lo tanto, si estas circunstancias no son signos precisos de una perversidad menor de la que la lei considera en las penas comunes, no deben ser atenuaciones legales de efectos determinados i fijos, sino atenuaciones judiciales.

160. Es cierto que el lejislador ha podido creer útiles estas atenuaciones para descubrir los delitos; pero, en nuestro concepto, ningun delincuente avisado aceptará la fina benevolencia con que la lei le abre las puertas de sus prisiones i de sus condenas por el atractivo pueril de una atenuacion que, por no ser mui calificada, no produce ningun efecto precisamente en los crímenes cuyo descubrimiento interesa mas a la sociedad. Miradas estas atenuaciones bajo el aspecto de su utilidad nos parecen telarañas indignas de un código que debe reposar sus disposiciones en las leyes de la moral.

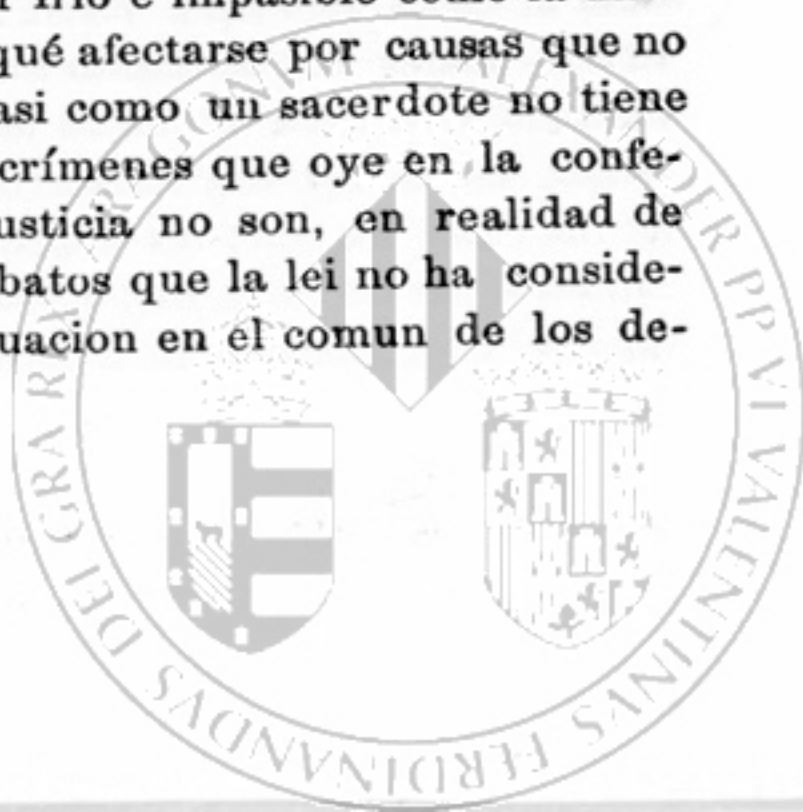


ARTÍCULO 11 (continuacion.)

10.º Haber obrado por celo de la justicia.

I.

161. Antes de nuestro código la jurisprudencia de los tribunales, apoyada en la regla 16, título 34 de la partida 7.ª, habia reconocido i aplicado la causa de atenuacion que nos ha conservado el núm. 10.º, a pesar de no existir en ningun código que conozcamos. Nosotros, que hacemos consistir el celo por la justicia en el cumplimiento estricto de la lei, no podemos aprobar que sean atenuantes de las penas las trasgresiones cometidas a su nombre por los mismos funcionarios encargados de su cumplimiento. Es conforme a la razon que si un funcionario abusa de su autoridad para castigar una provocacion, amenaza o injuria grave tenga una circunstancia atenuante que le sirva para compensar la agravante del abuso, pues no hai motivo para esceptuarlo de la lei comun; pero no encontramos causas que atenúen la pena, por ejemplo, de un juez que, violando la constitucion i las leyes, manda azotar a una mujer para arrancarle la confesion de un gran crimen o para dar una satisfaccion a un pueblo alarmado con la comision de un hecho de extraordinaria criminalidad. El juez, que debe ser frio e impassible como la misma justicia, no tiene por qué afectarse por causas que no le atañen personalmente; asi como un sacerdote no tiene para que irritarse por los crímenes que oye en la confesion. Estos celos por la justicia no son, en realidad de verdad, sino cóleras i arrebatos que la lei no ha considerado dignas causas de atenuacion en el comun de los de-  
in cuentas.



§ 4.º

**De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.**

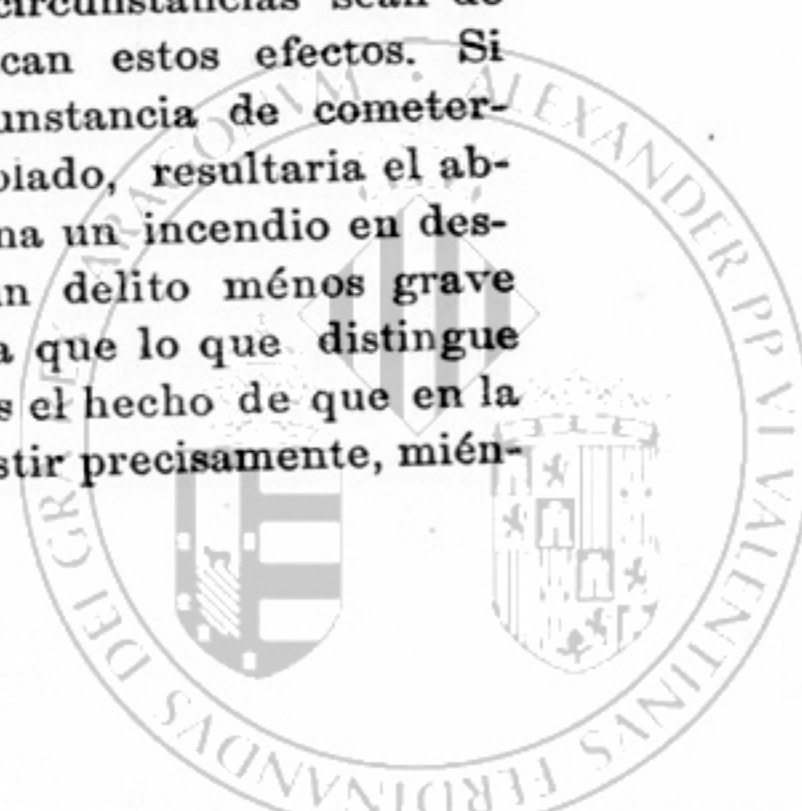
**I.**

162. Antes de estudiar las circunstancias agravantes reconocidas por nuestro código, recordemos el principio en que se apoyan; pero en lugar de repetir nuestras palabras citemos las de Rossi que espresan la misma idea: «Ademas de la culpabilidad indispensable para que un hecho sea delito, dice este autor, hai otra que puede llamarse especial i que considerada en relacion con un delito particular, se revela por el modo de ejecucion o por la comision de delitos accesorios.» (1)

163. Pues bien, en el sistema de los códigos modernos la lei impone las penas comunes a esa culpabilidad absolutamente indispensable para la existencia de un delito que Rossi llama elemental, i en los casos en que concurra esa otra culpabilidad que el mismo Rossi llama especial, en vez de imponer otra pena, aumenta la que se ha considerado bastante para castigar la primera: tal es el principio en que se fundan las agravaciones en jeneral.

164. Pero la lei no puede considerar mas que las circunstancias que envuelvan siempre una culpa especial; porque, produciendo las agravaciones un efecto jeneral i determinado, es necesario que las circunstancias sean de tal naturaleza que siempre produzcan estos efectos. Si la lei dijera: es agravante la circunstancia de cometerse un delito de noche i en despoblado, resultaria el absurdo de castigar con mayor pena un incendio en despoblado que a todas luces es un delito ménos grave que otro en poblacion. De manera que lo que distingue la agravacion legal de la judicial es el hecho de que en la primera la culpa especial debe existir precisamente, mién-

(1) Obra citada, tomo 2.º, cap. 11 páj. 232.



tras que én la segunda puede o no existir segun la naturaleza i circunstancia de un delito, lo que los jueces solo pueden considerar en cada caso concreto.

## II.

165. La premeditacion es la causa mas comun de la culpabilidad especial i su existencia justifica los números 1.º, 2.º, 5.º, 11.º i 12.º del art. 12. Estas circunstancias, en efecto, manifiestan que el delincuente no obra como sucede comunmente obedeciendo a la influencia de un sentimiento instantáneo, sino a sangre fria, meditando el delito, teniendo tiempo para arrepentirse, i, en una palabra, con una culpabilidad que no existe en el tipo medio i comun del delito.

166. Pero hai otras causas de culpa especial bien atendibles: la comision de delitos accesorios, la concurrencia de ciertas circunstancias que la lei no ha podido considerar en las penas comunes i de otras que indican que estas penas no han sido eficaces para los fines de la justicia social, son motivos poderosos de agravacion que justifican los otros números del art. 12. En el exámen especial de cada uno veremos la causa en que se fundan.

### ARTÍCULO 12.

Son circunstancias agravantes:

1.º Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hai cuando se obra a traicion ó sobre seguro.

### CODIGO ESPAÑOL.

#### ARTICULO 10.

2.º Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hai cuando se obra a traicion o sobre seguro.

#### I.

167. La defensa personal es una garantía i una causa

poderosa de intimidacion. Por estos motivos la traicion i la alevosía que inutilizan este derecho, deben ser circunstancias agravantes de la misma premeditacion que estos hechos presuponen. Por lo demas, el número tiene una intelijencia clara: se obra a traicion cuando se comete un delito por la espalda del ofendido o a la vuelta de una esquina; i sobre seguro, parapetándose i, en jeneral, siempre que se empleen medios que impidan la defensa o que se ofenda a personas que no pueden usar de este derecho.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

2.º Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

3.º Cometer el delito, mediando precio, recompensa o promesa.

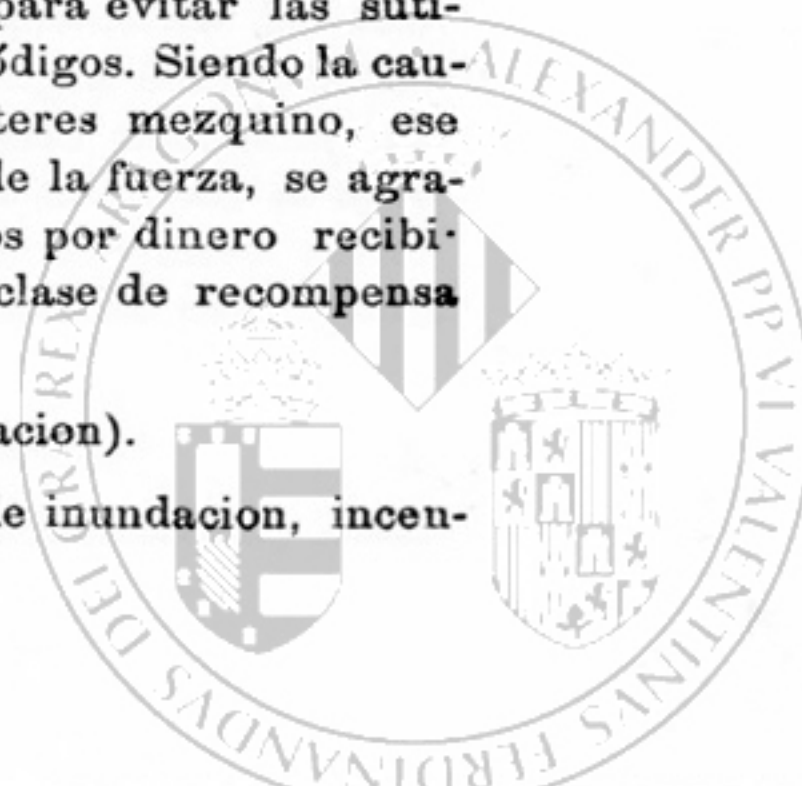
I

168. El hombre que comete un delito por precio, recompensa o promesa agrava la pena que merece la premeditacion que estos hechos, como la alevosía, presuponen; pues se hace instrumento de otra voluntad corrompida i facilita la comision de delitos que el instigador no se atreve a cometer.

169. La lei ha sido bien esplicita para evitar las sutilezas de los comentadores de otros códigos. Siendo la causa de la culpabilidad especial ese interes mezquino, ese mercado inmoral de la conciencia i de la fuerza, se agrava la pena de los que cometen delitos por dinero recibido u ofertado o por cualquiera otra clase de recompensa dada o prometida.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

3.º Ejecutar el delito por medio de inundacion, incen-



dio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 10 (continuacion).

4.º Ejecutarlo por medio de inundacion, incendio o veneno.

I.

170. Varios de los artificios a que se refiere este número, como la inundacion, el incendio, la destruccion o descompostura de una vía férrea i los descarrilamientos, son delitos castigados por el código. Por este motivo el número tiene una relacion íntima con los artículos 74 75 que determinan las penas que deben aplicarse, segun las circunstancias, cuando concurren dos o mas delitos.

171. Puede ser, por ejemplo, que se incendie una casa para penetrar en ella i matar a sus habitantes, o bien que se cometa el delito para que se quemen los que la habitan. Suponiendo que en ambos casos se realicen los hechos intentados, la intelijencia percibe en el primero dos delitos separables i cometidos uno en pos del otro; i en el segundo se vé palpablemente que un acto, un solo hecho constituye dos delitos inseparables: aquel debe ser rejido por la regla del art. 74 i éste por la del 75 que impone la pena mayor asignada al delito mas grave. La primera de estas interpretaciones está apoyada tambien en la opinion consignada en el acta del 31 de mayo de 1873 i en la del señor Pacheco comentando el artículo 77 del Código Español; i la segunda en la consecuencia lójica que se deduce de la regla que el artículo 75 aplica al tercer caso previsto por él, pues que si castiga con la pena mayor asignada al delito mas grave cuando se comete un delito como medio necesario de llegar al intentado, debe aplicarse por lo ménos la misma pena en caso que no sea necesario el delito que sirve de medio, considerándose

que en este segundo caso hai mas inmoralidad. De suerte que este número racionalmente interpretado significa: que si los artificios de que habla son delitos se imponen las dos penas correspondientes segun el artículo 74, o la mayor asignada al delito mas grave segun el 75; pero si no son delitos entónces agravan la pena en conformidad a las reglas comunes, bien entendido que hablamos de los casos en que el código no haya impuesto penas especiales.

ARTICULO 12 (continuacion).

4.º Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecucion.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 18 (continuacion).

5.º Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecucion.

I.

172. La lei considera los daños necesarios para la comision de un delito al imponer sus penas comunes; pero los innecesarios i deliberados envuelven una culpa especial que no pueden haberse considerado en aquellas. Las dos condiciones del número son igualmente indispensables; porque el mal necesario constituye la culpabilidad elemental i el fortuito no puede ser penado. Así el homicida que ha necesitado dar a su víctima varias puñaladas para consumar su delito no es mas criminal que otro que, encontrándola indefensa, la mata de una sola; pero el miserable que ántes de matarle corta sus miembros, ensañado i complacido en el sufrimiento ajeno, tiene una criminalidad especial.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

5.º En los delitos contra las personas, obrar con premeditacion conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

6.º Obrar con premeditacion conocida.

7.º Emplear astucia, fraude o disfraz.

I.

173. Este número comprende la simple premeditacion i la agravada por el empleo de astucia, fraude o disfraz.

174. Como se vé, el código no ha definido la premeditacion, como el de Francia i el del Brasil. Sin embargo, el significado académico de la palabra, el modificativo « conocida » i la circunstancia de que la culpabilidad especial, necesaria para la agravacion, depende precisamente de que el delincuente haya tenido algun tiempo para arrepentirse de su criminal intento, son motivos bastantes para aseverar que nuestro código tiene el mismo espíritu que el brasilerero, i que solamente no ha querido fijar un plazo porque, cualquiera que fuese, habia de ser arbitrario.

175. El acta de la sesion del 31 de Marzo de 1873 dá cuenta i razon de las dos modificaciones que se introdujeron en los números correspondientes del Código Español: « Los números 6.º i 7.º, dice, se refundieron en uno solo, limitándolos á los delitos en contra de las personas, *único* en que pueden considerarse como agravantes las circunstancias que ellos indican. » Veamos si hubo utilidad en estas reformas.

176. Si la agregacion, como dice el acta, tuvo por objeto limitar el número a los delitos en contra de las personas es claro que se supuso que el Español se refiere tam-

bien a otros delitos; i no siendo esto efectivo dicha agregacion fué inútil. I en efecto, en todas las otras clases, como en los delitos en contra de la seguridad interior o exterior del Estado i de la relijion, en las falsificaciones, falsos testimonios, sociedades secretas, asociaciones ilícitas, etc., la premeditacion es tan inherente a la naturaleza de estos hechos que no se conciben sin ella; i como para estas circunstancias existe la regla del art. 68 en el Código Español, idéntica a la del 63 del nuestro, resulta que con la modificacion o sin ella i en ámbos códigos, la premeditacion no agrava las penas de esas clases de delitos. Pero, ademas de inútil como distincion, la palabra agregada tiene el inconveniente de que pueda creerse que en todos los delitos en contra de las personas debe haber agravacion, lo que no es efectivo. Asi el rapto con el consentimiento de la robada i la simple seduccion, por ejemplos, aunque son delitos en contra de las personas, no pueden cometerse sin premeditacion i esta circunstancia constituye en ellos la culpa elemental que no agrava jamás.

177. En cuanto a la otra modificacion, consideramos que no fué propio comprender en un mismo número circunstancias agravantes de distinta entidad, como es la simple premeditacion i la agravada por la astucia, el fraude o el disfraz.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

6.º Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO (continuacion).

8.º Abusar de superioridad, o emplear medio que debilite la defensa.





I.

178. Ya hemos dicho que la defensa personal no es solo una garantía del hombre, sino también un medio poderoso que tiende, como la ley, a reprimir los delitos. El legislador al imponer las penas debe considerar los males que el ejercicio de este derecho puede ocasionar, males que son partes del justo castigo. Por esto es que si un delito se dirige en contra de personas que no pueden defenderse o si se usan medios para impedir que el agredido se defienda con probabilidades de buen éxito, la ley debe ser más severa.

179. Mas, no siempre el que abusa de la fuerza, del sexo o de las armas agrava la pena de su delito, porque hay muchos que no pueden cometerse sin estos abusos. Las violaciones no se conciben sin abusar del sexo i de la fuerza; el abandono de niños i de personas desvalidas sin el abuso de esta última circunstancia i el delito que pena el art. 107 sin el uso de las armas. En estos casos, como sabemos, rige la regla del art. 63.

ARTÍCULO 12 (continuación);

7.º Cometer el delito con abuso de confianza.

CODIGO ESPAÑOL.

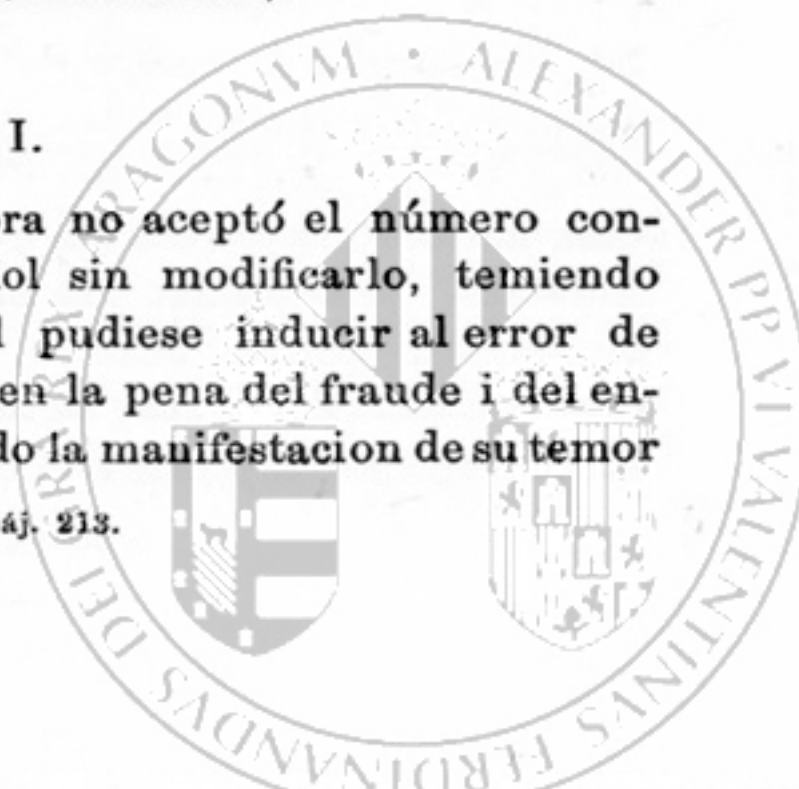
ARTICULO 10—(continuación).

9.º Abusar de confianza.

I.

180. La comisión redactora no aceptó el número concordante del Código Español sin modificarlo, temiendo que la redacción de aquel pudiese inducir al error de creer que agravaba también la pena del fraude i del engaño (1); pero habría escusado la manifestación de su temor

(1) Sesión del 31 de Marzo de 1873 — páj. 213.



si la comision hubiese tenido presente las reglas del art. 63 de nuestro código i 68 del Español por las cuales, en todos los casos en que el abuso de confianza sea una circunstancia tan inherente a esos delitos que no puedan existir sin él, no debe agravar las penas. Nos estraña por lo tanto el miedo de la comision, i creemos que si hubiese algun caso en que el abuso de confianza no sea una circunstancia inherente a los delitos de fraude o engaño, esto es, una condicion indispensable i constituyente de la culpabilidad elemental, en el Código Español i en el nuestro agravaria la pena de ambas clases de delitos.

ARTICULO 12 (continuacion)

8.º Prevalese del carácter público que tenga el culpable.

CODIGO ESPAÑOL.

10. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

I.

181. La circunstancia de este número envuelve una culpabilidad especial de mui deplorables consecuencias para el órden social; pero ella no se refiere a los abusos que los funcionarios cometan en el ejercicio de sus atribuciones ni agrava las penas de los delitos particulares que cometan sin emplear, como medio, el influjo especial que les dá el carácter de que están revestidos para otros fines. Asi el mandatario público que manda al verdugo azotar a un ciudadano, por vengarse, comete un abuso de autoridad que la lei clasifica entre los delitos, el que seduce a una mujer por los medios comunes, sin que su autoridad le sirva sino como puede ser útil el dinero o la posicion social, no se halla tampoco comprendido en este número; pero el que induce a un subalterno a que azote a su enemigo sin mandato espreso, i el funcionario que, prevaleándose del influjo que le dá su autoridad, in-

duce a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile i, en jeneral, todos los que se encuentren en condiciones análogas están comprendidos en esta agravacion.

ARTÍCULO 12 (continuacion.)

9.º Emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 10 (continuacion)

12. Emplear medios o concurrir circunstancias, que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.

182. La redaccion misma del número está justificándolo; pues que, si la lei solo puede considerar los efectos propios de los delitos para imponer las penas comunes, es fuera de duda que las circunstancias de emplear medios o de hacer concurrir hechos que producen ignominia, ademas de dichos efectos, llevan consigo una culpabilidad especial que debe pensarse especialmente.

183. El Código Español de 1850 usa el infinitivo *concurrir* en lugar de la frase *hacer que concurren* que emplea el nuestro: « porque lo primero no siempre dependerá de « la voluntad del delincuente ni será un motivo justo de « agravacion, mientras que lo segundo a él solo puede im- « putarse. » (1)

184. Sin negar la preferencia debida a la redaccion de nuestro código que es conforme a la del español de 1870, no creemos que, en caso de concurrir sin la voluntad del culpable alguna circunstancia que produzca una ignominia especial, pueda tener cabida la agravacion en el Código de España de 1850; porque no habiendo delito sin voluntad tampoco puede haber agravacion sin ella o, en otros términos, si la agravacion se funda en una culpabilidad especial que no puede existir sin voluntad, resulta que cuan-

(1) Acta de la Sesion del 31 de Marzo de 1873.

do concurren las circunstancias del número por una causa independiente del culpable, dicha agravacion no tiene razon de ser: esto ademas está conforme con lo dispuesto en el art. 64 de nuestro código i 69 del Español. Un hombre, por ejemplo, para violar a una mujer hace que la sujeten manos estrañas durante el acto, otro obliga al marido a presenciarse la violacion, un tercero comete el delito en presencia de personas estrañas i un cuarto lo comete sin saber que el marido u otras personas están presenciando el acto ocultamente. Los tres primeros delinquentes caen bajo la disposicion del número correspondiente de uno i otro código; porque el primero empleó medios que producen ignominia, el segundo con premeditacion hizo concurrir circunstancias de las previstas i el tercero, si no tuvo premeditacion, fué causa voluntaria de la ignominia; mas el cuarto que no concurreó con su voluntad a que la ignominia se produjera no está. fuera de duda, comprendido en la agravacion de nuestro código que exige «*hacer concurrir etc.*»; mientras tanto en el Español que solo dice «concurrir,» se necesita de los principios jenerales i del art. 69 para llegar a la misma interpretacion.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

10. Cometer el delito con ocasion de incendio, naufragio, sedicion, tumulto o conmocion popular u otra calamidad o desgracia.

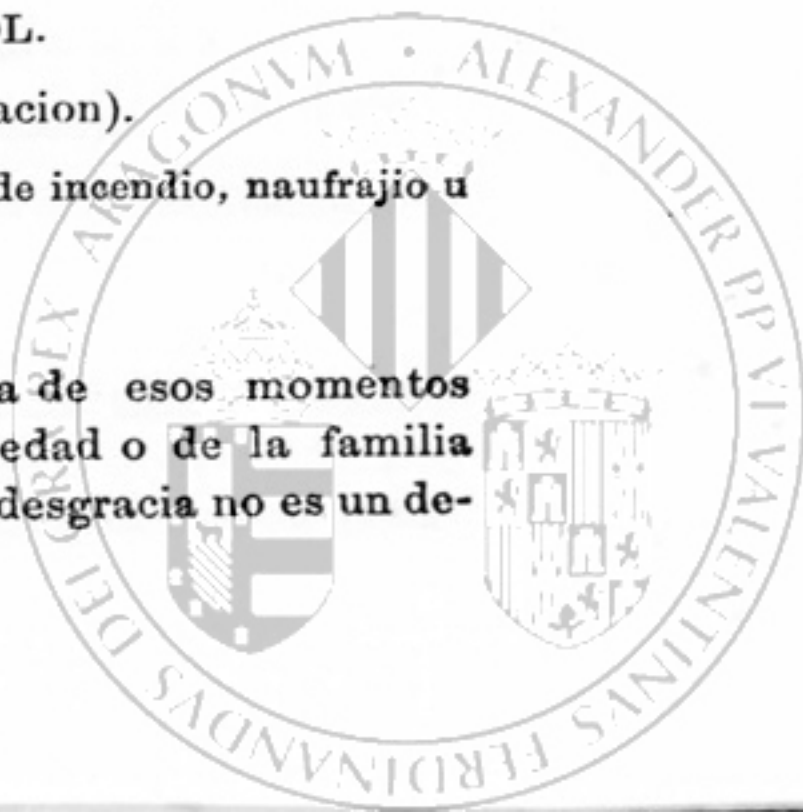
CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

13. Cometer el delito con ocasion de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia.

I.

185. El criminal que se aprovecha de esos momentos de angustias i confusiones de la sociedad o de la familia producidos por alguna calamidad o desgracia no es un de-



lincuente comun, ni la lei ha podido imponer sus penas jenerales considerando estas circunstancias. Este número castiga, pues, una culpa bien especial que lo justifica.

186. Se notará que al incendio i naufragio que el número concordante del Código Español espresa por vía de ejemplos, la comision agregó la sedicion, el tumulto i la conmocion popular que, siendo calamidades verdaderas, se comprenden en esta palabra que tambien emplea el español. Por consiguiente nada nuevo encontramos en esa agregacion, salvo que pudiera ponerse en duda que los hechos agregados no sean calamidades públicas, duda que nosotros no abrigamos.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

11. Ejecutarlo con el auxilio de jente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

14. Ejecutarlo con auxilio de jente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

I.

187. El empleo de fuerza armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad es un signo inequívoco de premeditacion. Además, los que emplean estos medios hacen ineñcaz el derecho de la defensa personal i mas difícil la accion de la justicia.

188. En la aplicacion de este número no debe olvidarse que, si las circunstancias concurren sin la voluntad del delincuente, no hai agravacion, porque sin voluntad no hai delincuencia; ni tampoco que en los delitos en que ellas son necesarias para la ejecucion no es aplicable la agravacion del número segun la regla del artículo 63.

ARTICULO 12 (continuacion).

12. Ejecutarlo de noche o en despoblado.

El tribunal tomará o nó en consideracion esta circunstancia segun la naturaleza i accidentes del delito.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

15. Ejecutarlo de noche o en despoblado.

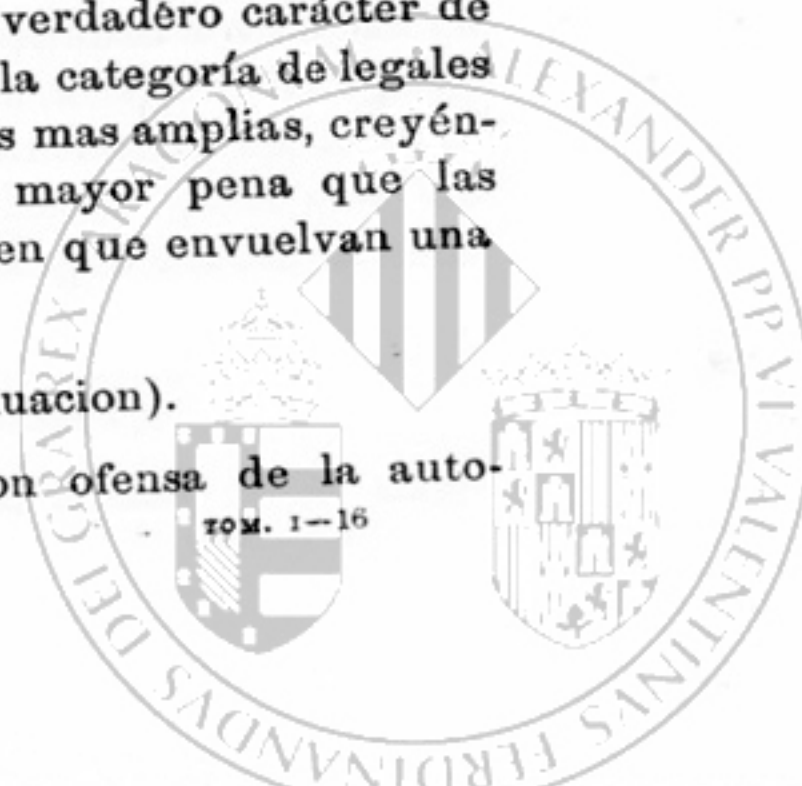
Esta circunstancia la tomarán en consideracion los tribunales, segun la naturaleza i accidentes del delito.

I.

189. Las circunstancias de este número no suponen una culpa especial en toda clase de delitos, pues hai varios en que son indiferentes o indican una delincuencia menor que si dichos delitos se cometieran de dia o en poblado. Que una falsificacion se haga de noche o de dia es indiferente; i que se cometa un asesinato de dia i en la calle pública es una circunstancia que envuelve mas bien agravacion. Por consiguiente, dichas circunstancias deberian considerarse como agravaciones judiciales si le aplicáramos estrictamente los principios, puesto que pueden ser i no ser agravantes. De aquí proviene que la lei haya tenido que decir que el tribunal las tomara o no en consideracion segun la naturaleza i accidentes del delito, lo que equivale a reconocerles su verdadero carácter de agravaciones judiciales, elevadas a la categoría de legales solo para dar a los jueces facultades mas amplias, creyéndose, sin duda, que merecen una mayor pena que las otras de su especie en los casos en que envuelvan una culpabilidad especial.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

13. Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la auto-



ridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion).

16. Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública.

I.

190. El órden social impone el deber de guardar consideraciones especiales a las autoridades i a los lugares en que ejercen sus funciones. La lei puede castigar la violacion de este deber i por lo tanto agravar la del hecho principal.

191. Pero el número solo se refiere a los delitos que se cometen en contra de terceros. El individuo que en un tribunal injuria a su contrario debe ser castigado con agravacion por la falta de respeto al tribunal; pero si ofende a los mismos majistrados debe aplicarse el número 18.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

14. Cometer el delito miéntras el delincuente cumple una condena o despues de haberla quebrantado i dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 125. Los que despues de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algun delito o falta, durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliéndola, o bien habiéndola quebrantado, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes, etc., (véanse las concordancias de los artículos 91 i 92.)

I.

192. Si el Código atenúa la pena de los delincuentes que han observado una conducta irreprochable, la lójica obligaba a establecer una agravacion para los de conducta viciosa. Preferimos, sin embargo, esta inconsecuencia de la lei a la agravacion que habria sido tan infundada

como la atenuacion; porque, segun hemos manifestado, no teniendo derecho la lei social para tomar en consideracion el mérito o demérito absolutos ni habiéndolo considerado al imponer sus penas comunes, no debe atenuar ni agravar por la buena o mala conducta de un hombre que delinque por primera vez. Mas el lejislador atendiendo a que no tiene una medida exacta para penar los delitos, puede i debe aumentar la pena de los delincuentes que estando cumpliendo una condena o que despues de haberla quebrantado delinquen de nuevo e igualmente la de los culpables que habiendo sido castigados anteriormente cometen otra vez un delito de igual o distinta especie; porque esta conducta hace presumir que para ellos las penas comunes no han sido eficaces ni proporcionadas a su inmoral obstinacion. No obstante tenemos que hacer algunas observaciones a cada uno de los números 14, 15 i 16 que tienen el mismo fundamento.

193. Mui vacilantes se manifestarán los autores del código para agregar la causa del número 14 a la lista de las agravaciones. En el acta del 21 de mayo de 1870, en la que aparecen aprobadas las circunstancias agravantes tomadas del Código Español, no fué agregada. En la revision, segun el acta del 16 de mayo de 1873, se acordó suprimir lo que es ahora el inciso 1.º del artículo 91 i en su lugar establecer la circunstancia agravante de que tratamos; i, por fin, se acordó restablecer el inciso suprimido ménos la parte que ordenaba aplicar el máximo de la pena, dice el acta del 20 de mayo de 1873, « porque « habiéndose considerado el caso a que este inciso se refiere como circunstancia agravante, debe producir el « efecto que a esta corresponde. » Veamos si se procedió con acierto.

194. Tratándose en el artículo 91 de las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo, bien sea miéntras la cumplen o despues de haberla



quebrantado i habiendo impuesto penas agravadas precisamente por los mismos hechos a que se refiere el número 14; i prescribiendo ademas el artículo 63 que « no producen el efecto de aumentar las penas las circunstancias « agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la lei, o que ésta haya espresado al « describirlo i penarlo », no se concibe en qué casos pueda tener aplicacion dicho número sin saberse su historia; pero por ella se deduce que en los números 2.º, 3.º i 4.º del artículo 91 no tiene aplicacion, pues en todos ellos se han aumentado las penas de los que durante una condena delinquen de nuevo, i que solo tiene lugar en los números 1.º i 5.º en los cuales se suprimió el aumento de pena, que impone el Código Español i que tambien imponia la primitiva redaccion del artículo 91, con el objeto de dar cabida a esta circunstancia agravante. De manera que en el fondo hai perfecta concordancia en ambos códigos, i la agregacion de esta circunstancia en el nuestro solo ha servido para perjudicar su claridad i forma artística.

ARTÍCULO 12 (continuacion).

15. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la lei señale igual o mayor pena.

16. Ser reincidente en delito de la misma especie.

CODIGO ESPAÑOL.

17. Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la lei señale igual o mayor pena.

18. Ser reincidente en delito de la misma especie.

I.

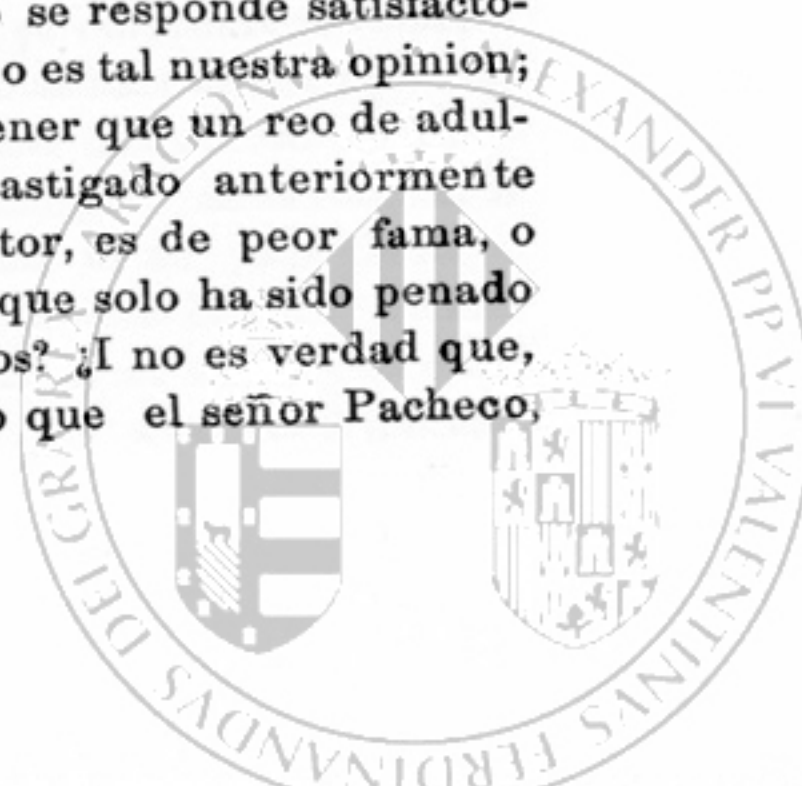
195. Las razones con que el señor Pacheco impugna el núm. 17 del código de su pais, concordante con el 15 del nuestro i que se insinuaron en el acta del 21 de Marzo de 1870, indujeron a la comision redactora a emplear el plural de la palabra delito. Se creyó que asi desaparecian

los motivos de la impugnacion, i ademas que se comprendia la idea de la mala fama que, segun uno de sus miembros, solo puede existir cuando un reo, que reitera en cometer un delito de distinta especie, ha sido castigado por dos o mas. Veamos si se procedió acertadamente, i para esto sepamos las observaciones del criminalista español.

196. « Consideremos, dice, en qué se funda la circunstancia agravante de la reincidencia. Fúndase en la mayor perversidad que esa reincidencia arguye en el reo; « fúndase en el hábito que éste va adquiriendo de caer en « determinado delito; fúndase en la mayor alarma que « concibe la sociedad respecto a un hombre, que, castigado por cierta culpa, vuelve a cometerla, a pesar del castigo con que se le quiso corregir. Estos fundamentos son « bastantes: acéptalos la razon, i satisfacen a la conciencia. Mas haced que los delitos no sean análogos; i toda « su fuerza, i toda su eficacia se disiparán en un punto. « Del asesino puede temerse asesinatos, del ladron robos, « del conspirador conspiraciones. Pero si uno conspiró, i « fué condenado por ello, ¿qué relacion puede tener esa « condena ni aquella culpa, con una injuria que cometa « despues? ¿qué relacion de un homicidio con un adulterio? ¿No comete aqui la lei el error que cometeriamos « queriendo sumar cantidades de diversa naturaleza, cinco árboles i tres caballos?» (1)

197. Ahora preguntamos, ¿con exigir que se hayan cometido dos delitos en vez de uno se responde satisfactoriamente a estas observaciones? No es tal nuestra opinion; porque ¿qué motivo hai para sostener que un reo de adulterio, por ejemplo, que ha sido castigado anteriormente dos veces por conspirador o desertor, es de peor fama, o que inspira mas alarma que otro que solo ha sido penado una vez por alguno de estos delitos? ¿I no es verdad que, mirando las cosas bajo el aspecto que el señor Pacheco,

(1) Obra citada, tomo 1.º, páj. 839.



en uno i otro caso puede decirse con igual motivo que la lei procede como el que suma árboles i caballos? ¿I tambien no es verdad que un reo de robo que ha sido castigado una sola vez por homicida alevoso, es mas peligroso para la sociedad, de peor fama i mas inmoral i perverso que el reo de adulterio que ha sido castigado dos veces por conspiraciones o deserciones? Luego la reforma no ha salvado las observaciones del señor Pacheco ni ha espresado con exactitud la idea de la mala fama.

198. Para nosotros lo que hai de efectivo es que el hábito de caer en un delito determinado debe ser una circunstancia agravante de mas entidad que la de reiterar en otro de distinta especie; pero esto no escluye que el simple hábito que un delincuente va adquiriendo de quebrantar la lei, no sea tambien un motivo de agravacion atendiéndose a la naturaleza de los delitos i no al número de quebrantamientos como lo hace el código. La reiteración en ciertos delitos hace presumir que las penas impuestas sin una regla matemáticamente precisa no han sido eficaces para los fines de la justicia social ni proporcionadas a la inmoralidad del delincuente, i por lo tanto que la lei debe ser mas severa. I colocada la cuestion en este terreno no puede decirse que la lei procede como el que suma árboles i caballos, sino como el perito que suma cosas homojéneas: dos o mas quebrantamientos de sus disposiciones.

199. Reconocemos que hai mayor motivo para esperar del conspirador conspiraciones i del ladron robos; pero tambien es innegable que el conspirador o ladron que comete un asesinato, en vez de manifestar enmienda o temor por los castigos, va ascendiendo en la escala de la criminalidad. ¿Qué importa en muchos casos que no se manifieste hábito de caer en un delito determinado cuando existe en quebrantar la lei? «Entre los delincuentes mas peligrosos, dice con razon Ortolan, las diversas especies

« de crímenes o delitos, como robos, falsificaciones, homicidios, incendios, i otros, se mezclan i se suceden, segun las ocasiones, i forman la cadena de la existencia criminal de estos individuos. » (1) Por otra parte, si la lei considera para imponer sus penas tanto la mayor o menor gravedad de un hecho punible como tambien la inmoralidad del ajente, i si es mas inmoral i peligroso a todas luces el autor de un asesinato que despues de castigado comete un simple hurto, que otro autor de dos hurtos penados que reincide en un tercero, no vemos por qué podria ser justa la agravacion del segundo i no la del primero.

200. Pero estas mismas observaciones significan que no aprobamos en absoluto la agravacion por un delito de distinta especie como lo hace el Código de España, ni por dos o mas como lo hace el nuestro; pues sabemos bien que hai muchos delitos que, no teniendo entre sí ninguna relacion, nada indican en contra de un delincuente que, castigado por uno o mas de ellos, cae despues en otro distinto. Asi pesando la inmoralidad de dos adúlteros uno de los cuales hubiese sido castigado por deserciones, seria preciso una balanza de un fiel mui delicado para que nos indicase el grado de mayor inmoralidad del adúltero i desertor i esta balanza pertenece a la justicia i no a la lei. « I esto mismo encontraremos en jeneral, si comparamos delitos políticos con otros que no lo son; militares con los comunes o infracciones de mera policia con delitos en contra de la moral. » (2) De manera que nuestra opinion no puede ser sino que la reiteracion en un delito de distinta especie es una de aquellas causas que no pueden agravar las penas sin atenderse a las circunstancias del delincuente i a la naturaleza i efectos del delito. « En estos órdenes tan diverjentes de las infracciones legales, dice Or-

(1) Obra citada, núm. 1,197.

(2) Obra citada, núm. 1,197.

« tolan otra vez con acierto, la reiteracion en un delito no  
« envuelve mas que relaciones inciertas i variables, capa-  
« ces de afectar, segun la circunstancia del caso, la culpa-  
« bilidad individual que la lei deja a la apreciacion del  
« juez; pero no la absoluta que el lejislador solo puede me-  
« dir de un modo abstracto. » (1) Esta opinion ha sido con-  
vertida en lei por el número 17 del art. 10 del Código  
Español de 1870, reforma que no llamó la atencion de los  
redactores del nuestro.

## II.

201. La agravacion del número 16 no admite ninguna de las observaciones hechas al anterior. La reincidencia supone que el delincuente va adquiriendo el hábito de caer en un delito de la misma especie, i por lo tanto que las penas determinadas por la lei no han sido eficaces: por esto es que la agravacion de los reincidentes es casi jeneral en los códigos modernos.

202. En cuanto a la letra del número no presenta ninguna dificultad: las leyes españolas, las patrias i la jurisprudencia de nuestros tribunales estaban de acuerdo en que la reincidencia presupone un delito anterior castigado i de la misma especie en el sentido mas estricto de esta palabra. Así no debemos considerar como reincidente a un falsificador de monedas que hubiere sido castigado anteriormente por hurto, a pesar de la semejanza en la naturaleza de ámbos delitos i de tener su oríjen en el mismo jénero de corrupcion, sino que es necesario la identidad: dos hurtos, dos falsificaciones.

203. Encontramos tambien que nuestro código satisface los requisitos que exigen los criminalistas franceses para que la reincidencia sea justa causa de agravacion. Ellos, con razon, sostienen que los dos delitos han de ser de una misma especie, dando a esta palabra jeneralmente un sen-

(1) Obra citada, páj. 1,197.

tido mas lato que nosotros; que entre el primer delito i el segundo no haya trascurrido tanto tiempo que ya no pueda atribuirse la obstinacion que la lei supone; i, en fin, que no se imponga por la reincidencia una pena de distinta naturaleza a la asignada para el delito: la primera de estas condiciones está espresa en la lei, i ademas vá envuelta en el significado legal que damos a la palabra reincidencia, la segunda está prevista por el art. 104, i en nuestro sistema rara vez las agravaciones cambian la naturaleza de las penas.

204. Tambien el código ha determinado, en conformidad al español, a la jurisprudencia de otros paises i a la opinion mas comun de los criminalistas, los efectos de la amnistía i del indulto sobre la reincidencia. Por el art. 93 la primera estingue por completo la pena i todos sus efectos; pero el indulto, que recae mas jeneralmente sobre delitos vulgares, no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia.

### III.

205. Tomando ahora en conjunto los números 15 i 16 encontramos que se han previsto tres casos: 1.º, cuando se comete un delito de la misma especie que otro anterior castigado; 2.º, cuando el nuevo delito es de distinta especie i el culpable ha sido castigado por dos o mas a que la lei señale igual o mayor pena; i 3.º, cuando siendo tambien el delito de distinta especie, el delincuente ha sido castigado solo una vez por un delito a que la lei señale igual o mayor pena o por dos o mas que tengan penas menores. En el primer caso hai agravacion por el número 16; en el segundo por el 15; i las circunstancias del tercero no alcanzan a formar una agravacion legal. Lo que manda el código en este artículo lo ha repetido exactamente en el 92 que es por lo tanto inútil.

ARTÍCULO 12 (continuacion.)

17. Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 10 (continuacion)

19. Cometer el delito en lugar sagrado, inmune; o donde la autoridad se halle ejerciendo sus funciones.

I.

206. El proyecto del código agravaba la pena exclusivamente de los delitos cometidos en un lugar destinado al culto cristiano. En el Senado se propuso que la palabra « cristiano » se reemplazara por la de « público, » invocándose la Constitucion del Estado, la lei interpretativa del 27 de Julio de 1865 i los principios de la criminalidad. Pero la redaccion primitiva fué sostenida por dos motivos que, para examinarlos, transcribimos testualmente, eligiendo los párrafos mas sustanciales de los discursos que se pronunciaron: « El principio que reclama respeto, se dijo, « para la conciencia del hombre es tan sagrado, tan respetable i poderoso que no ha habido en el mundo valla bastante fuerte para detenerlo en su marcha siempre progresiva. I entre nosotros, a la sombra de la lei interpretativa de la Constitucion, el espíritu de tolerancia ha tomado vuelo. « Los templos de disidentes que ántes se alzaban tímidamente en los cerros, en los suburbios de nuestras ciudades, se alzan ahora tranquilos i arrogantes al lado de nuestras catedrales, al lado de nuestras parroquias. I ahí se sienten no solo amparados por la lei, sino tambien por la voluntad nacional que miraria un ultraje a ellos inferido, como una fea mancha que vendria a empañar el honor de la nacion. (1) » « I en otra parte: Los

(1) Sesiones de la Cámara de Senadores. páj 147—discurso del señor E. Altamirano.

« templos de los católicos i de los protestantes, públicos  
« los unos, privados los otros, como lugares destinados al  
« culto, son i deben ser exactamente iguales; puesto que  
« en unos i en otros existe el mismo motivo de respeto y  
« veneracion.» (1)

## II.

207. Cualquiera que lea las palabras transcritas i con mas razon los discursos íntegros, reconocerá el celo i entusiasmo con que se predicó la tolerancia religiosa i los respetos debidos a los lugares en que se celebran los cultos permitidos; pero notará al mismo tiempo que no se trataba de reformar la constitucion que reconoce a la religion católica, apostólica i romana como la del Estado, con exclusion del ejercicio público de cualquiera otra, sino de probar que era justo agravar igualmente la pena de los delincuentes vulgares que cometen ciertos delitos en las capillas privadas de los protestantes que no están al lado de nuestras catedrales ni se alzan arrogantes, con los que elijen para cometer esos delitos los templos católicos en un pais tambien católico en su inmensa mayoría. Esta i no otra era la cuestion que, si se hubiera discutido con espíritu imparcial i sereno analizando los delitos en que la agravacion puede aplicarse, se habria notado que la tolerancia religiosa i la libertad de la conciencia i de los cultos no tienen ninguna relacion con la circunstancia de que tratamos. Si ella pudiera aplicarse, por ejemplo, al que injuria a un ministro de los cultos o al que impide su ejercicio se comprenderia que la lei, que tiene por objeto el mantenimiento del órden social, pudiera desentendense de la mayor o menor criminalidad intrínseca del ajente por garantizar con igualdad a todos los cultos permitidos i que entonces tambien habria sido oportuna la defensa de los fueros de la

(2) Sesiones de la misma Camara paj. 150 - discurso del señor Barceló, Ministro de Justicia.



conciencia i del respeto debido a los lugares en que cada cual adora a Dios a su manera; pero desde que por los hechos del ejemplo i por todos los que se relacionan con los cultos i en que el móvil puede ser la intolerancia se han formado delitos especiales que se castigan con agravacion i sin distinguir el culto católico de los otros, no habia para qué invocar una causa excepcional e inaplicable, sino los principios comunes en que se apoyan todas las agravaciones. Recórrase uno por uno los delitos en que la agravacion puede aplicarse, teniendo presente el párrafo 2.º, título 3.º, libro 2.º i el artículo 63 de nuestro código, i se verá que son los hurtos i robos, las lesiones i homicidios en contra de personas que no sean ministros de los cultos i otros delitos en que el móvil inductivo no es la intolerancia relijiosa. La cuestion, pues, debió plantearse en el terreno de los principios que rijen las agravaciones, i resolverse solo i exclusivamente si el autor de cualquier delito vulgar cometido en un templo católico es o no mas inmoral, mas perverso i temible que otro que lo comete en un lugar enteramente profano o en una capilla privada de los disidentes. I la cuestion asi establecida, los mismos defensores de la primitiva redaccion que confesaron que la gran mayoria del pais es católica i que producen mas alarma en la sociedad aun los delitos cometidos en contra de un ministro católico que de un disidente, habrian tenido que resolverla en el sentido de los senadores católicos; porque si la inmensa mayoría de la nacion es católica, los hurtos, robos, homicidios i estupro que se cometan en templos católicos presuponen que el agente es mas inmoral que otro que elije las capillas protestantes que, para la inmensa mayoría no merecen la misma veneracion que aquellos. En el primer caso el criminal salta tambien las barreras fuertes i poderosas que la relijion i el respeto a las creencias de la inmensa mayoría de un pueblo, a que deben pertenecer tambien la mayoría de los delinquentes,

ponen a la inmoralidad; mientras que en el segundo no existen jeneralmente estas causas ostensibles de corrupcion. La mayor criminalidad no depende, pues, de que el lugar en que se comete alguno de los delitos a que se refiere la agravacion, sea católico, protestante, mahometano o judío, sino de que sea lugar en que celebra su culto la mayoría de la nacion i por este motivo la única espresion conforme con nuestros principios, habria sido la de « católico » que es el culto de esa gran mayoría; pero la lójica nos habria obligado a imponer la condicion espresa en el núm. 14, i que hemos considerado indispensable en el 15, cual es que los tribunales tomen o no en consideracion esta agravacion segun las circunstancias del delincuente i naturaleza del delito.

ARTÍCULO 12—(continuacion).

18. Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando éi no haya provocado el suceso.

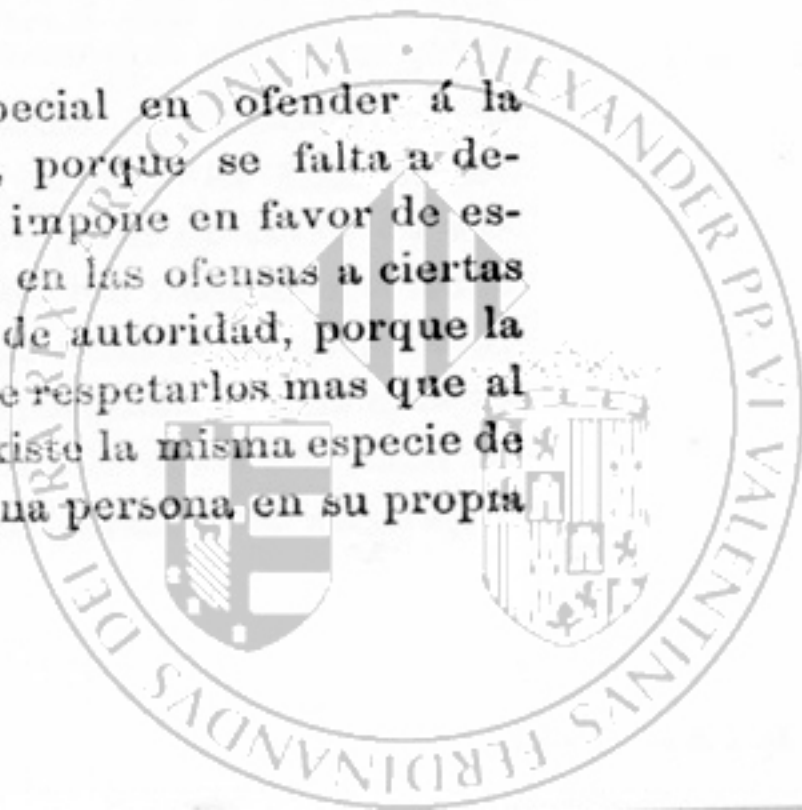
CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion.)

20. Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.

I.

208. Hai una culpabilidad especial en ofender á la ancianidad, a la mujer i al niño, porque se falta a deberes especiales que la naturaleza impone en favor de estos débiles séres; tambien existe en las ofensas a ciertas personas revestidas de dignidad i de autoridad, porque la lei impone el conveiente deber de respetarlos mas que al comun de los hombres i, por fin, existe la misma especie de culpabilidad en causar un mal a una persona en su propia



morada, porque se abusa de la confianza que es necesaria para entrar en ella. La agravacion está, pues, perfectamente justificada con la condicion de que el ofendido no haya provocado el suceso, pues entónces desaparecen todos los motivos de la culpabilidad especial.

ARTÍCULO 12 (continuacion)

19. Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 10 (continuacion.)

21. Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.

I.

209. La fractura i el escalamiento de lugar cerrado son actos que manifiestan una voluntad criminal mas esforzada que la comun para la comision de un delito en que solo existe la culpa elemental. El escalamiento, que presupone ajilidad, ha sido definido por el art. 440 del Código, i aunque califica de tal actos propios de la fractura, que supone fuerza, definido está. La fractura existe, dice el señor Pacheco, cuando se abre por medios violentos, con rompimientos i destrozos, puertas, cajas o cualquiera otra cosa que cierre o guarde algun sitio. (1)

§ 5.º

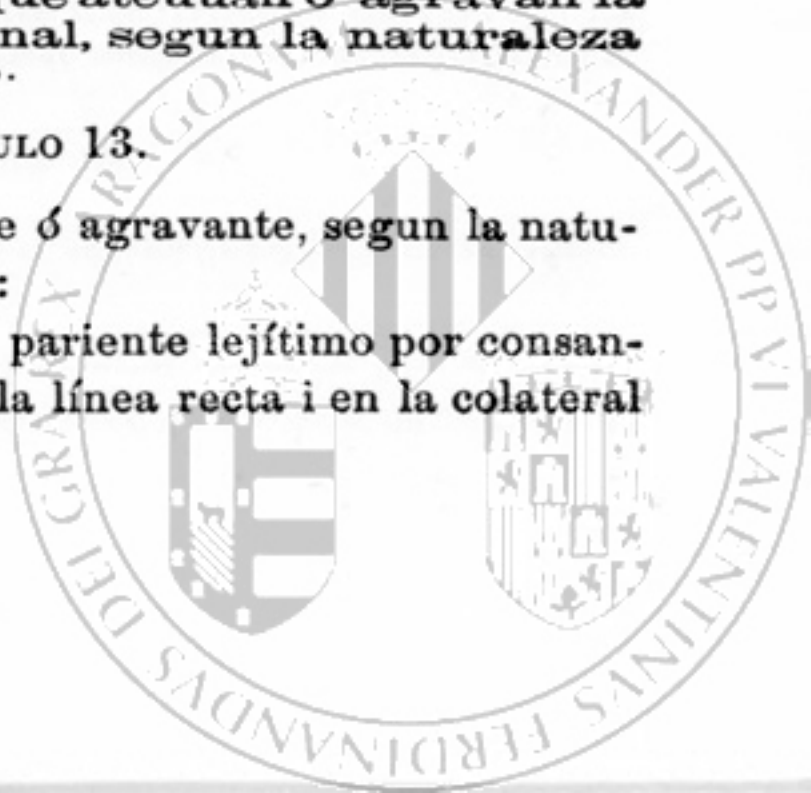
**De las circunstancias que atenuan o agravan la responsabilidad criminal, segun la naturaleza i accidentes del delito.**

ARTÍCULO 13.

Es circunstancia atenuante ó agravante, segun la naturaleza i accidentes del delito:

Ser el agraviado cónyuge, pariente lejítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta i en la colateral

(1) Obra citada, tomo 1, páj. 255.



hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor.

[ CODIGO ESPAÑOL.—(Reformado de 1870).

Art. 10. Son circunstancias agravantes:

1.º Ser el agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor.

Esta circunstancia la tomarán en consideracion los tribunales para apreciarla como agravante o atenuante, segun la naturaleza i los efectos del delito.

I.

210. El Código Español de 1850 consideraba al parentesco, dentro de cierto grado, entre las circunstancias agravantes. Esta disposicion, combatida con razones irrefutables por el señor Pacheco (1), fué reformada por el mismo código que dió a la circunstancia del parentesco su verdadero carácter de agravante o de atenuante segun la naturaleza de los delitos. La comision redactora del nuestro habia aprobado primero la disposicion citada del Código Español de 1850 (2); en seguida, dominada por la doctrina del Código del Brasil, habia considerado la superioridad del pariente ofendido solamente para agravar la pena del ofensor (3); i, por fin, aprobó la doctrina del Código Español de 1870. (4)

211. Si la forma i letra definitivas del artículo 13 son intachables, en su aplicacion encontraremos algunas dificultades provenientes de la naturaleza de las cosas i de no haberse tenido presente las reformas con que se habian adoptado ciertas disposiciones del Código Español. Por estas causas vamos a estudiarlo en sus relaciones con algunos delitos, reservándonos un exámen mas detenido para cuando tratemos de cada uno en particular.

(1) Obra citada, páj. 215.

(2) Sesión del 21 de Mayo de 1870.

(3) Sesión del 26 de Marzo de 1873.

(4) Sesión del 28 de Marzo de 1873



## II.

212. Pesde luego podemos aseverar que el artículo no puede tener aplicacion sino en los delitos en contra de la propiedad y de las personas por la naturaleza misma de la circunstancia. En los de la primera clase, el parentesco es circunstancia atenuante ordinariamente conforme el espíritu del código que ha llegado a eximir de toda responsabilidad a ciertos parientes por los hurtos, defraudaciones i daños que se causen recíprocamente; mas en los delitos de la segunda clase debemos atender a su gravedad. Cuando el delito es grave, el parentesco es circunstancia agravante, cuando es ménos grave o leve agrava si el ofendido es superior al ofensor i atenúa, en jeneral, en caso contrario. Así todos los parientes que el artículo comprende, ménos los afines i hermanos lejítimos, que se maten entre sí son penados especial y mas gravemente por el art. 390, i los otros tienen agravacion por este artículo; pero en las lesiones leves, en las injurias de palabras entre padres e hijos, por ejemplo, hai agravacion cuando los inferiores son los ofensores i jeneralmente atenuacion cuando son los ofendidos. Estas reglas son las únicas que encontramos en esta materia; de manera que podemos decir que la circunstancia del parentesco es agravante en los crímenes en contra de las personas sea cual fuere la calidad del ofendido respecto a su ofensor; que en los simples delitos puede ser agravante sea el ofendido de calidad superior o inferior, o bien agravante por la superioridad del ofendido, o bien atenuante por la superioridad del ofensor; i, por fin, que en las faltas es atenuante o agravante, segun la calidad del pariente ofendido.

## III.

213. Hemos dicho que en los crímenes en contra de las personas la circunstancia del parentesco es siempre

agravante. Este principio ha sido respetado jeneralmente por nuestro código i solo encontramos una escepcion en el crimen de infanticidio que pena el art. 394. Para saber si es fundada la escepcion i establecer si el art. 13 atenúa o agrava la pena da los afines i hermanos lejítimos que están comprendidos en él i excluidos del 394, necesitamos estudiar este último atendiendo a la historia jenuina de su aprobacion.

214. El artículo que trataba del infanticidio, en el proyecto pasado al Senado, contenia cuatro incisos. El primero era igual a nuestro art. 394 i los otros decian:

« Si el infanticidio se cometiere por salvar la honra de la madre atendida su posicion social, la pena será presidio mayor en su grado mínimo. »

« Los demas parientes i estraños que diesen muerte a un niño menor de 48 horas, sufrirán la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. »

« Si el occiso tuviere mas de 48 horas, se aplicará al delincuente respetivamente las penas del párrafo anterior. » (1)

215. Estas disposiciones fueron sostenidas por dos de los redactores del código apoyándose en las tres causas siguientes: 1.ª « La tierna edad del ofendido que si hace « el crimen mas inhumano, produce ménos alarma que « cuando se mata a un hombre que es una gloria para su « patria o uno de aquellos de cuya vida pende la subsisten- « cia de una familia o el porvenir de una o mas jeneracio- « nes » (2); 2.ª « El dolor físico i la tortura moral e indecible « de una mujer que dá á luz a un hijo ilejítimo, que puede « llegar hasta agotar las fuerzas, i la fiebre que turba su « razon presentándole amenazadora i terrible a la familia « en primera linea i mas allá a la sociedad burlesca e im-

(1) Sesiones de la Cámara de Senadores, páj. 107 año de 1874.

(2) Id id año de 1874, discursos del señor A. Reyes.

« placable; » i 3.ª « El arrebató de la pasión que puede inducir en un momento dado a los parientes a matar al niño como causa de su deshonra. » (1) Examinemos cada una de estas causas.

#### IV.

216. La primera, esto es, la tierna edad del ofendido contradice el principio en que reposa la agravación del núm. 6.º del art. 12; porque si este número agrava la pena del que comete un delito abusando de la superioridad de su sexo o de su fuerza i si no se concibe el delito de infanticidio sin este abuso de la fuerza material, es lógico que la tierna edad deba ser una circunstancia agravante del simple homicidio. Además en este crimen hai motivos especiales que lo hacen mas alevoso, pues que los parientes que lo cometen no solo abusan de su fuerza, sino de la confianza que la lei necesariamente tiene que depositar en sus naturales sentimientos. Es cierto que la mayor alarma es jeneralmente un indicio de la mayor inmoralidad relativa de un acto i de los mas graves peligros que su comisión causa a la sociedad; pero cuando se trata de un delito que recae sobre seres que no saben hablar siquiera i que se comete por las mismas personas encargadas de velar por sus vidas, la menor alarma es solo un indicio de la reserva con que esta clase de delitos se cometen i de que los interesados no se encuentran en aptitud de sentirla; mas no de una perversidad menor que pueda invocarse en favor de una atenuación. Por otra parte, ¿qué sociedad seria esta en que vivimos si se alarmase menos por la muerte de un niño menor de cuarenta i ocho horas i mucho mas por la de otro de cuarenta i nueve? Para aceptar, pues, que la menor alarma sea una razón que apoye lo dispuesto por el art. 394, seria preciso reconocer que nuestra sociedad carece de buen sentido.

(1) Sesiones de la Cámara de Senadores, páj. 99, discurso del señor Ministro del Interior D. Eulójio Altamirano.

217. Ahora, si la lei reconoce al niño menor de cuarenta i ocho horas, con tal que se haya separado completamente de su madre, los mismos derechos civiles que a los hombres que son gloria para su patria i si estos derechos pueden ser las causas de los infanticidios, no encontramos motivos para considerar como atenuacion la poca importancia de la víctima. Es cierto que en los homicidios de personas que *son una gloria para su patria o de cuya vida depende el porvenir de una o mas jeneraciones* pueden haber circunstancias agravantes; pero, ¿con qué objeto se compara a los niños menores de cuarenta i ocho horas con estos seres privilegiados cuando el código impone la pena de muerte a los parricidas, aunque la víctima sea el idiota mas infeliz?

218. Ademas, esto de imponer penas menores o mayores segun las horas de existencias i sin ningun motivo, es algo que repugna al buen sentido que no puede aceptar nada arbitrario. En realidad existen, como se dijo, muchos plazos que parecen arbitrarios; pero aun en los aducidos por los defensores de las penas del infanticidio se descubre algun motivo prudencial siquiera. Asi cuando la lei divina exige para recibir el sacramento de la Eucaristía que no se coma desde las doce [de la noche anterior (1), cualquiera nota que, atendiéndose a la hora en que se acostumbra suministrarlo, se quiere que haya trascurrido tiempo para que las operaciones del estómago se hayan verificado; pero en las penas del infanticidio ni el espíritu mas suspicaz descubre la causa que hace menos grave la muerte de un niño menor de cuarenta i ocho horas i mucho mas la de otro de cuarenta i nueve. Tambien es cierto que, segun nuestras creencias, Dios destina al limbo al niño que muere antes de recibir el bautismo i al cielo si fallece segundos despues de haberlo recibido (2); mas los

(1) Sesión de la Cámara de Senadores, año 1874, páj. 101; discurso del señor Ministro del Interior don E. Altamirano.

(2) Sesión de la Cámara de Senadores, año 1874 páj. 106; discurso del señor A. Reyes.





lejisladores que deben darnos leyes racionales, cuando se les imputa que han faltado a esta obligación, no pueden defenderse con el proceder de Dios que, en el caso del ejemplo, no tiene obligación de darnos el cielo si no se cumplen las condiciones impuestas, ni mas ni menos de lo que pasa en la tierra entre un benefactor i su beneficiado. Estas comparaciones, por consiguiente, no podemos tomarlas con seriedad, sino como vulgaridades oportunas solamente para herir los sentimientos de los senadores que en la discusion se manifestaran honrados con su fé católica.

219. Si la lei hubiese dispuesto lo contrario, esto es, que tuviese mayor pena el infanticidio de un niño menor de cuarenta i ocho horas, entonces si que encontraríamos motivos prudenciales que la justificasen; porque precisamente durante las primeras cuarenta i ocho horas que siguen al nacimiento, el niño no puede tener las garantías que dá el conocimiento de su existencia, i porque su muerte en este término puede borrar hasta el último rastro del nacimiento; mientras que despues, sea por el bautismo que entre nosotros se acostumbra en ese plazo o sea por dificultarse mas la ocultacion del parto, el niño va adquiriendo la proteccion de la sociedad: la tierna edad, bajo cualquier aspecto que se considere, debe ser circunstancia agravante del crimen de homicidio.

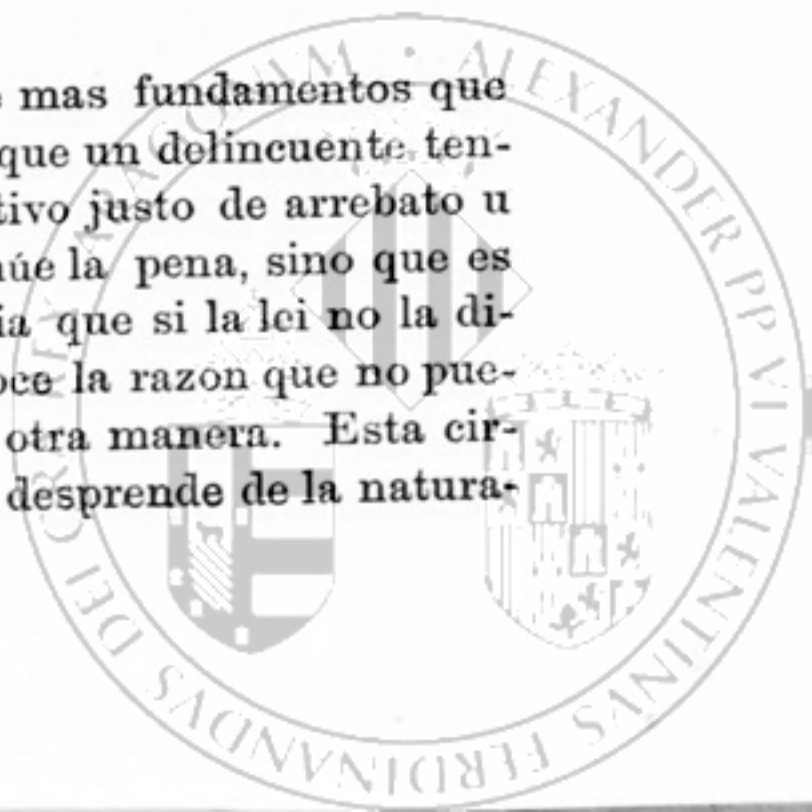
## V.

220. En cuanto a la segunda causa, todos saben que el dolor del parto no es de tal naturaleza que induzca a matar al ser que lo causa. Este dolor, por el contrario, se suaviza con el placer moral que experimenta la mujer con el nacimiento de un hijo formado en sus entrañas i alimentado con su sangre; i aun las mujeres mas corrompidas se sienten como rejeneradas cuando dan a luz una criatura. Por otra parte, el dolor del parto debe pasar lue-

go que nace el hijo; i por lo tanto atenuar la pena de la madre que por su dolor mata a su hijo dentro de las cuarenta i ocho subsiguientes, es dar al dolor un efecto posterior a su existencia. Ahora, si es mui patético i conmovedor aquello « de la razon turbada por la fiebre que presenta amenazadora i terrible a la familia i mas allá a la « sociedad burlona e implacable, » esta declamacion no nos parece bastante para que, conmovidos, olvidemos los verdaderos principios de la penalidad. ¿I respecto a esta materia qué nos dicen estos principios? Cuando tratamos de las atenuaciones se manifestó que las únicas causas justificativas eran ciertas modificaciones que sufre la voluntad por causas estrañas que menoscoban alguno de sus elementos; i cuando hablamos de la embriaguez completa vimos que no exentaba de responsabilidad por ser jeneralmente voluntaria, aunque produce una completa enajenacion mental: luego si la causa del temor a la familia i a la sociedad burlona e implacable que la mujer puede sentir por el nacimiento de un hijo ilejítimo es su propia inmoralidad, i si ella voluntariamente se coloca en tan embarazosa situacion, segun los principios recordados i lójicamente no puede atenderse a dicho temor, salvo en el caso escepcional de un forzamiento. Se vé, pues, que esta segunda causa contradice tambien los principios reconocidos por el mismo código i en que están basadas las atenuaciones i agravaciones.

## VI.

221. La tercera causa no tiene mas fundamentos que las anteriores: no basta, en efecto, que un delincuente tenga, al cometer un delito, un motivo justo de arrebató u obcecacion para que la lei le atenúe la pena, sino que es menester ademas una circunstancia que si la lei no la dice espresamente es porque la conoce la razon que no puede comprender la atenuacion de otra manera. Esta circunstancia indispensable, i que se desprende de la natura-



leza misma de las cosas, es que el arrebató ú obcecación hayan sido ocasionados injustamente por el mismo que sufre sus consecuencias. La lei no puede excusar al hombre mas justamente arrebatado por la cólera que, semejante a un animal bravío, la descargase sobre un tercero que no tiene arte ni parte en el estado de su voluntad, i ménos todavía cuando la víctima sea una persona inconciente. Justo, justísimo dirá la conciencia, la razón i con ella la lei que se atenúe la pena de un hombre que mate *incontinenti* a otro que lo ofende, pues el delito es atraído por el temerario que provoca la tempestad; pero no cabe atenuación si ese delincuente, en lugar de ofender al causante de su cólera, elije a un niño inocente como víctima segura. Pues bien, ¿qué otra cosa hacen los infanticidas que cometen su delito arrebatados u obcecados por la deshonor de la madre, sino descargar su cólera como imbéciles en contra de una criatura en vez de castigar a la madre, causa de la deshonor? Ellos tienen justa causa de arrebató en contra de los autores de la deshonor; pero no, por cierto, de un niño menor de cuarenta i ocho horas. Por otra parte, ¿no es repugnante castigar con una pena mucho mas grave, por ejemplo, a un padre que justamente irritado mata a su hija deshonrada, i con otra mucho menor si mata al niño inocente, fruto de la inmoralidad de la madre? Nótese bien que en el primer caso el padre tendrá pena de presidio perpétuo por el art. 390 i atenuación 5.ª del art. 11; mientras que en el segundo caso será penado solamente con presidio mayor en su grado mínimo a medio. El arrebató de la pasión, preciso es confesarlo, no es tampoco un motivo que pueda atenuar la pena del que mata a un niño que no tiene culpa alguna en los arrebatos i cóleras de sus parientes.

#### VII.

222, Si este ligero exámen del art. 394 manifiesta que no hubo razón para exceptuar el crimen de infanticidio

de la regla comun, la supresion del inciso 3.º del proyecto i el hecho de comprender el artículo aprobado a varios parientes que no tienen interes alguno en el honor de la madre ni motivos para arrebatarse por su deshonor, indican que el Senado no aceptó mas que la primera causa como fundamento del artículo. Por consiguiente, si por la tierna edad del ofendido se atenúa la pena de los parientes que enumera dicho artículo, con mas razon deberia atenuarse la de los afines i hermanos lejítimos que están comprendidos en el art. 13 i excluidos del 394; pero la supresion inconsulta del indicado inciso 3.º, que lójicamente imponia una pena menor a los demas parientes i a los estraños, deja a estas personas sometidas al art. 391 i a las reglas jenerales que rijen las agravaciones respecto al parentesco. I nos atrevemos a llamar inconsulta la supresion, porque de ella debia resultar que los parientes mas inmediatos, que maten a un niño menor de cuarenta i ocho horas, tengan atenuacion, i los mas remotos una agravacion mui calificada. Así la madre lejítima solo puede ser penada con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, miéntras que los hermanos y afines lejítimos deben ser castigados, segun los arts. 391 número 1.º i 68 con presidio mayor en su grado máximo a muerte; porque a mas de la alevosía o premeditacion que existen jeneralmente en el asesinato de niños, concurre la circunstancia agravante del mismo parentesco. Si la comision redactora quebrantó, sin una causa bien calificada, el principio jeneral de que el parentesco es agravante en todos los crímenes, el Senado sancionó este quebrantamiento respecto a los parientes mas próximos, i respetó el principio cuando se trata de los mas remotos que son relativamente los menos criminales: la comision violó solo un principio; miéntras que el Senado se olvidó ademas completamente de la lójica.

223. Las consecuencias de estos errores serán que los

tribunales o tendrán que proceder con arbitrariedad, lo que no es conforme a los fines de la lei; o que torturar su conciencia i su razon para imponer la pena mínima de presidio mayor en su grado máximo a un hermano afin que mate a un niño menor de cuarenta i ocho horas, i solo un máximo de presidio mayor en su grado medio a la madre lejitima que, por iguales motivos, mate a su hijo menor de dichas cuarenta i ocho horas.

### VIII.

224. Si en el crimen de homicidio solo encontramos esta injustificable escepcion a las reglas que dominan en la aplicacion del art. 13, en las lesiones graves hai perfecta conformidad. El art. 400 aumenta en un grado las penas de los que causan lesiones graves a cualquiera de los parientes que comprende el art. 390; luego los otros parientes, que tambien comprende el art. 13 i que son los afines i hermanos lejítimos, deben tener agravacion por éste cuando causan alguna de dichas lesiones. En estos crímenes, la pena es perfectamente proporcionada a la proximidad del parentesco entre el ofendido i el ofensor; pues los que comprende el art. 390, que son los mas cercanos, tienen aumento de un grado; i los otros solo sufren la agravacion comun que puede ser, en muchos casos i segun las penas, ménos que un grado.

225. El Código Español en el inciso 4.º del art. 343 aumenta la pena de los que causan lesiones graves a ciertos parientes sin atender a la calidad del ofendido ni del ofensor i conforme a la doctrina establecida; pero el nuestro hizo estensiva esta agravacion a las lesiones ménos graves sin atender a que en ellas debe rejir el principio de que la circunstancia del parentesco es solo agravante cuando el ofendido es superior al ofensor. De aqui debió resultar, segun la idea de la comision (1) i la letra del

(1) Sesion del 8 de Mayo de 1871.—páj. 150.

art. 400, que un padre que dá una bofetada al hijo causándole una lesion menos grave, deberia tener la misma agravacion legal que el hijo que ofendiese a su padre de igual modo. Felizmente la comision dejó a los tribunales la facultad bastante para salvar esta inconveniencia en contra de la disciplina de las familias, mandando en el núm. 5.º del art. 494 que deben calificar las lesiones de ménos graves o de leves segun la calidad de las personas i circunstancias del hecho. Segun esto, en dos lesiones de igual entidad, una causada por un padre a su hijo i otra por éste a aquel, los tribunales podrán calificar de leve la primera por la superioridad del ofensor i penarla conforme al art. 494; i atendiendo en la segunda a la superioridad del ofendido podrán calificarla de menos grave i castigarla en conformidad al art. 400. Con esta facultad se puede evitar como se nota la igualdad legal de las penas por hechos de tan diversa importancia atendiendo a la calidad de las personas; pero queda el inconveniente contrario de verse obligado el tribunal a imponer penas mucho mas severas al hijo que al padre, pues si califica de ménos grave por haber sido ofensor el hijo, tiene que imponer un mínimo de 541 dia de presidio; miéntras que si califica de leve por ser ofensor el padre no puede subir de 60 dias de prision. Tambien resulta que si ambas lesiones son calificadas de leves, el tribunal tendrá que elejir la pena del padre o del hijo dentro de los límites estrechos en que lo encierra el art. 494. Mas valía no haber modificado lo dispuesto por el Código Español.

## IX.

226. Aunque seria interesante seguir analizando cada uno de los delitos en sus relaciones con el art. 13, tenemos que dejar estos estudios para cuando tratemos en particular de aquellos; pues lo espuesto basta para dejar establecidos los principios jenerales que rijen en esta ma-

teria. Sin embargo nos vamos a permitir estudiar someramente los efectos del parentesco en los delitos principales contra el pudor por cuanto en ellos rijen reglas especiales.

227. El rapto, la violacion, el estupro, la sodomia i los abusos deshonestos son delitos de tal naturaleza que suponen la misma inmoralidad en el pariente superior como en el inferior que los comete. Por este motivo i por ser simples delitos tan graves que llegan a ser crímenes en muchos casos, es natural que cierto parentesco agrave siempre las penas sea cual fuere la condicion del ofendido.

228. Pero en estos delitos sucede con frecuencia que se cometa uno como medio de verificar el intentado o que un mismo hecho constituya dos o mas; i como entónces tiene aplicacion la regla especial del art. 75, la agravacion del 13 no produce ninguno de sus efectos legales. Si un hermano, por ejemplo, roba por la fuerza i viola a una hermana de buena forma, habrá cometido tres delitos, rapto, violacion e incesto; i será penado segun los artículos 57, 75 i 361 con presidio mayor en su grado medio que es la pena mayor asignada a la violacion, el mas grave de los tres delitos (1). En este ejemplo va envuelta la agravacion por el parentesco en la misma pena de los artículos 75 i 361; i por lo tanto el 13 solo puede producir el efecto de que se imponga al reo una pena mas grave dentro del grado medio del presidio mayor, que a un extraño que hubiese cometido los otros dos delitos en igualdad de circunstancias. I si el hermano del ejemplo hubiese cometido solamente la violacion, tendría igual pena legal, pero menor que el otro dentro del grado medio del presidio mayor; porque el aumento de la pena seria solo por el incesto i en tal caso el art. 13 no tendría ninguna aplicacion. De manera que: en el rapto

(1) Solo un error pudo hacer consignar en el acta del 25 de Junio de 1873 que la pena que debe imponerse concurriendo rapto i violacion es la del primer delito.

ejecutado por alguno de los parientes que indica el art. 13 tiene esta aplicacion si no hai estupro, i en caso de haberlo si el autor fuese algun afin colateral; pero si dicho autor fuese cualquiera de los parientes que comprende el art. 364 debe imponerse por el incesto la pena mayor asignada al primer delito; en el rapto seguido de violacion debe imponerse la pena mas grave de este último delito i el parentesco será tomado en cuenta por los tribunales para imponer, dentro del grado respectivo, una pena mayor al pariente que al extraño; en las simples violaciones i estupros cometidos por cualquiera de los parientes que enumera el art. 334 rije tambien la doctrina del 75, pues un mismo hecho constituye dos delitos, pero tendrá aplicacion el 13 si los autores fuesen los afines colaterales que, estando comprendidos en él, no cometen incesto por el 364; i por fin, en la sodomia i en los abusos deshonestos el art. 13 agrava las penas legales dentro del grado que los tribunales puedan recorrer a su arbitrio, i mas o menos segun la proximidad de las relaciones de familia.





## TITULO SEGUNDO.

**De las personas responsables de los delitos.**



### ARTÍCULO 14.

Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1.º Los autores.
- 2.º Los cómplices.
- 3.º Los encubridores.

### ARTÍCULO 15.

Se consideran autores:

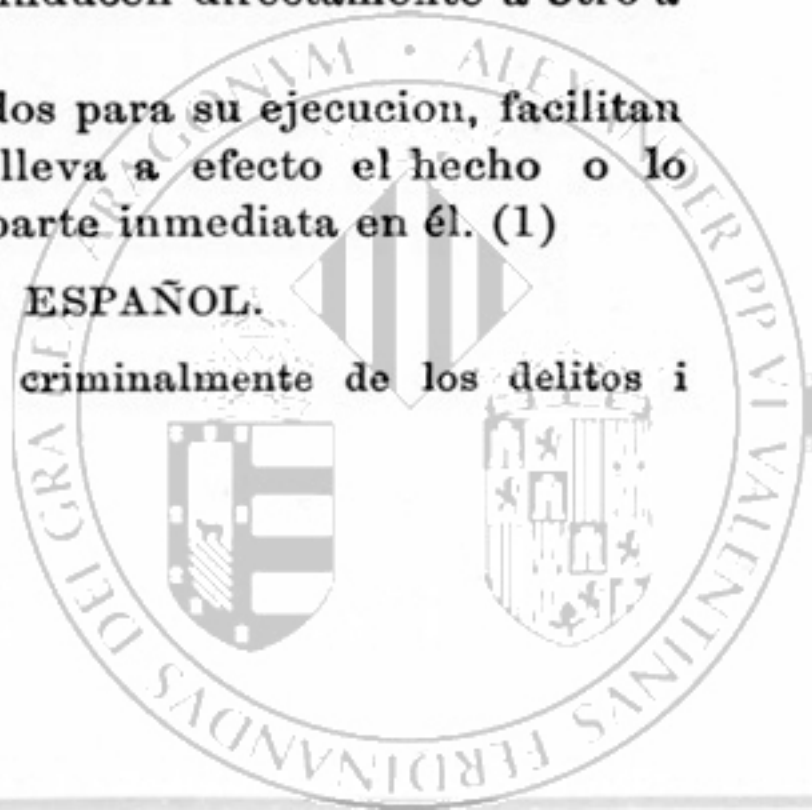
- 1.º Los que toman parte en la ejecucion del hecho, sea de una manera inmediata i directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.
- 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.
- 3.º Los que, concertados para su ejecucion, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. (1)

### CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 11.** Son responsables criminalmente de los delitos i faltas:

- 1.º Los antores.

(1) Carrara, páj. 67.



2.º Los cómplices.

3.º Los encubridores.

Art. 12. Se consideran autores:

1.º Los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho.

2.º Los que fuerzan o inducen directamente á ejecutarlo.

3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho, por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

## I.

229. En el delito colectivo cada delincuente puede desempeñar cierto rol distinto al de los otros i que envuelva mas ó ménos responsabilidad. Una justicia estrictamente proporcionada a la participacion moral o material de cada uno tendria que asignar tantas penas cuantos fuesen las participantes; i como esto es materialmente imposible se han clasificado en grupos e impuesto a cada uno penas distintas, dejándose a los tribunales bastante amplitud en sus facultades para evitar la desproporcion que resultaria de imponer una pena igual i fija para todos los comprendidos en cada grupo, cuya inmoralidad puede ser diversa.

230. « Si los malhechores sujiriesen las leyes, dice Rossi (1), harian que se castigase con igual pena al autor « i al cómplice. » Basta, en efecto, que el castigo mas severo impuesto a parte de las asociadas pueda dificultar la distribucion de los roles i producir frecuentes disensiones para que los delincuentes condenen el sistema que han adoptado, precisamente por estas razones, la mayor parte de las legislaciones modernas. Es cierto que en la práctica es difícil distinguir al autor del cómplice i que este motivo ha inducido a ciertas legislaciones, como a la antigua española i a la francesa moderna, a castigar con igual pena al autor i al cómplice; pero esto solo significa que se ha salvado una dificultad con ayuda de la injusticia. (2)

(1) Lib. 2.º, cap. 34, obra citada.

(2) Rossi, lib. 2.º cap. 34 id. — Carrara p. 6j. 472.

231. Mas esta separacion en grupos no podia verificarse arbitrariamente, sino en conformidad a principios que fijasen el carácter distintivo de cada uno. El sistema utilitario de Carmignan, Bertauld i de otros criminalistas que consideran a los instigadores como delincuentes secundarios, responsables solamente de la obra de otro, i a los ejecutores como delincuentes principales i cuya utilidad consiste en la dificultad de encontrar ejecutores que se resignen a ser penados mas severamente que los instigadores, tiene el grave inconveniente de castigar siempre con mayor pena a la participacion material que a todas luces puede ser ménos perniciosa que la moral.

232. Nuestro código i el Español han seguido el sistema rejido por el principio de la participacion principal i secundaria, colocando en un primer grupo a los participantes principales materiales o morales; en un segundo á los secundarios i en un tercero a los posteriores a la consumacion del delito. En este sistema la separacion del tercer grupo no es difícil, puesto que la posterioridad á la consumacion lo distingue perfectamente de los otros; pero la lei ha necesitado determinar las condiciones y circunstancias características de cada uno por las sérias dificultades para distinguirlos. Estudiaremos esta materia con la detencion que merece.

## II.

233. En jeneral, el Código Español i el nuestro están conformes en clasificar como autores a los inventores i a los ejecutores de un delito. Pero el Español, siguiendo la doctrina de los jurisconsultos romanos, tambien considera autor al que presta ayuda o asistencia que sean de tal modo necesarias que sin ellas el delito no se pueda verificar; miéntras que el nuestro para considerar autores a los que suministran medios de ejecucion, actos jeneralmente propios de los cómplices, exige que ademas hayan tomado

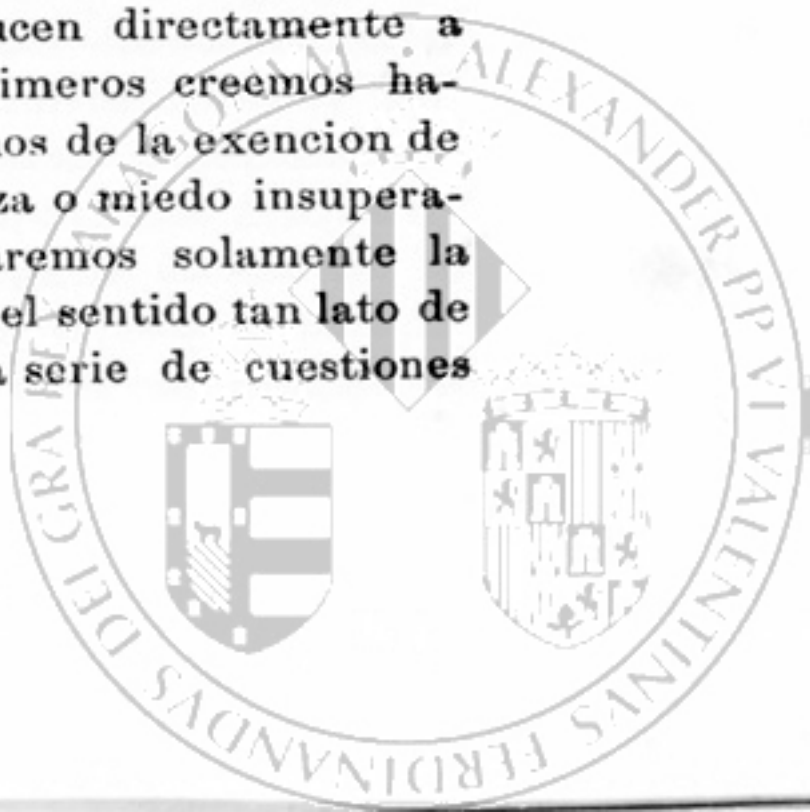
parte en la resolución del delito. De manera que son autores en nuestra legislación todos los que toman parte en la ejecución aunque sea solo presenciándola, i los que suministran medios con que se lleva a efecto un delito si se han concertado para la ejecución; i cómplices, los que solo aprueban la resolución de los autores i cooperan a la ejecución por un medio indirecto de consejo o auxilio: estos principios son fundamentales i de gran importancia práctica.

234. En conformidad a ellos, el núm. 1.º del art. 15 considera autores a todos los que ejecutan el delito, desde el criminal que degüella a la víctima hasta el último que toma parte en la ejecución, aunque solamente sea sosteniendo la escalera que sirva para subir una muralla. Nada tendríamos que observar a este número si se hubiese comprendido en él al delincuente que, concertado para la ejecución, presencia el delito sin tomar una parte activa; porque nos parece mas propio que se hubiese hecho esta mención, ya que se creyó necesaria, en el número 1.º que se refiere a todos los concurrentes a la ejecución, i no en el tercero que solo trata de los delincuentes que suministran medios de ejecución. (1)

### III.

235. El núm. 2.º comprende tambien en el grupo de los autores a los que fuerzan o inducen directamente a ejecutar un delito. Respecto a los primeros creemos haber dicho lo bastante cuando hablamos de la exención de responsabilidad por causa de la fuerza o miedo insuperable. Ahora, por lo tanto, comentaremos solamente la segunda parte del número que, por el sentido tan lato de la palabra inducción, da lugar a una serie de cuestiones dignas de estudiarse.

(1) Carrara, páj. 446 i 447.



236. La induccion, en efecto, puede ser la causa próxima o remota de un delito; próxima o principal cuando los que han resuelto que se cometa usan de tales medios para inducir a otros a la ejecucion que, sin el empleo de ellos, el delito no se llevaria a cabo; i remota o secundaria, cuando sin haberse usado de tales medios, el delito siempre se consumaria: en el primer caso hai co-delincuencia i en el segundo complicidad. Veamos los diferentes modos de manifestarse la induccion próxima.

#### IV.

237. El modo mas frecuente de dicha clase de induccion es la órden que un superior dá a un subordinado para que ejecute el delito que ha resuelto llevar a cabo: el primero es autor, fuera de duda, si el delito se ejecuta; pero la delincuencia i categoría del segundo depende del problema de la obediencia debida. (1)

238. Desde luego declaramos que no aceptamos la distincion, que hacian las leyes romanas i que en parte ha reproducido el Código de Luisiana, entre delitos atroces i ménos graves para hacer responsables a los que ejecutan los primeros por órden del superior jerárquico i eximir de toda pena a los ejecutores de los segundos; porque la mayor o menor gravedad de un hecho no puede ser indicio de la participacion moral del ajente que depende del conocimiento que tenga de la ilegalidad de una órden i porque si este conocimiento puede presumirse de la naturaleza de las funciones, de ningun modo de la gravedad del hecho mandado ejecutar. Así un soldado bien puede creer que es legal la órden de fusilar a un preso; pero no puede presumirse, por ménos discernimiento que se le suponga, que crea legal otra que le mande hurtar o violar a una mujer. Sin embargo, reconociendo que en esta materia no caben principios absolutos por ser tan diversos

(1) Obra citada, lib. 2.º, cap. 13.

los vínculos que ligan a los superiores con los subordinados, necesitamos estudiar en detalle sus diferentes clases.

239. En la jerarquía militar creen algunos autores que la disciplina exige que el subalterno sea una máquina irresponsable i movida por la voluntad del superior. Mas nosotros que, de acuerdo con Rossi (1), Boitard (2) i Chauveau i Hélie (3), consideramos que no es dado al hombre perder jamas la responsabilidad moral de sus actos, acatando sin embargo la importancia de la disciplina creemos que, en todo lo que atañe al servicio, las órdenes de los superiores deben ser cumplidas sin responsabilidad para el ejecutor, i que, fuera de este límite, la obediencia en el mal no solo es innecesaria sino tambien punible. Por mas acostumbrado que el militar esté a la obediencia, es bien poco exigirle que distinga los actos propios de su servicio; i si el último soldado sabe que el ejercito no es para robar, no podrá escusarse con la orden del superior, si roba. I estos principios deben ser tanto mas rigurosos, si ostensiblemente aparece que la orden es ilejítima, cuanto que solo entónces debe aplicarse el castigo; pues en los casos dudosos debemos aceptar que el ejecutor ha creido legal la orden del superior. Descubrir la participacion moral del ejecutor que depende del conocimiento sobre la ilegalidad de una orden, atendiendo para ello a la mayor o menor instruccion i a los grados que lo separen del superior, es la única norma que podemos aconsejar en esta materia.

240. La lójica obliga a ser mas rigurosos con los funcionarios civiles que suponen mas instruccion que los militares i un conocimiento mas completo de sus deberes. Entre ellos, por otra parte, no teniendo una disciplina tan seve-

(1) Obra citada, libro 2. °, cap. 13.

(2) Lecons sur le code penal, páj. 331.

(3) Tomo 1. °, números 910 i siguientes, obra citada.

ra, la desobediencia no puede causar los mismos perniciosos efectos que entre militares.

241. La disciplina descende tanto entre los hijos i pupilos respecto a los padres i curadores que no podrán jamás aquellos escusarse con la obediencia debida. El temor reverencial podrá ser una causa de atenuacion i si llega a convertirse en miedo insuperable, una causa de exencion, pero nunca eximirá de responsabilidad por sí mismo.

242. Méenos todavía podrá eximirse de pena el sirviente que alega una órden de su amo lo que no le servirá ni de atenuacion siquiera, pues las relaciones entre amos i sirvientes están basadas en un contrato libre de arrendamiento de servicios que determina las obligaciones i derechos de cada cual. Las leyes romanas, que tenían establecida una disciplina tan severa entre el amo i el esclavo, no escusaban sin embargo al segundo que cometia un homicidio u otro crimen atroz por órden de su amo.

## V.

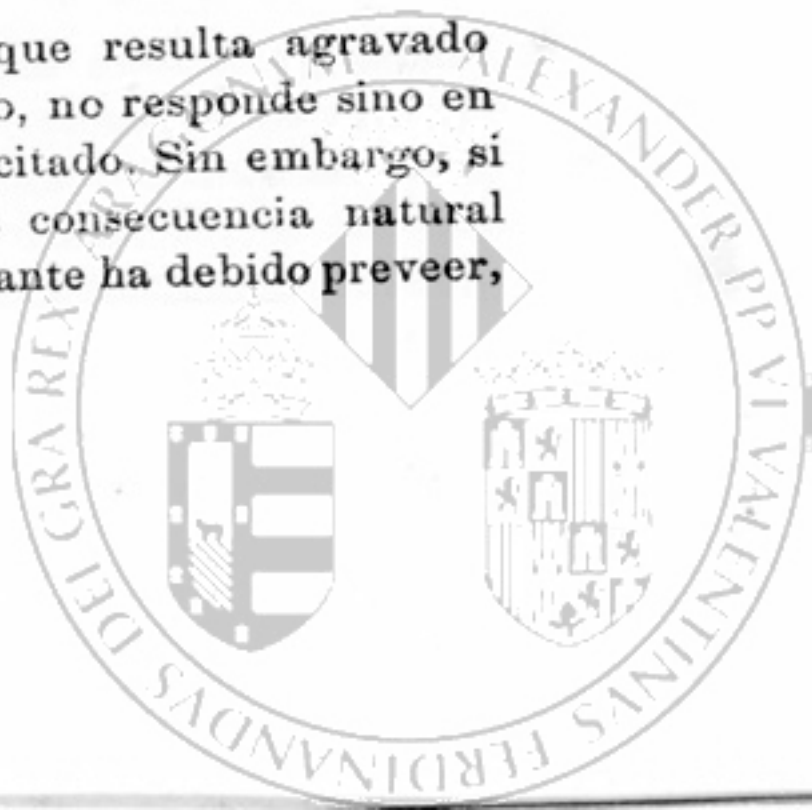
243. Otra causa de induccion próxima es el mandato en que concurren dos partes perfectamente libres, una donando, prometiendo o valiéndose de artificios o maquinaciones para inducir a la otra a que ejecute un delito i ésta aceptando i ejecutando. El mandante es el autor moral, el que concibe la idea del delito, la causa próxima sin la cual no se habria verificado i el mandatario es el autor material que obra con libertad, intelijencia e intencion.

244. Pero en este contrato criminal pueden ocurrir circunstancias que modifiquen la responsabilidad del mandante: puede ser, por ejemplo, que a su primera insinuacion o proposicion el mandatario ejecute el delito; o que, perfecto el contrato, el mandante arrepentido ántes de la ejecucion revoque su mandato; o que el mandatario se exceda en los límites de su comision sea

por los medios que haya empleado o por la ejecución material del hecho: en el primer caso, el mandatario solo podrá ser responsable si los delitos son de aquellos en que la ley castiga la simple proposición que en la mayor parte de ellos no es punible; en el segundo dicho mandatario no será responsable si el ejecutor recibe aviso oportuno del arrepentimiento, por la misma razón que no se castiga al reo de tentativa que se arrepiente voluntariamente; mas, si el aviso fuese tardío, Rossi (1) i Ortolan (2) creen que debe ser responsable, aunque haya sido un accidente fortuito el que impidió su oportunidad, i como nuestro código atenúa la pena del delincuente que, después de haber consumado un delito, procura evitar sus ulteriores i perniciosas consecuencias, nosotros, que aceptamos la responsabilidad, creemos que con mas razón deberá atenuarse la del que procura suspender la ejecución conciliando así, en lo posible, la opinión de los autores citados con la de Bertauld (3) que opina por la impunidad completa en el caso propuesto; i en el tercero, por ejemplo, si el mandatario de un hurto busca cómplices, emplea armas o ejecuta el delito en lugar sagrado, el mandante, según Bertauld (4), debe responder de las agravaciones, salvo que espresamente prohíba el uso de estos medios; pero el inciso 2.º del art. 64 ha resuelto esta cuestión en sentido contrario, conforme a la opinión de Rossi (5).

245. El mandante de un delito que resulta agravado con la ejecución material del hecho, no responde sino en conformidad al inciso del artículo citado. Sin embargo, si las agravaciones hubiesen sido una consecuencia natural del delito convenido i que el mandante ha debido prever,

- (1) Obra citada, páj. 370, lib. 2º, cap. 36.
- (2) Obra citada, núm. 1291.
- (3) Obra citada, páj. 460.
- (4) Obra citada, páj. 457.
- (5) Obra citada, páj. 371, lib 2.º, cap. 36..





creemos, con Rossi (1), que responde lo mismo que el ejecutor. Esto sería, por ejemplo, si el ofendido con cierto número de azotes aplicados con acuerdo del mandante, muriese por causa de ellos.

246. Por fin, si el mandatario ejecutase un delito distinto del convenido, si violase a una mujer que se le mandó robar, el mandatario no debe responder de la violación. En este punto nuestro Código está de acuerdo con el parecer de Rossi (2) que, por ser incontrovertible, sostiene también Bertauld (3).

## VI.

247. Otra causa de inducción próxima puede ser el consejo. Desde la más remota antigüedad los consejeros de crímenes han sido mirados como autores. Aténas los penaba como tales i Aristóteles quería que fuesen castigados más severamente que los ejecutores; pero la notable diferencia que puede existir entre dos consejos i sus diversos efectos sobre el agente, fueron causas para que los jurisconsultos romanos considerasen como autores solo a los consejeros que fuesen la causa principal del delito. Entre los criminalistas modernos, Rossi (4) sigue la doctrina de los romanos; Mittermaier (5) cree que en la generalidad de los casos, los consejeros deben ser penados como cómplices salvo que el consejo sea causa de la resolución i que al mismo tiempo se den instrucciones sobre el modo de cometer el delito; Ortolan (6) exige que el consejo sea la causa generadora de la resolución i que ejerza además una influencia decisiva sobre el ánimo del agente: otros autores, entre ellos Chauveau i Hélie (7), no consideran

(1) Obra citada, páj. 372, lib. 2.º, cap. 36.

(2) Obra citada, páj. 370, lib. 2.º, cap. 36.

(3) Obra citada, páj. 457.

(4) Obra citada, libro 2.º, cap. 36.

(5) Nota 11 al núm. 650 de la obra citada de Chauveau i Hélie.

(6) Obra citada, número 1264 i siguientes.

(7) Obra citada, núm. 651.

autores a los consejeros de que hablamos ni aun con las condiciones espresadas; porque, segun ellos, existe una notable diferencia entre los que compran la mano de un asesino o la arman abusando de su poder, i los simples consejeros que solo sujieren la idea o alientan al criminal.

248. Creemos que de estas diversas opiniones, la mas conforme a la razon i al espíritu de nuestras leyes es la de considerar como autores solamente a los consejeros que han sido la causa inductiva de un delito determinado, teniendo presente para ello los efectos civiles del dolo inductivo i que nuestro Código Penal ha usado el adverbio «directamente» para indicarnos que la induccion debe recaer sobre un hecho preciso i determinado (1).

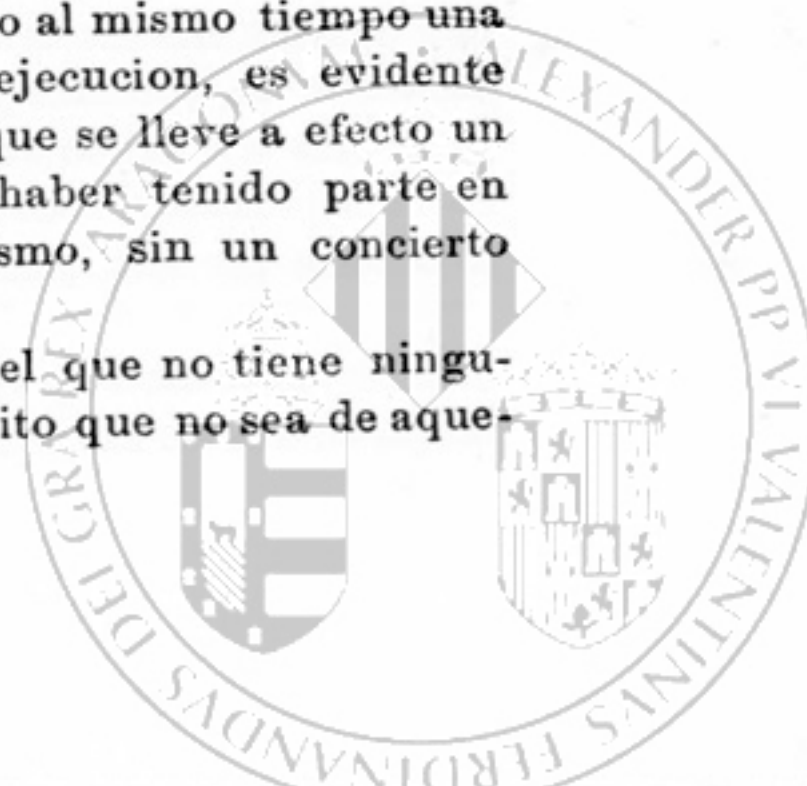
## VII.

249. La tercera clase de autores la componen los que concertados para la ejecucion, facilitan los medios con que el delito se lleva a efecto o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. Tres condiciones son, pues, necesarias para que sean autores los que prestan auxilio para la ejecucion; primera, un concierto prévio; segunda, que faciliten medios materiales; i tercera, que el delito se lleve a efecto precisamente por los medios suministrados.

250. El primer requisito está conforme con los principios que han servido de base para separar los autores de los cómplices; porque si para ser autor se necesita ejecutar el delito o resolverlo tomando al mismo tiempo una parte, aunque sea indirecta, en la ejecucion, es evidente que los que prestan medios para que se lleve a efecto un delito no pueden ser autores sin haber tenido parte en la resolucion o, lo que es lo mismo, sin un concierto prévio.

251. Pero el simple concierto del que no tiene ninguna parte en la ejecucion de un delito que no sea de aque-

(1) Carrara, páj. 460 i siguientes.



llos en que la lei castiga la mera proposicion o la conspiracion, no puede imponer ninguna responsabilidad, pues la lei no castiga la mera intencion: de aqui la necesidad de que el concertado suministre algun medio que ayude en la ejecucion.

252. En este estado de relaciones, si el hecho se ejecuta por los otros concertados hai responsabilidad para el que cooperó á la ejecucion con la influencia moral de concierto i de los medios suministrados; pero todavia puede ser que no se use de esos medios i entónces, no habiendo el delincuente tomado parte en la ejecucion, solo es un cómplice; de aquí, en fin, el tercer requisito, que se lleve acabo el delito con los medios suministrados (1)

#### ARTÍCULO 16.

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecucion del hecho por actos anteriores o simultáneos.

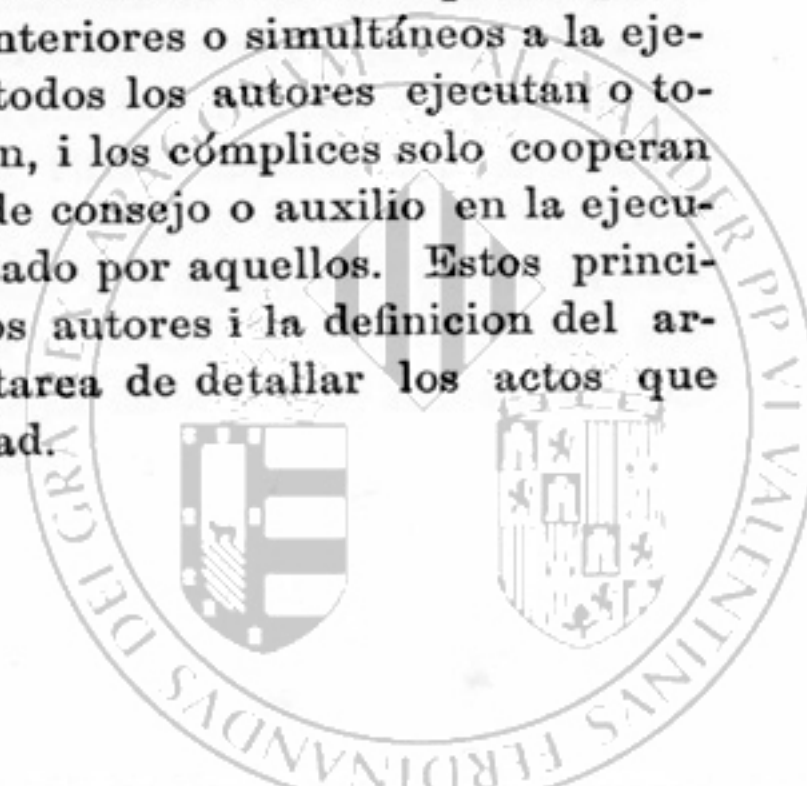
#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 13. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

#### I.

253. Los actos de co-delincuencia i de complicidad tienen de comun que son anteriores o simultáneos a la ejecucion del delito; pero todos los autores ejecutan o toman parte en la resolucion, i los cómplices solo cooperan por un medio indirecto de consejo o auxilio en la ejecucion de un hecho concertado por aquellos. Estos principios, lo espuesto sobre los autores i la definicion del artículo 16, hacen fácil la tarea de detallar los actos que constituyen la complicidad.

(1) Carrara, páj. 467.



254. El número primero, que mira como autores a todos los que toman parte en la ejecucion, no deja lugar para que se consideren como cómplices a ninguno de los ejecutores; el segundo, que clasifica de autores a todos los que fuerzan a ejecutar un delito i a los que inducen directamente a ejecutarlo, solo deja lugar para que puedan considerarse cómplices a ciertos consejeros; pero el tercero, que eleva a la clase de autores a los que verifican ciertos actos propios de los cómplices mediante condiciones copulativas i necesarias, deja lugar a varios actos de complicidad si en la comision de un delito falta alguna de esas condiciones.

255. En cuanto al consejo ya hemos dicho que, para considerarlo como acto de induccion, es menester que sea la causa próxima del delito. Los jurisconsultos romanos opinaban que no debia castigarse el consejo para cometer un delito sino en caso que tuviese la condicion expresada (1); Rossi cree que, siendo fraudulento i la causa de la accion criminal, debe ser penado como acto de co-delincuencia (2); i Chauveau i Hélie afirman que, concurriendo as condiciones exigidas por Rossi, debe pensarse solo como acto de complicidad (3). Por nuestra parte creemos, con Mittermaier, que son cómplices los consejeros de un delito determinado que dan instrucciones sobre el modo de cometerlo i que influyen moralmente en su perpetracion con tal que no sean la causa que haga nacer la resolucion de cometerlo, pues entonces son autores: un consejo de la primera especie es una cooperacion mas importante a veces que la de suministrar armas para cometer un delito.

256. Entre los que suministran medios para la ejecucion de un hecho punible son cómplices todos los comprendidos en el núm. 3.º del art. 15 cuando en su comision falta alguno de los requisitos copulativos mediante

(1) Cita 4.ª de Chauveau i Hélie, en el número 648.

(2) Obra citada, lib. 2.º, cap. 36, pag. 373.

(3) Obra citada, tomo 1.º, núm. 651.



los cuales la lei eleva a la categoría de autores a estos de lincuentes. Por lo tanto, son simples cómplices los que, sin concierto prévio, dan armas, instrumentos o medios con que se lleva a efecto el delito; i los que, prévio concierto, suministran medios de ejecucion que no se emplean por cualquiera causa. Tambien creemos que las personas que sirven de intermediarias entre un mandante i un mandatario, favoreciendo sus entrevistas, conduciendo sus correspondencias o arreglando las condiciones del contrato i sabiendo tambien en los dos primeros casos el objeto de las entrevistas i correspondencias, son cómplices i no co-delincuentes; pues cooperan a la ejecucion del hecho por actos anteriores i no se hallan comprendidos en ninguno de los números del art. 15.

257. Mas no consideramos como punible la omision de impedir un delito sabiéndose que se debe cometer; porque, no habiendo delito sin una accion u omision espresamente penada, seria menester que la lei impusiese la obligacion de impedir los delitos para que el que faltase cometiera uno especial de omision i otro tanto decimos de la no-revelacion. Es cierto que algunas legislaciones han impuesto al ciudadano el deber de revelar ciertos delitos como la de Francia que hasta el año de 1832 penaba la no-revelacion de algunos delitos políticos; pero afortunadamente el Código Español i el nuestro no han impuesto este deber odioso e inmoral. Sin embargo este abuso del despotismo, batiéndose en retirada, nos ha dejado la condicion de revelar el plan i las circunstancias de la proposicion i conspiracion punibles para eximirnos de responsabilidad (1).

#### ARTÍCULO 17.

Son encubridores los que con conocimiento de la perpetracion de un crimen o de un simple delito o de los ac-

(1) Carrara, páj. 464.

tos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participacion en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecucion, de alguno de los modos siguientes:

• 1.....

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 14. Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetracion del delito, sin haber tenido participacion en él como autores ni como cómplices intervienen, con posterioridad a su ejecucion, de alguno de los modos siguientes:

1.ª.....

I.

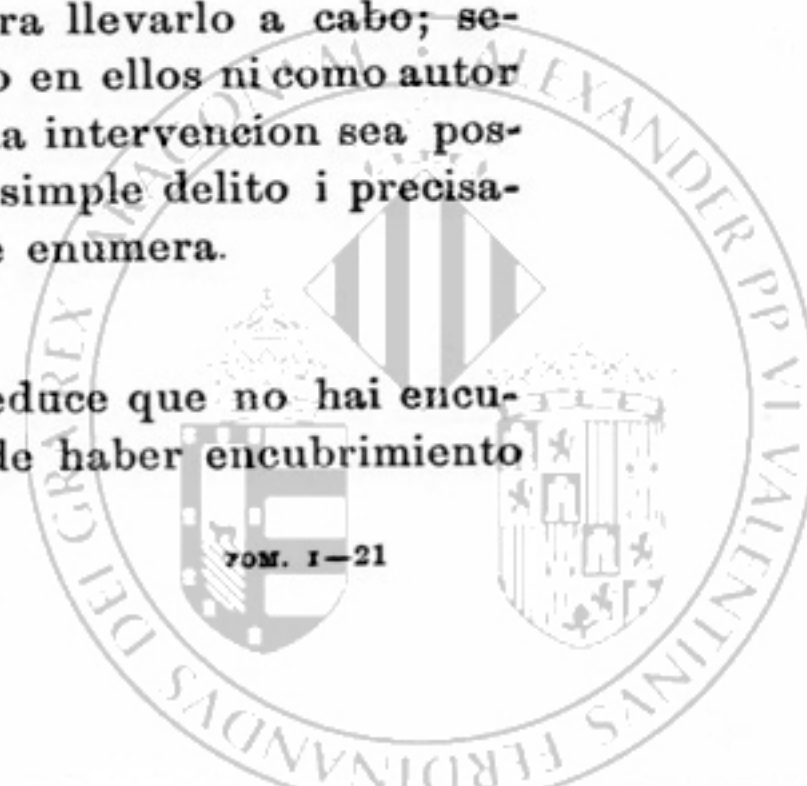
258. Despues de consumado un delito no se concibe que pueda existir una participacion posterior; porque ni el Todo Poderoso puede hacer que se participe hoi de un hecho consumado ayer (1). Sin embargo, por la relacion de ciertas acciones posteriores con el delito consumado i por la influencia que pueden tener en la consumacion de otros, la lei, en lugar de formar de estas acciones una multitud de delitos especiales, ha preferido un sistema que haga depender las penas de los que participan en los rastros o efectos que deja un delito consumado, de las que corresponden a los autores.

259. El art. 17, que contiene este sistema, impone tres condiciones para que se califique de encubridor: primera, conocimiento de la perpetracion de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo; segunda, que no se haya participado en ellos ni como autor ni como cómplice; i tercera, que la intervencion sea posterior a la ejecucion del crimen o simple delito i precisamente de alguno de los modos que enumera.

II.

260. Del primer requisito se deduce que no hai encubridores de faltas i que no puede haber encubrimiento

(2) Obra citada, lib. 2.º, cap. 40, páj. 380.



sin autores de un crimen o simple delito. Por lo tanto, no pueden ser perseguidos por nuestros tribunales los encubridores de robos cometidos en nacion extranjera aunque las especies robadas se encuentren en Chile; pues no hai delito segun el art. 6.º Esta deduccion está perfectamente de acuerdo con los principios; porque, dependiendo la pena de los encubridores de las que merecen los autores i no pudiendo nuestros tribunales juzgar a éstos por las leyes violadas, mal podrian castigar tales encubrimientos. Sin embargo, esta doctrina no debe inducirnos a creer que los cómplices i encubridores de ciertos delincuentes que cometen una accion en sí punible i que la lei no castiga por motivos escepcionales no deban tampoco ser penados; porque ella no puede aplicarse a los casos escepcionales en que la lei convierte en inocente un hecho castigado jeneralmente como delito: estas escepciones solo pueden rejir con los comprendidos espresamente en ellas i no con los demas que no tienen la misma causa para que se les exima de responsabilidad. Por esto es que los cómplices i encubridores de los actos entre parientes que indica el art. 489, no deben gozar del privilejio que la lei concede a dichos parientes por causas puramente personales.

261. De la condicion que examinamos surge tambien esta cuestion: ¿Deberá ser penado como encubridor un individuo que, sin conocimiento prévio de que una especie ha sido robada, la mantiene en su poder despues de adquirir este conocimiento? Esta cuestion la resuelve Carnot en un sentido negativo conforme al Código Frances que espresamente exige para penar al encubridor que tenga conocimiento del oríjen de la cosa al tiempo del encubrimiento. Nuestro código no escluye esta interpretacion i esto nos basta para resolver la cuestion en igual sentido, invocando para ello la analogía con lo dispuesto en el art. 64 i las razones que nos indican Chauveau i Hélie que dicen:

« El que encubre con pleno conocimiento de causa, acepta voluntariamente el crimen i sus consecuencias; mas el que no sabe el oríjen de la cosa sino despues de tenerla en su poder, hasta cierto punto se ve obligado a continuar encubriendo» (1). Estos motivos tienen mas importancia todavia en nuestra legislacion penal que por el art. 454 castiga como autores a las personas en cuyo poder se encuentra una cosa hurtada.

262. De ser necesario conocer la existencia del crimen o simple delito para que haya encubrimiento se deduce que si los encubridores no tienen conocimiento de las circunstancias agravantes que hayan ocurrido en la comision de los hechos no pueden ser penados por ellas. La jurisprudencia de los tribunales franceses fué, hasta 1813, que el receptor de un robo agravado por un homicidio solo respondia como cómplice del primer delito; mas por un decreto de este año se castigó al receptor indicado como reo de homicidio con tal que hubiese tenido conocimiento de esta circunstancia; i, por fin, en vista de penas tan draconianas, se estableció en 1832 que no se impusiera la pena de muerte, cuando correspondiese por la lei de 1813, sino la de trabajos forzados perpétuos (2). Los criminalistas encuentran con razon monstruosas tales penas i están conformes en que, para hacer responsables a los encubridores de las circunstancias agravantes de un delito, deben haber tenido conocimiento de ellas al tiempo del encubrimiento, doctrina sancionada espresamente por nuestro art. 64.

### III.

263. La segunda circunstancia característica de los encubridores es que no hayan intervenido en el delito como autores ni como cómplices. De aqui se sigue que el autor

(1) Obra citada núm. 723 tomo 1.º

(2) Obra citada núm. 729 páj. 251



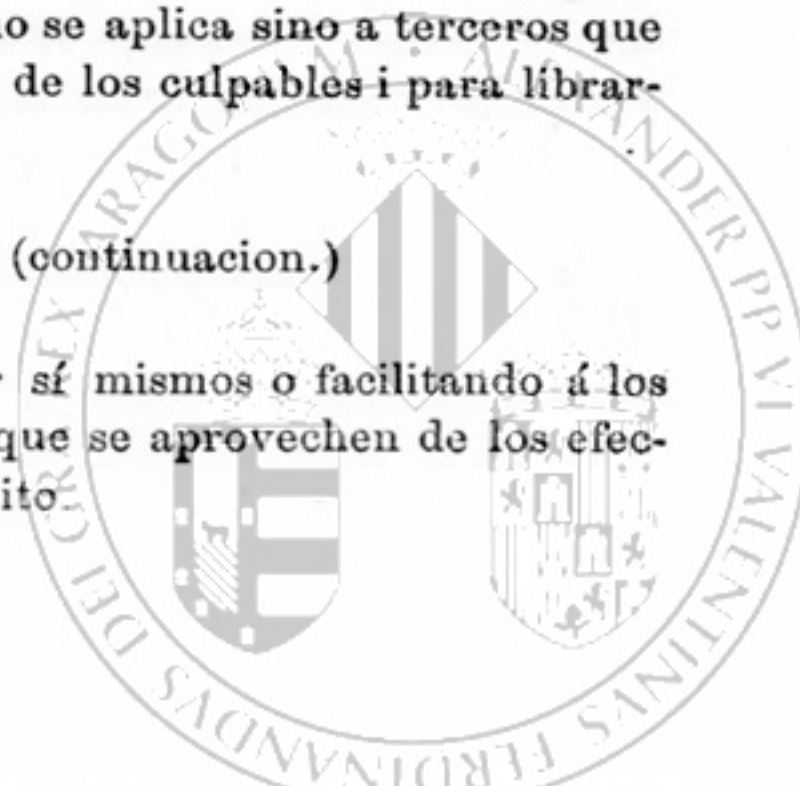


o cómplice de un delito que interviene tambien posteriormente con alguno de los actos que constituyen el encubrimiento, no puede ser castigado con las penas de los primeros i del encubridor a la vez. Un prendista, por ejemplo, que adiestra muchachos para robar i que en seguida les recibe en prenda los objetos robados, debe ser penado solo como autor, aunque al mismo tiempo ejecuta actos propios de los encubridores: el lejislador ha querido que la pena asignada al hecho mas grave sea suficiente castigo, i que estos actos de encubrimientos sean circunstancias agravantes judiciales. Si la lei no hubiera espresado este requisito, que parece redundante a primera vista, habria resultado que en los casos de co-delincuencia o complicidad seguidos de actos de encubrimientos se habria podido dudar, por lo menos, si se debiera imponer las penas correspondientes a cada uno de los delitos en conformidad al art. 74, o la pena mayor asignada al delito mas grave segun el 75.

264. Este principio sancionado por el código está conforme con la teoría que sustentan Chauveau i Hélie comentando el art. 359 del Código Francés que pena al que oculta el cadáver de una víctima. « En ningun caso, dicen ellos, el autor de un homicidio puede ser tambien castigado por haber ocultado el cadáver, pues no es posible ser al mismo tiempo autor i cómplice. Esta ocultacion no es, por otra parte, sino una consecuencia del crimen, i por lo tanto el artículo no se aplica sino a terceros que lo quebrantan por interes de los culpables i para librarlos de la justicia. »

ARTÍCULO 17 (continuacion.)

1.º Aprovehándose por sí mismos o facilitando á los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito



CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 14 (continuacion).

1.º Aprovechándose por sí mismos o auxiliando a los delin-  
cuentes para que se aprovechen de los efectos del delito (1).

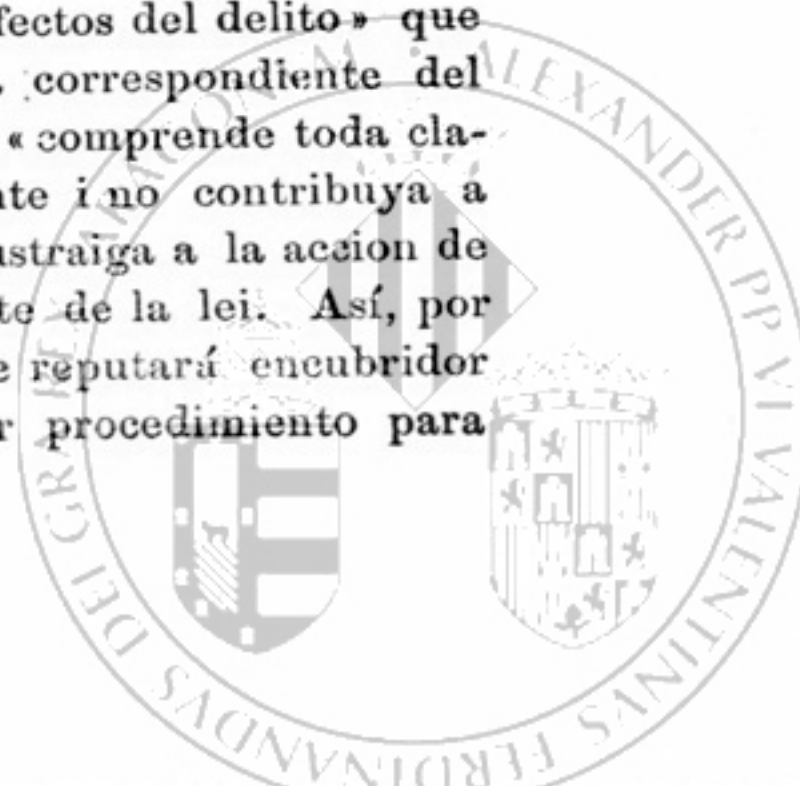
I

265. Los que se aprovechan por sí mismos o facilitan a los delinquentes medios para que se aprovechen de los efectos de un crimen o simple delito, obran por un móvil inmoral i tienden, como los autores i los cómplices, a privar al propietario de sus cosas. Estos motivos son los que han considerado el Código Frances i otros, que no se han cuidado mucho de los principios que separan a los diversos participantes de un delito, para clasificar de cómplices a estos encubridores.

266. La parte 1.ª del número 1.º no presenta ninguna dificultad. Son encubridores todos los que se aprovechan de cualquier modo de los efectos de un delito, i los que facilitan medios para que otros aprovechen con tal que sepan la procedencia ilejítima de la cosa: los primeros tendrán un castigo mas severo que los segundos i ámbos una mayor pena que los comprendidos en los números siguientes, salvo en el 4.º por motivos que luego veremos.

267. El acta de la sesion 127, páj. 225 dice que la comision sustituyó la frase « auxiliando á los delinquentes para que se aprovechen de los efectos del delito » que emplea el Código Español, por la correspondiente del nuestro, atendiendo a que aquella « comprende toda clase de auxilio, aunque sea inocente i no contribuya a ayudar al culpable para que se sustraiga a la accion de la justicia, que debe ser la mente de la lei. Así, por ejemplo, segun esta disposicion, se reputará encubridor el que indicara al ladron el mejor procedimiento para

(1) Carrara, páj 478 i 479.



« beneficiar el objeto robado, aun cuando este consejo no  
« tenga por fin asegurar el provecho del delito i su impu-  
« nidad. »

268. Por nuestra parte, no encontramos diferencia entre la frase «auxiliar a un delincuente» i la de «facilitarle medios»; pues de la segunda puede decirse lo mismo que de la primera, que el simple consejo que el acta indica es un medio suministrado para que un delincuente se aproveche de los efectos del delito. En nuestro concepto, auxilian o facilitan medios para que los delincuentes se aprovechen de los efectos del delito, no solo los que ocultan o llevan a vender o a enterrar los objetos robados, sino tambien el platero que funde las alhajas, el que declara que las ha vendido, el que presenta en juicio el documento falsificado i el que aconseja el modo cómo beneficiar las cosas robadas, con tal que tengan conocimiento del oríjen ilegal de la cosa e intencion fraudulenta de impedir el descubrimiento del delito; mas los actos a que se refiere el acta no son penados ni en el Código Español ni en el nuestro, porque sin intencion dolosa no hai delito.

#### ARTÍCULO 17 (continuacion).

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

#### CODIGO ESPAÑOL.

#### ARTÍCULO 14 (continuacion).

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

#### I.

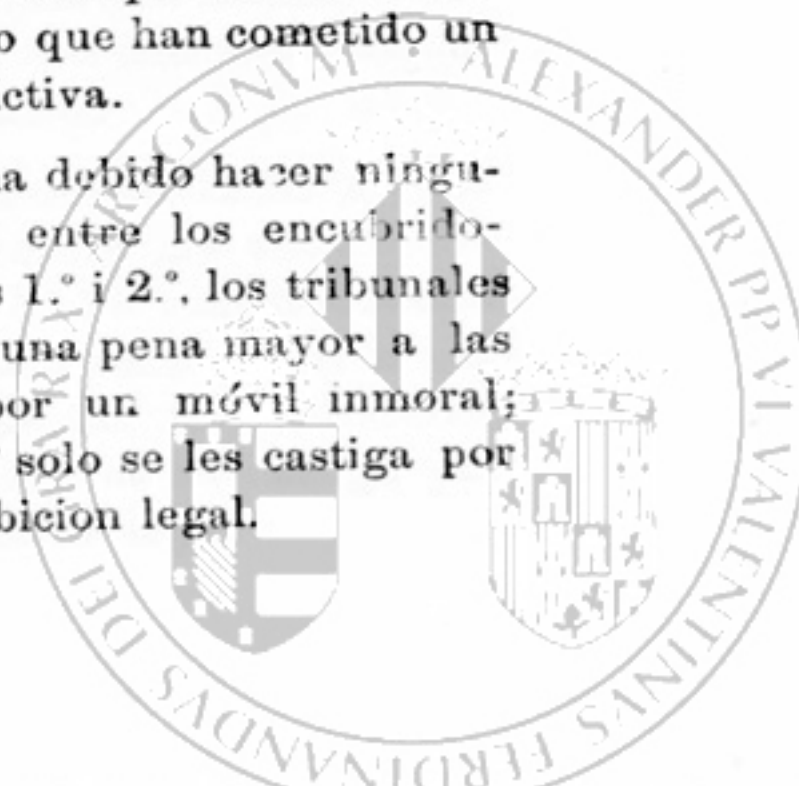
269. Los encubridores a que se refieren los números 2.º i 3.º, tienen de comun que no les liga ningun vínculo criminal con los autores del crimen o simple delito, i que unos i otros ceden jeneralmente a un sentimiento de afec-

cion i de humanidad. Si la lei los castiga no es por actos inmorales en sí, sino porque desobedecen a la prohibicion de impedir la accion de la justicia.

270. Por estos motivos parece que el lejislador debió colocar en iguales circunstancias a estas dos categorias de encubridores; pero, el hecho de impedir los de la primera no solo la aprehension de un delincuente sino tambien de borrar los vestijios del crímen o simple delito, es la causa que la lei considera para hacer una distincion tan remarkable entre los unos i los otros. Si la lei no persigue, como en el número primero, un móvil immoral por su naturaleza sino el obstáculo que entorpece la accion de la justicia, es lójico que sea mas severa con el que dificulta mas esta accion haciendo desaparecer los rastros mismos del crímen o simple delito, que con otro encubridor que solo le impide llegar hasta el culpable que ya sufre una pena con la persecucion, i a quien puede aprehender i castigar despues con menos dificultad que cuando se hace desaparecer el cuerpo del delito.

271. Al mismo principio ha obedecido el Código Francés que por el art. 359 castiga con una pena de seis meses a dos años de prision i con una multa de cincuenta a cuatrocientos francos al que oculta el cadáver de un hombre asesinado; miéntras que solo impone por el art. 248 una pena de tres meses a dos años a los que ocultan o hacen ocultar a las personas, sabiendo que han cometido un crímen que se castiga con pena afflictiva.

272. Por lo demas, si la lei no ha debido hacer ninguna distincion en cuanto a las penas entre los encubridores comprendidos en los números 1.º i 2.º, los tribunales deberán considerar, para imponer una pena mayor a las del número 1.º, que estos obran por un móvil immoral; miéntras que a los del número 2.º solo se les castiga por un quebrantamiento de una prohibicion legal.



ARTÍCULO 17 (continuacion).

3.º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: (1)

Primera.—La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda.—La de ser el delincuente reo de traicion, parricidio u homicidio cometido con alguna de las circunstancias agravantes que espresan los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º i 11.º del art. 12, si estuvieren en noticia del encubridor, o cuando el delincuente fuere conocido como reo habitual de otros crímenes o simples delitos.

CODIGO ESPAÑOL.

ARTÍCULO 14 (continuacion).

3.º Albergando u ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera.—La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda.—La de ser el delincuente reo de rejuicio o de homicidio cometido con alguna de las circunstancias designadas en el número 1.º del artículo 333, o reo conocidamente habitual de otro delito.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermano o afines en los mismos grados, con la sola escepcion de los que se hallan comprendidos en el número 1.º de este artículo.

I.

273. El Código Francés, a pesar de su severidad en materia de encubrimiento, ha penado con ménos rigor a los encubridores que a los reos principales; i considerando, sin duda, que no hai inmoralidad en amparar a los parientes que delinquen, que un castigo para esta clase de encubridores relajaría los vínculos de las familias i que la opinion pública no aprobaría tal castigo, ha exi-

(1) Carrara páj. 478 i 479

mido de toda responsabilidad a dichos encubridores. El mismo principio han seguido los códigos de Bélgica, de Prusia i de Luisiana; pero el Español i el nuestro han sido mas liberales declarando que son actos lícitos ocultar, albergar o proporcionar la fuga a un delincuente, ménos en los tres casos de escepcion que indican i que justifican razones poderosas. Así, en el primero, que solo se refiere a los funcionarios encargados de perseguir o aprehender a los delincuentes, se castiga el quebrantamiento de un deber positivo i voluntario; i en el segundo i tercero se considera que la sociedad no tiene para los reos habituales o de tan graves delitos como son los esceptuados, una conmiseracion digna de ser atendida. Nosotros habríamos comprendido entre los delitos de la circunstancia segunda, al robo con fuerza en las personas: primero, porque el robo es un delito tan bajo que la jente honrada no se haya dispuesta a encubrir al que lo comete; i segundo, porque siendo la causa mas frecuente de los asesinatos, el delito mas jeneral en nuestro país i en el cual tanto influyen los encubridores, la lei puede i debe reprimirlos mas severamente sin temor de herir sentimientos de prudente filantropía.

274. En cuanto a las circunstancias que constituyen la habitualidad podemos aseverar desde luego que un solo hecho no puede constituir la; porque, precisamente para evitar las controversias de los criminalistas franceses, nuestro código usó la frase « crímenes o simples delitos ». Por lo demas, creemos que la calidad de habitual no depende del número de delitos, sino del ánimo de ocuparse constante i continuamente en cometer acciones prohibidas.

ARTÍCULO 17 (continuacion).

4.º Acojiendo, receptando o protejiendo *habitualmente* a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conoci-

miento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta i en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos con solo la escepcion de los que se hallaren comprendidos en el número 1.º de este artículo.

#### ARTICULO 17 DEL CODIGO ESPAÑOL DE 1822.

2.º Los que voluntariamente, aunque sin conocimiento del delito determinado que se haya cometido, acojen, receptan, protejen o encubren a los malhechores, sabiendo que lo son, o les facilitan los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o les suministran auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

#### I.

275. Si se compara la redaccion del número 4.º de nuestro art. 17 con la del número 2.º del art. 17 del Código Español de 1822, que fué la acordada por la comision en el acta del 24 de Mayo de 1870, se verá que aquella contiene la palabra « habitualmente » que le agregó el honorable miembro que propuso la nueva forma en la session del 23 del mismo mes i año, fundado esclusivamente en la rigurosa armonía que entre sí debian guardar los artículos del código. Pero esta palabra « habitualmente » cambió de tal modo el sentido i el alcance de la disposicion del español, que convirtió hechos de verdadera complicidad, comprendidos en el art. 16, en actos de simple encubrimiento. Vamos a demostrarlo.

276. Ya sabemos que el carácter distintivo de todos los

encubridores es el de intervenir con posterioridad a la ejecucion de un delito; i que los autores i los cómplices se diferencian de aquellos precisamente en que intervienen con anterioridad o simultáneamente en la ejecucion. Prévía esta reminiscencia, veamos lo que esponen los criminalistas i mandan los códigos sobre esta materia.

277. El art. 61 del Código Francés considera cómplices a los delinquentes que « con conocimiento de la conducta criminal de los malhechores que cometen escesos o violencias contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o propiedades, les facilitan *habitualmente* albergue, punto de retirada o de reunion. » Esta disposicion, en vez de haber sido impugnada como otros actos que este código califica de complicidad, ha sido aprobada por todos los criminalistas que sostienen los principios que separan a los autores i cómplices de los encubridores.

278. En la esposicion de los motivos de dicho art. 61 encontramos estas notables palabras: « No se concibe la existencia de los encubridores *habituales*, sin atribuirles conocimiento de los proyectos i de la conducta de los malhechores a quienes encubren, i sin participacion con ellos ». Chauveau i Hélie que citan estas palabras, agregan: « en jeneral los actos posteriores al crimen no pueden considerarse como de participantes; pero la cuestion varía cuando los hechos han sido concertados antes de la ejecucion, pues este concierto la facilita asegurando a los autores un refugio o un depósito para guardar los frutos de sus crímenes. I este concierto existe entre los malhechores i los delinquentes a que se refiere el art. 61, porque el hábito de encubrir es un vínculo, una especie de contrato tácito con que cuentan aquellos anticipadamente i que los alienta en la ejecucion de sus criminales



« proyectos. Téngase presente, dicen al terminar, que la  
« complicidad depende del hábito i no del simple encubri-  
« miento » (1). Bertauld justifica tambien el artículo i de-  
nomina a este encubrimiento habitual: « complicidad pre-  
sumida » (2). Boitard dice hablando del mismo artículo:  
« podrá creerse a primera vista que en el art. 61 no hai  
« concierto, ni por lo tanto complicidad en el sentido es-  
« tricto de la palabra; pero el adverbio *habitualmente* está  
« escrito para manifestarla; pues no es el hecho de dar un  
« albergue accidentad o por una vez, lo que constituye la  
« complicidad, sino la frecuencia, el hábito de verificar ta-  
« les hechos. Adquirido este hábito, es indudable que  
« existe una complicidad verdadera, que viene a ser un es-  
« tímulo, una ayuda, una facilidad o una asistencia para  
« los malhechores, porque este hábito constituye una pro-  
« mesa perfectamente conocida, aunque tácita, de recibir  
« a los autores de crímenes, de darles asilo o punto de re-  
« tirada despues que cometan otros nuevos » (3). Rossi  
dice tambien: « los que ocultan los objetos o instrumen-  
« tos del crimen o que dan asilo a los malhechores en vir-  
« tud de una promesa anterior (que, segun lo espuesto, se  
« presume cuando hai hábito de encubrir,) aunque esta pro-  
« mesa no haya sido la causa determinante del delito, de-  
« ben ser penados como cómplices » (4). I mas adelante:  
« el hábito equivale, hasta cierto punto, a una promesa  
« anterior i si el hecho posterior no se verifica sino en  
« cumplimiento de una promesa, de un acuerdo, o de una  
« esperanza dada anteriormente al criminal, puede haber,  
« segun las circunstancias, co-delincuencia o complicidad.  
« I la razon es palpable; pues la complicidad proviene no  
« del hecho material i posterior, sino de la promesa ante-  
« rior al crimen, debiéndose considerar el hecho posterior

(1) Chauveau i Hélie, números 682 i 673, páj. 229.

(2) Obra citada, páj 472.

(3) Leons sur le Code Penal.

(4) Obra citada, cap. 39.

« como el modo de revelarse la complicidad » (1). Por fin, Escrich, comentando la lei 7.<sup>a</sup>, título 18, libro 12 de la Novísima Recopilacion, dice: « esta lei se refiere a los encubridores habituales que contribuyen no solo a la salvacion de los criminales sino tambien a la perpetracion de los delitos que siempre están proyectando » (2).

279. En esta materia, ademas, están conformes las legislaciones mas notables. El Código Francés como ya sabemos, el Belga i el Prusiano disponen que estos delinquentes sean castigados como cómplices; el Austriaco i Napolitano los penan del mismo modo, sin exigir siquiera el hábito de encubrir; el Brasilero dispone, por el número 2.<sup>o</sup> del art. 6.<sup>o</sup>, que son cómplices los delinquentes que dan asilo o facilitan sus casas para reunion de asesinos o ladrones con conocimiento de que cometen o de que se proponen cometer hechos criminales; i los Códigos Españoles de 1822, 1850 i de 1870 los comprenden tambien entre los cómplices.

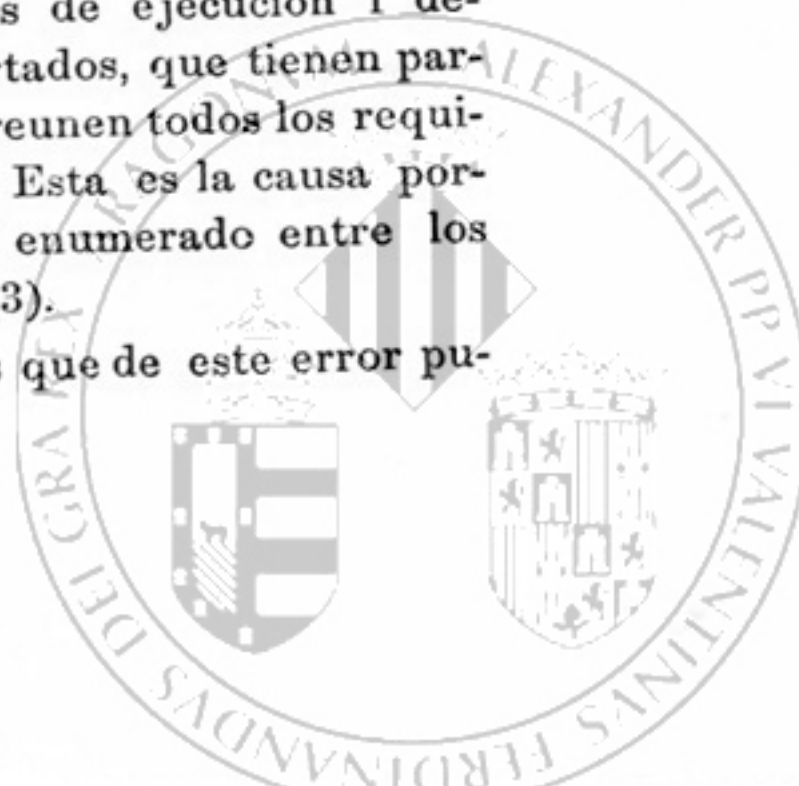
280. En vista, pues, de los principios jenerales de que ántes hemos hecho reminiscencia, de la opinion de criminalistas tan notables como los citados i de las disposiciones de los códigos modernos, no puede quedar ninguna duda sobre que los encubridores habituales de malhechores conocidos son cómplices de sus delitos; porque acogiendo, receptando o protejiendo habitualmente a los malhechores facilitan medios indirectos de ejecucion i debiéndose presumir que están concertados, que tienen parte en las resoluciones, resulta que reúnen todos los requisitos de los verdaderos cómplices. Esta es la causa porque los Códigos Españoles no han enumerado entre los encubridores a estos delinquentes (3).

281. Afortunadamente los males que de este error pu-

(1) Obra citada, cap. 50, páj. 386.

(2) Párrafo 8.<sup>o</sup> de la palabra encubridor.

(3) Carrara, páj 476.



dieron resultar han sido evitados en parte por haberse penado a estos encubridores con mas severidad que a los otros por el inciso 3.º del artículo 52. I si es verdad que de haberse impuesto una pena fija ha de resultar que en algunos casos estos encubridores habituales sean penados mas severamente que los cómplices i aun mas que los autores, al menos no se ha fomentado esta clase de delinquentes tan comunes i perjudiciales en nuestro pais (1).

(1) Véase en confirmacion de lo que decimos, los art. 51, 52 i 446



## TITULO TERCERO.

De las penas.

### § 1.º

De las penas en jeneral.

#### ARTÍCULO 18.

Ningun delito se castigará con otra pena que la que le señale una lei promulgada con anterioridad a su perpetracion.

Si despues de cometido el delito i ántes de que se pronuncie sentencia de término se promulgare otra lei que exima tal hecho de toda pena o le aplique una ménos rigorosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 19. No será castigado ningun delito ni las faltas de que solo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por la lei, ordenanza o mandato de autoridad a la cual estuviese concedida esta facultad.

#### I.

282. Lo dispuesto por el primer inciso del art. 18 es una consecuencia lójica del precepto del art. 1.º; porque si son delitos solamente las acciones u omisiones que ten-

gan penas i si es lícito hacer cuanto la lei no prohíbe, deben ser lícitas en todo tiempo las acciones u omisiones que no sean penadas en el momento de cometerlas. Lo contrario seria no solo inconsecuencia sino una especie de celada que la misma lei tenderia al hombre que cometiese una de estas acciones u omisiones sin poder prever que mas tarde pudieran pensarse como delitos. Por lo demas, este principio de la no-retroactividad de la lei penal es de una justicia tan universalmente reconocida i evidente que hoi nos parece increíble que los ciudadanos de las ilustradas ciudades de Aténas i de Roma fuesen acusados i castigados por hechos que las leyes no clasificaban entre los delitos; i marcamos como una época notable de la ciencia aquella en que se sancionó en Roma el principio de no ser condenado el hombre sino en virtud de una lei promulgada con antelacion al delito, considerando esta época como la del triunfo de la razon sobre el instinto que hasta entónces solo habia dirigido a los pueblos en materia de penalidad.

283. Pero este principio, que tambien rige cuando una nueva lei impone una pena mas severa, tiene su excepcion fundada en la misma perfectibilidad de que es susceptible la lei penal. Las costumbres variables de los pueblos, los progresos de la civilizacion i del conocimiento de la moral, los medios imperfectos de que usa el lejislador para graduar las penas i otras causas, pueden obligar a imponer una pena mas suave de la que en otro tiempo se creyó necesaria para los fines de la justicia social. En este caso seria injusto aplicar la pena vijente en el momento de cometerse el delito; pues el mismo lejislador reconoce por el hecho de disminuirla, que la antigua severidad era inútil para obtener los fines de la lei penal. Por consiguiente la retroactividad de la lei que establece el inciso 2.º del artículo cuando la nueva es mas suave que aquella bajo cuyo imperio se cometió el delito, no se funda en un de-

recho de gracia, sino en la estricta justicia que ordena aplicar la pena mas suave desde que el lejislador reconozca [que se habia escedido en severidad i que la sociedad no tiene interes ni conveniencia en aplicar una lei que el mismo declara desproporcionada al delito.

## II.

284. En la aplicacion de la regla que sanciona el indicado inciso 2.º, no encontramos otra dificultad digna de estudio sino la de saber el modo cómo deben aplicarse las penas cuando la nueva lei sube el mínimo i baja el máximo de la que rejia al tiempo de cometerse el delito, como ha sucedido con la pena del hurto que importa menos de diez pesos (1). Esta dificultad la resuelven los criminalistas con diferentes sistemas, de los cuales enunciaremos los dos principales que servirán para nuestro objeto.

285. Dalloz combina las dos penas i elije el mínimo de la antigua i el máximo de la nueva; i para responder a la observacion de que así aplica una i otra dice que cuando los tribunales apliquen el mínimo se rijen por la lei antigua i cuando el máximo por la moderna (2). Le-Sellyer pretende que si la nueva lei no cambia el carácter de la accion, convirtiendo en falta o contravencion un delito, debe aplicarse la nueva, como mas favorable, si ha bajado el máximo mas de lo que ha subido el mínimo de la antigua; i ésta cuando ha elevado el mínimo mas de lo que ha bajado el máximo (3). Veamos los inconvenientes de ámbos sistemas i el principio que debe rejir esta materia.

286. El de Dalloz es sin disputa el mas favorable al reo; pero no podemos aceptar este sistema ni el de Le-Sellyer, porque uno i otro son contrarios a la lei que solo faculta para elejir una de las dos penas; i tambien al principio de

(1) Compárese el artículo 2.º de la lei del 7 de Agosto de 1849 con el art. 474 de este código

(2) Repertoire methodique et alphabetique de legislation.

(3) Traité de Droit Criminel, núm. 227.

la retroactividad i derogacion de las leyes preexistentes que sanciona el artículo final. Por otra parte, no hai razon alguna para hacer mas favorecida la condicion de un delincuente que comete su delito bajo el imperio de una lei que es derogada por otra ántes de una sentencia condenatoria, que la de todos aquellos que han sido condenados por la antigua o que deben serlo por la moderna. Cuanto puede concederse al reo es que elija la pena; i si deja la eleccion al arbitrio del tribunal que éste no pueda imponer un máximo mas alto que el sancionado por la nueva, porque esto seria violar el derecho adquirido de no poder ser castigado con una pena mayor de la vijente al tiempo de la comision del delito. Tal es tambien la opinion de Haus (1), de Morin (2), de Trebutien (3) i de Bertauld (4).

#### ARTÍCULO 19.

El perdon de la parte ofendida no estingue la accion penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin prévia denuncia o consentimiento del agraviado.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 21. El perdon de la parte ofendida no estingue la accion penal: estinguirá solo la responsabilidad civil en cuanto al interes del condonante, si éste lo renunciare espresamente.

Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto a los delitos que no pueden ser perseguidos sin prévia denuncia o consentimiento del agraviado.

#### I.

287. La pena, que tiene por objeto mantener el órden público reprimiendo los delitos, no puede ser perdonada sino por la misma sociedad ofendida. Si la lei obliga a la justicia a perseguir i castigar al delincuente es porque su

(1) Obra citada, núm. 87.

(2) Répertoire de Droit Criminel, palabra effect retroactif, núm. 7.\*

(3) Cours élémentaire de Droit Criminel.

(4) Obra citada, núm. 178.

persecucion i castigo interesa al órden público; i por lo tanto es lójico que solo el poder, que constitucionalmente representa a la sociedad, pueda indultar la pena cuando considere que este perdon no le causa daño ni alarma alguna: si al que acusa le fuera permitido perdonar las penas en todos los delitos, la sociedad no tendria suficientes garantías ni aquellas cumplirian con su objeto. Pero hai ciertos hechos cuya reserva interesa mas al órden que su publicidad, i a los cuales la lei pena como delitos solo en consideracion a las buenas costumbres, a la disciplina del hogar doméstico i a las personas particularmente ofendidas: así en los delitos de adulterio, estupro, incesto i suposicion de parto, la sociedad ni se alarma ni se interesa en el castigo como en otros delitos, i la publicidad de aquellos es mas desmoralizadora i mas opuesta al órden público que su propia comision. Por estas causas el castigo se deja a la libre voluntad de la persona ofendida, que es la única interesada i la única tambien que puede juzgar con acierto si conviene mas a su decoro sufrir la ofensa en silencio o castigarla con escándalo de la sociedad que se impone de estas miserias de la vida privada i cuya publicidad deshonorará mas al ofendido i a su familia que la comision reservada del hecho. Por las mismas causas i lójicamente la lei permite que en esta clase de delitos se perdone la pena por el ofendido; pues que en ellos la sociedad no es parte directamente interesada, sino mas bien un juez que mira con severidad a los acusadores de hechos de tan repugnante inmoralidad que, no habiendo tenido jeneralmente la prudencia bastante para evitarlos i proceden de ordinario por móviles espúreos, tienen que arrojar por la ventana la dignidad humana i los respetos debidos a una sociedad civilizada al entablar su acusacion. La regla del artículo i la escepcion que establece son, pues, consecuencias lójicas de los principios que rijen en esta parte del enjuiciamiento criminal.



ARTÍCULO 20.

No se reputan penas, la restriccion de la libertad de los procesados, la separacion de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas i demas correcciones que los superiores impongan a sus subordinados i administrados en uso de su jurisdiccion disciplinal o atribuciones gubernativas.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 22. No se reputan penas la restriccion de la libertad de los procesados, la separacion o suspension de los empleados públicos acordadas por las autoridades gubernativas en uso de sus atribuciones, o por los tribunales durante el proceso, o para instruirlo, ni las multas i demas correcciones que los superiores impongan a sus subordinados i administrados en uso de jurisdiccion disciplinal o atribuciones gubernativas.

I.

288. La restriccion de la libertad de los procesados i su separacion de los empleos públicos acordada por el tribunal durante el proceso, son medidas puramente preventivas, pero que producen efectos morales en contra del procesado a mas de los daños materiales. La lei, ya que necesita de estas prevenciones, no debe agravar sus efectos declarando que son penas; pues en estos casos la necesidad no existe para vindicarse de la injusticia. La separacion de los empleos públicos acordada sin proceso por cualquiera autoridad que no sea judicial, i las multas o correcciones que el superior imponga a los subordinados o administrados, en uso de su jurisdiccion disciplinal o de atribuciones gubernativas, tampoco pueden tener el carácter de penas, porque estas medidas se dictan por motivos discrecionales i sin ninguna responsabilidad.

289. Por lo demas, el artículo de que tratamos tiene

por consecuencia precisa que todas las personas que sufran los males que en él se espresan, no puedan ser consideradas como delincuentes para los efectos de las atenuaciones i agravaciones: asi el que ha sido destituido de su empleo i que cometa despues un delito podrá todavia alegar su conducta irreprochable como atenuacion; i cualquiera que haya sido absuelto de una acusacion, que hubiese obligado a la justicia a privarlo de su libertad durante el proceso i que tambien cometiera despues un delito, no podria ser considerado como comprendido en la agravacion del art. 12, número 15 i ménos como reincidente. Este artículo, lo mismo que el anterior, sanciona, por lo dicho, uno de los principios mas fundamentales de la ciencia penal.

§ 2.º

**De la clasificacion de las penas.**

**ARTÍCULO 21.**

Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código i sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

**ESCALA JENERAL.**

**Penas de crímenes.**

Muerte.

Presidio perpétuo.

Reclusion perpétua.

Presidio mayor.

Reclusion mayor.

Relegacion perpétua.

Confinamiento mayor.

Estrañamiento mayor.

Relegacion mayor.

Inhabilitacion absoluta perpétua para cargos i oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares.



Inhabilitacion especial perpétua para algun cargo u oficio público o profesion titular.

Inhabilitacion absoluta temporal para cargos i oficios públicos i profesiones titulares.

Inhabilitacion especial temporal para algun cargo u oficio público o profesion titular.

**Penas de simples delitos.**

Presidio menor.

Reclusion menor.

Confinamiento menor.

Estrañamiento menor.

Relegacion menor.

Destierro.

Suspension de cargo ú oficio público o profesion titular.

**Penas de las faltas.**

Prision.

**Penas comunes a las tres clases anteriores.**

Multa.

Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

**Penas accesorias de los crímenes i simples delitos.**

Cadena o grillete:

Celda solitaria.

Incomunicacion con personas estrañas al establecimiento penal.

**CODIGO ESPAÑOL.**

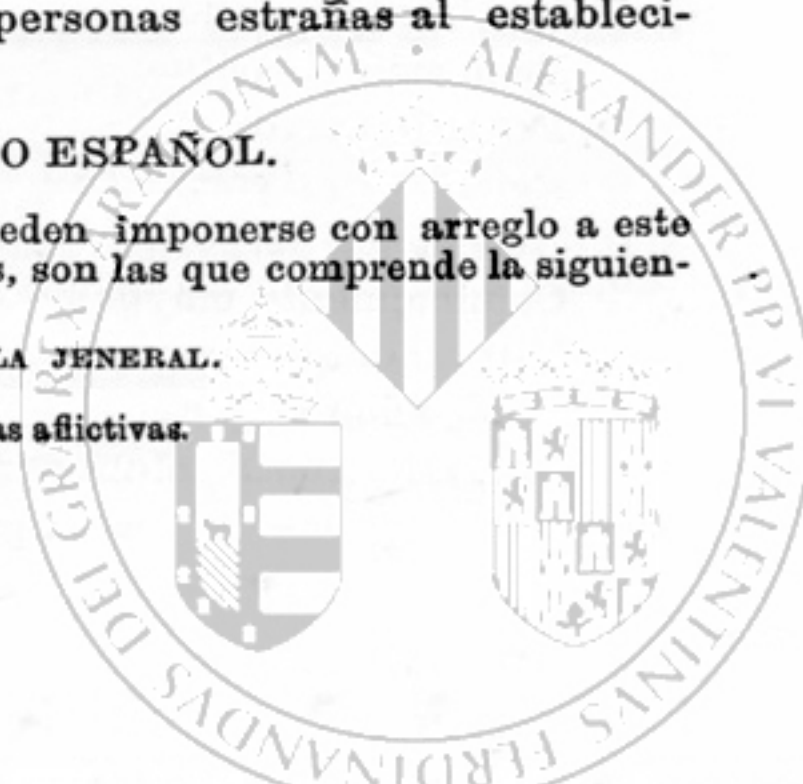
Art. 24. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, i sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente escala

**ESCALA JENERAL.**

**Penas afflictivas.**

Muerte.

Cadena perpétua.



Reclusion perpétua.  
Relegacion perpétua.  
Extrañamiento perpétuo.  
Cadena temporal.  
Reclusion temporal.  
Relegacion temporal.  
Estrañamiento temporal.  
Presidio mayor.  
Prision mayor.  
Confinamiento mayor.  
Inhabilitacion absoluta perpétua.  
Inhabilitacion especial perpétua para algun cargo público,  
—derecho político,—profesion ú oficio.  
Inhabilitacion temporal absoluta para cargos públicos i de  
derechos politicos.  
Inhabilitacion especial temporal para cargo,—derecho—  
profesion u oficio.  
Presidio menor.  
Prision menor.  
Confinamiento menor.

Penas correccionales.

Presidio correccional.  
Prision correccional.  
Destierro.  
Sujecion á la vijilancia de la autoridad.  
Repreesion pública.  
Suspension de cargo público,—derecho político,—profesion  
u oficio.  
Arresto mayor.

Penas leves.

Arresto menor.  
Repreesion privada.

Penas comunes a las tres clases anteriores.

Multa.  
Caucion.

Penas accesorias.

Argolla.  
Degradacion.  
Interdiccion civil.  
Pérdida o comiso de los instrumentos i efectos del delito.  
Resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio.  
Pago de costas procesales.



I.

290. Las condiciones que Bentham exige para que las penas cumplan satisfactoriamente sus propios fines, son tantas i se ha controvertido tambien tanto sobre esta materia que consideramos inoficioso ocuparnos del exámen i esplicacion de cada una. Sin embargo, como en el estudio de las penas que este artículo impone nos será necesario ver si reúnen las principales circunstancias que se exigen para su bondad, renunciaremos siquiera los principios de donde emanan.

291. La lei, que tiene por base a la moral, por objeto mantener el órden público i para conseguir este objeto solo medios bien imperfectos, debe ser moral, justa suficiente i considerar las imperfecciones de los medios que puede emplear. De estos principios jenerales provienen las condiciones que son necesarias o convenientes para la bondad de dichas penas.

II.

PENA DE MUERTE.

292. Es natural que esta pena, que priva al hombre del mas estimado de los bienes, que hiere el sentimiento mas poderoso del corazon humano i que en realidad reúne defectos tan capitales, haya sido atacada bajo diferentes faces. Asi Beccaria i Carlos Lucas le han negado su calidad de lejítima, Livingston su eficacia i otros criminalistas la condicion de necesaria; i de ello provienen tres sérias cuestiones que estudiaremos lijeramente para ver hasta que punto es admisible esta pena en el estado de nuestra civilizacion.

293. Los que niegan la lejitimidad de la pena de muerte afirman que proviniendo la sociedad de un contrato en que cada hombre solo ha cedido una parte pequeña de su

libertad, aquella no tiene derecho para disponer de la existencia que no se ha cedido; i que, teniendo el hombre un derecho inalienable sobre su vida, esta es inviolable. Contestaremos á Bercaria i Lucas con Filanguieri i Rossi.

294. « Si el hombre en estado de naturaleza, dice Filanguieri, tiene facultad de castigar las violaciones de las leyes naturales i de matar al trasgresor, el poder social tiene esta misma facultad por trasmision (1). » « La justicia social, agrega Rossi, es un deber que no puede ejercerse sin los castigos; la pena es la privacion de un bien i todo bien, inclusive la vida corporal, puede ser objeto de la pena; i como hai casos en que la privacion de la vida es el único medio para que la justicia social cumpla su deber i objeto, la pena de muerte es lejitima i necesaria (2). » Se agrega, en fin, que si la vida humana fuese inviolable, no se concebiria cómo se han cometido tantos asesinatos legales en todos los tiempos, naciones, i estados de civilizacion; i menos todavia que ni la conciencia ni las relijiones se hayan sublevado en contra de esta pena.

295. Sea lo que fuere, lo cierto es que las teorías sobre la ilejitimidad de la pena de muerte como la novelesca del contrato social, han sido abandonadas a los poetas i a los filántropos i que los hombres de estado la impugnan solamente como ineficaz e innecesaria i con razones prácticas bien atendibles. Livingston, que ha querido experimentar los efectos de abolir la pena de muerte en el estado de Luisiana, ha dicho en apoyo de su innovacion: « Esta pena que se ha empleado en sus formas más crueles i cuyos efectos se han experimentado de cinco a seis mil años, ha sido siempre ineficaz. Ella, que ha producido una devastacion incalculable de la especie humana, que frecuentemente ha sido fatal a la inocencia i favorable al

(1) Obra citada, libro 3.º, cap 5.º

(2) Lib. 3.º, cap. 6.º

« criminal, nunca ha sido bastante para reprimir el crimen. I si, apesar de esta obra de destruccion i aumento de severidad, hemos presenciado la progresion del crimen parece increíble que no se haya procurado experimentar si la dulzura pudiera tener buen éxito en donde la severidad ha sido hasta ahora infeliz (1). »

296. Estas observaciones históricas corroboradas ademas por la experiencia de que los crímenes han sido mas horribles en los pueblos en donde los suplicios han sido mas crueles i que los delincuentes, endureciéndose con la vista de los suplicios i acostumbrándose con la idea de la pena cruel que los amenaza, cometen en represalias los hechos mas espantosos de barbárie, han persuadido, al fin, de que la pena de muerte solo puede ser eficaz para reprimir aquellos delitos cuya causa inductiva no sea mas poderosa que el temor al peligro eventual de perder la vida. Esta pena, en efecto, podrá detener muchas veces a los que intenten matar por interés; pero mui raramente será eficaz para contener a los que matan en un acceso de cólera o de otra pasion poderosa que obre instantáneamente; i menos al que el amor a la patria o a cierto órden de ideas lo indujeren a cometer delitos políticos.

297. Si la pena de muerte es eficaz para reprimir ciertos i determinados delitos, ¿es también necesaria? En absoluto nada podemos aseverar con acierto; porque su necesidad es una cuestion de hecho i dependiente de las costumbres, de la ignorancia o civilizacion, del sistema de policia, de la seguridad de las cárceles i aun de la estension misma de un pueblo. Pero las condiciones limitativas de su eficacia i sus imperfecciones, como las de ser desigual, indivisible, irreparable i tan peligrosa en manos del hombre que « si puede aprehender al criminal que huye es im-  
« potente para devolver la vida al inocente condenado, »

(1) Introductory Report to the Code of Prison discipline prepared for the State of Louisiana.

han inducido a los mismos defensores de esta pena a reservarla para los crímenes en contra de la vida i de la seguridad exterior del Estado.

298. El código, salvo en casos excepcionales en que por el sistema de las agravaciones corresponde la pena de muerte por delitos que no sean de los espresados en el número anterior, ha respetado estrictamente los principios establecidos; pues dicha pena no se impone como inflexible sino a los parricidas i a los traidores que inducen a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile (1). En los demas casos va acompañada de grados inferiores de la escala penal i solo se aplica en ciertos delitos en contra de la patria o en que hai pérdida de la vida (2).

299. Sin embargo, cuando el código apénas tenia año i meses de vijencia, se derogaron varios de sus artículos por la lei del 3 de Agosto de 1876 que impuso la pena de muerte hasta por la tentativa de robo acompañada de una injuria grave a las personas. Desgraciadamente esta lei que pareció nacer moribunda con los golpes mortales que le asestaron durante su formacion, la ciencia i el buen sentido nacional; i que fué considerada como una fea mancha caida sobre nuestra civilizacion, ha sobrevivido hasta el presente. Entónces tambien la modesta pluma del que esto escribe, publicó los siguientes comentarios que, por dar una idea de los defectos capitales de esa lei, nos permitimos insertar en esta obra.

300. En EL INDEPENDIENTE del 26 de Julio de dicho año dijimos en efecto:

«El proyecto de lei sobre el bandolerismo ha sido aprobado en el Senado a pesar de la ilustrada oposicion de los hombres de la ciencia i de la magistratura: el miedo i el interes privado han triunfado de los principios eternos de la justicia i de los adelantos de la civilizacion, haciéndonos retrogradar a los tiempos primitivos en que el hombre no tenia mas nocion de la penalidad que el grosero principio de que el mal debe castigarse con otro mayor. El inmortal Rossi nos ha pintado estos tiempos

(1) Arts. 106 i 390.

(2) Arts. 106, 107, 108, 109, 391, 433, 434, 474 i 480.



de ignorancia i de barbárie, i como parece que sus palabras hubiesen sido la crítica anticipada de la lei, permítasenos transcribirlas: « los hombres en la cuna de la civilizacion, dice, no tienen de la justicia penal mas que un conocimiento instintivo, «pues solo sienten indefinidamente que el mal merece otro mal; «i dominados por necesidades inmediatas i por la violencia de « las pasiones solo perciben un ofensor i una parte ofendida. En « la infancia de las sociedades es cuando el derecho de castigar « está confundido con el de la defensa propia que es esencialmente individual, torpe en su accion i pasajero. En esta época la « venganza se confunde con la penalidad sin que el hombre, testigo de sus excesos, se ofenda ni se escandalice.» (Introduccion a su tratado de derecho penal, página 25). El ligero exámen que haremos de los artículos de la lei nos manifestará cuán aplicables son estas palabras a los honorables senadores que las aprobaron con sus votos.

**Art. 1.º** En todos los procesos criminales que se siguieren por homicidio, hurto, robo, incendio i accidentes de ferrocarriles, tanto los jueces de primera instancia como los tribunales superiores, apreciarán la prueba con entera libertad i absolverán o condenarán al reo, segun creyeren en su conciencia que es inocente o culpable.

« En épocas normales cuando los jueces no tienen ningun motivo especial que pueda modificar su voluntad hasta el punto de abusar de las facultades arbitrarias que este artículo les concede i aparte de cuanto tiene de inusitado el hecho de revestir a un solo hombre de facultades mas ámplias que las de un jurado i de formar una lejislacion *sui jeneris* para ciertos delitos, no damos al artículo las proporciones terribles que algunos le atribuyen. Confiamos, por el contrario, en que la esperiencia ha de convencer de la ineficácia de una lei, que pudiendo influir solo en el castigo de una mínima parte de los delincuentes, lleva el jérmen de un peligro para la sociedad i la majistratura. Los jueces, en efecto, saben bien que sus fallos no tendrán la sancion pública si solo aparecen apoyados en su conciencia; i ellos, que participan tambien de la opinion comun, no confiarán, por ejemplo para condenar a muerte, en su criterio ni en la conciencia que forme este criterio falible cuando no exista una prueba clara. Por otra parte, la idea que rechaza la pena de muerte domina en casi todos los espíritus, i los que la aceptamos como lejitima i eficaz es bajo la condicion de que sea aplicada en casos extremos i en los grandes crímenes. Raro será el juez que, aun con las pruebas comunes, firme una sentencia de muerte sin que su mano tiemble i mas raros los que impongan esta pena por su conciencia.

« El verdadero peligro que la lei entraña para la sociedad está en épocas electorales, cuando el espíritu de partido i las conveniencias particulares ofuscan el criterio i la conciencia hasta el punto de creer que es licito el acto mas inmoral. En estas épo-

cas habrá un peligro para la sociedad no solo por los abusos que pudieran cometerse en favor de los intereses pasajeros de un partido, sino porque los fallos judiciales apoyados en la mera conciencia no estarán con justicia o sin ella, revestidos de la respetabilidad que es necesaria.

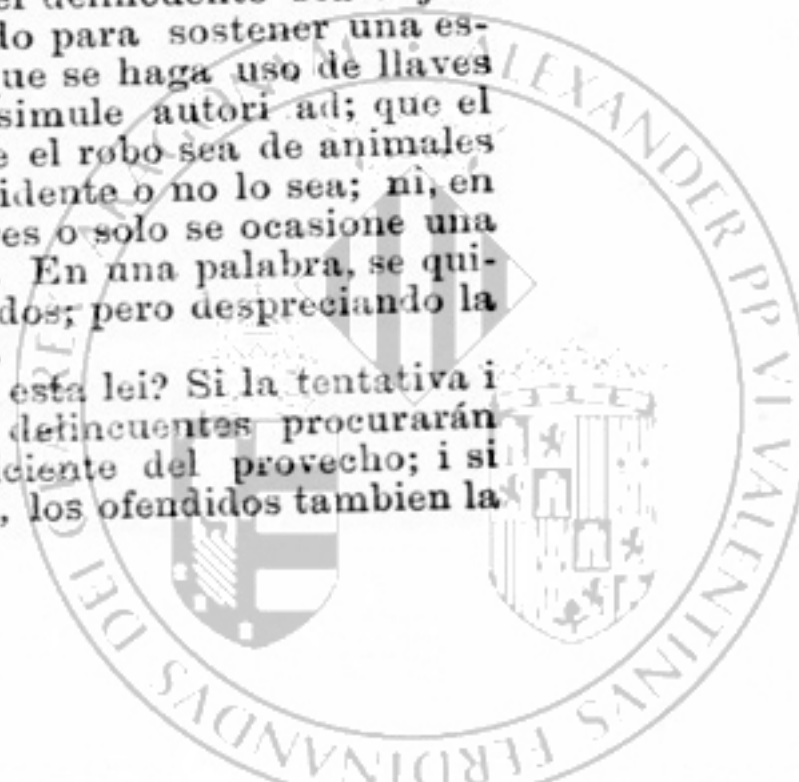
« Pero el inconveniente mas sério de este artículo de la lei es para nosotros la irresponsabilidad judicial que, violándose la constitucion se establece en él; porque no concebimos que puedan ser responsables unos jueces que tienen facultad para apreciar la prueba con entera libertad i que deben absolver o condenar segun su conciencia que, por su propia naturaleza, está casi fuera de los límites de la justicia humana.

Art. 3.º El culpable de robo i de tentativa de este crimen será castigado con la pena de muerte, siempre que al mismo tiempo se hiziere reo de homicidio, violacion u otra injuria grave de obra contra las personas.

« Nuestro Código Penal, en conformidad a la mayor parte de los modernos i a la opinion de los mas notables criminalistas de las diversas escuelas, impone penas graduales a la tentativa, al delito frustrado i al consumado; pero este artículo, sin respetar la moral ni siquiera el principio utilitario, castiga con igual pena estos tres grados notables en la escala ascendente de la inmoralidad. Si los autores del código nos creyeron dignos de tener leyes penales que, respetando los principios de la moral i el interes de la sociedad, graduasen las penas en proporcion a la inmoralidad del agente i para que cada paso del criminal encontrase una barrera que pueda detenerlo, la mayoría del Senado se olvidó de estos principios que, al travez de la ignorancia i del cómodo espíritu de conservacion, han logrado rejir a los pueblos civilizados.

« Pero no es el castigo igual de la tentativa i del delito frustrado i consumado la enormidad mayor de este artículo: es la pena de muerte que impone por delitos de tan diversa inmoralidad. Para esta lei, en efecto, es indiferente la cuantía del daño causado: que el robo se cometa en despoblado o en poblacion i en cuadrilla o por un malhechor; que el delincuente sea el jefe de una cuadrilla o el que solo ha servido para sostener una escalera; que haya o no escalamiento o que se haga uso de llaves falsas; que se emplee disfraz o que se simule autoridad; que el delito se verifique con o sin armas; que el robo sea de animales o en lugar sagrado; que el reo sea reincidente o no lo sea; ni, en fin, que se mate uno o dos o mas hombres o solo se ocasione una simple herida lo que es mas estupendo. En una palabra, se quiso dar una lei de terror para los bandidos; pero despreciando la moral i la misma conveniencia pública.

« Porque ¿cuáles serán los efectos de esta lei? Si la tentativa i la consumacion tienen igual pena, los delincuentes procurarán consumir el delito, pues tendrán el aliciente del provecho; i si es verdad que necesitarán mas audacia, los ofendidos tambien la



necesitarán mayor para repeler una tentativa. I en los casos en que solo fuere necesario una injuria grave de obra para consumir el delito, se matará para que el delito quede en el secreto de la tumba, sabiéndose que hai pena de muerte para el que asesina i para el que solo ocasiona una injuria de aquella clase. Esta lei tiende a que se perpetren los grados mas altos del crimen, pues si se igualan las penas para todos los grados, es lójico que se prefieran aquellos, el robo con homicidio principalmente, por que asi se garantiza mejor la impunidad. Con el rigor se ha querido evitar un mal que se deplora; pero se ve palpablemente que, violándose todos los principios de la penalidad, desconociéndose las bases i medidas de las penas i dejándose las causas intrínsecas de los delitos que se quieran evitar, se conseguirá solamente que los malhechores sean mas audaces i que consuman los grados mas elevados de los delitos.

« Cuando se ha tenido, dice Rossi, la imprudencia de castigar  
« el simple robo con igual pena que el robo acompañado de ho-  
« micidio se ha disminuido el número de ladrones i multiplicado  
« el de asesinos. Esto ha sido porque, siendo iguales los peli-  
« gros en ámbos casos se ha preferido cometer los que hacian  
« desaparecer los testigos. Mientras la eleccion era posible pre-  
« ferian el peligro mas probable de ser condenados a cadenas, de-  
« jando con vida a los testigos del crimen, al ménos probable,  
« de ser condenados al último suplicio degollando a la víctima  
(Obra citada, lib. 3.º, cap. 6.º, páj. 437.)

« Tales serán los efectos de este artículo que los grandes pro-  
« pietarios, mirando su interes privado i produciéndose miedo  
« recíprocamente, aprobaron en el Senado en contra de la opi-  
« nion de los hombres públicos que defendieron los intereses  
« sociales. I a este respecto recordamos otras palabras de Rossi  
« que es oportuno transcribir:

« Las clases elevadas de la sociedad, dice, muestran mas as-  
« pereza e impaciencia principalmente en contra de los ladrones.  
« El hecho se esplica con claridad por el interes personal i por  
« el sentimiento del miedo que es un mal consejero. Desde que  
« el temor personal se pone en juego, desde que el hombre, con  
« razon o sin ella, cree que se trata directamente de la seguri-  
« dad de su persona o de sus bienes, ya no ve límites a la seve-  
« ridad: la injusticia i la violencia pierden a sus ojos los colores  
« odiosos i no satisfecho con tener una éjida en la lei penal quie-  
« re una arma ofensiva. En Francia i en Inglatera, el hombre  
« que haga aso de un billete falsificado, si es descubierto, no es-  
« capará de la muerte; i en el último pais sobre todo no tendrá  
« remision. Es lícito, sin embargo, dudar de la eficacia de una  
« pena que, a pesar de ser tan prodigada, no influye en que este  
« delito sea menos frecuente. »

« Yo he conocido, agrega, un majistrado, hombre probo ordi-  
« nariamente i de alguna intelijencia, que hacia justicia en su  
« asiento de juez criminal con toda la imparcialidad conveniente,  
« salvo que se tratase de alguna acusacion de robo; pues entón-  
« ces este hombre rico, avaro i tímido se transformaba bajo su

« vestido de juez, i se habria podido decir al verlo que esperaba que su caja fuese forzada la noche siguiente, si el acusado fuera s absuelto. (Obra citada, páj. 50.) ¡Tambien hai en Chile quien considere al robo como el delito mas grave! ¡Tan cierto es que los hombres de todos los tiempos i naciones se parecen; i que todo se transforma i avanza en esta vida ménos el corazon humano!

« Ahora ¿cuáles serán las consecuencias de prodigar tanto la pena de muerte? Ellas son bien conocidas: el hombre que contempla la muerte con frecuencia, pierde ese horror que es la causa principal de la eficacia de este castigo. La vista de la sangre endurece el corazon i forma la costumbre de jugar con la vida propia i con la ajena. Este castigo hace ineficaces los otros mas suaves; impulsa a la agravacion de los delitos para hacer desaparecer las pruebas i tiende tambien indirectamente a favorecer a los delincuentes, pues tratándose de él ni los testigos se atreven a acusar ni los jueces a condenar como cuando se deben aplicar otras penas.

« Por esto es que los criminalistas mas pareidarios de esta pena no la aceptan sino como un remedio extremo i peligroso. Montesquieu la considera como la medicina de una sociedad enferma i la reserva para los atentados contra la vida (Espíritu de las leyes, lib. 12, cap. 4.º); i Mably, acérrimo defensor de esta pena, no encuentra sino dos clases de culpables que la merecen: los asesinos i los traidores a la patria. (Principios de las leyes, lib. 3.º cap. 4.º)

« Sin embargo, el proyecto de lei la prodiga con tanto esmero, que puede ser que presenciemos el espectáculo de un hombre condenado al último suplicio por la conciencia de un juez i no solo por el robo de unos cuantos centavos, como hacia notar el honorable senador por Chiloé, sino por la simple tentativa. El miedo es un mal consejero, i dominados por él nada nos importa la moral ni los principios salvadores de la sociedad. »

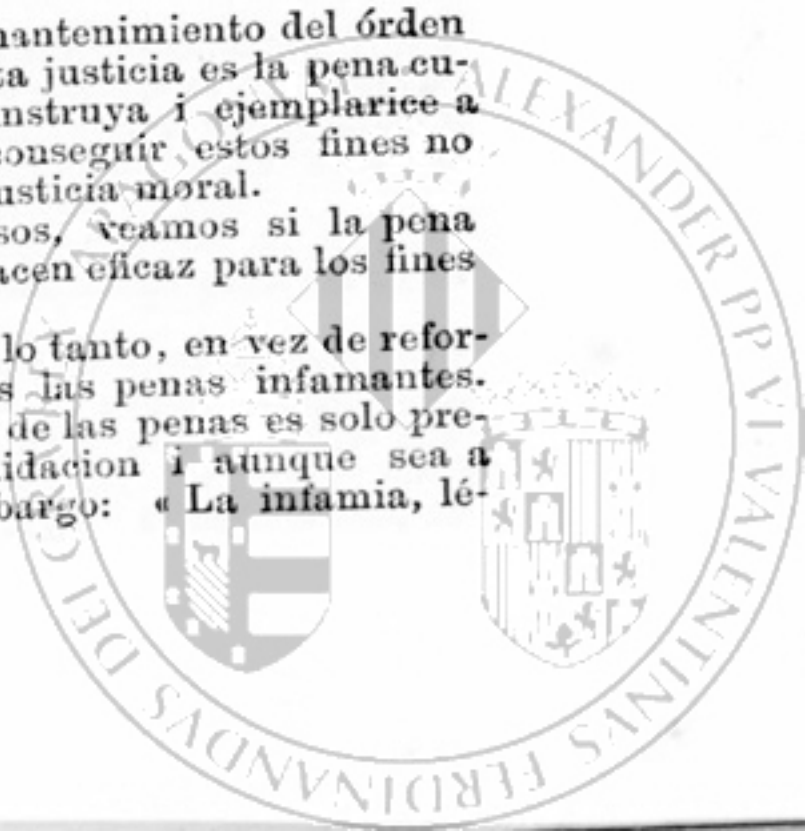
Art. 4.º Los condenados por hurto o robo serán castigados, ademias de las penas que a dicho delito impone el Código Penal, con veinte i cinco azotes por seis meses de presidio.;

« El fin de la justicia humana es el mantenimiento del orden social. Uno de los medios de que usa esta justicia es la pena cuya eficacia depende de que reforme, instruya i ejemplarice a la sociedad, bien entendido que para conseguir estos fines no puede apartarse de los principios de la justicia moral.

« A la luz de estos principios inconcusos, veamos si la pena de azotes reúne las condiciones que la hacen eficaz para los fines de la justicia.

« La pena de azotes es inmoral i, por lo tanto, en vez de reformar, pervierte: tal es el efecto de todas las penas infamantes.

« Bentham que sostiene que el objeto de las penas es solo prevenir los delitos por medio de la intimidacion i aunque sea a costa de la justicia moral, dice, sin embargo: « La infamia, lé-



«jos de servir a la correccion del individuo le obliga a perse-  
« verar en la carrera del crimen lo que es un efecto casi natural  
« del modo como es mirado en la sociedad. Perdida la reputa-  
« cion, el delincuente no tiene nada que esperar, pues no encon-  
« trará confianza ni benevolencia. Si él no puede subsistir sino  
« de su trabajo i si la desconfianza i el desprecio jeneral le pri-  
« van de este recurso, no le queda otro medio que hacerse men-  
« digo o ladrón.» (Teoria de las penas i recompensas, libro 3.º,  
capitulo 3.º)

« I en efecto, esta pena, que en Chile infama aun aplicada con  
injusticia o por hechos que por sí no deshonran, separa al que la  
sufre de la sociedad, le hace mas difícil mantenerse con su tra-  
bajo i le prepara el camino de la penitenciaria o del cadalso. Ade-  
mas, ella coloca a un hombre como una béstia bajo la mano gro-  
sera de un semejante i despierta sentimientos de crueldad en el  
que la sufre i tambien en su verdugo. Por esto es que, con razon,  
ha dicho Rossi que esta pena es un signo i quizas una necesidad  
característica de los pueblos bárbaros. No puede, pues, ser re-  
formadora una pena que envilece i deprava al hombre que la  
sufre i tambien a los ejecutores. Los hechos confirman esta  
teoria.

« Rossi hace notar que los azotes se encuentran prodigados en  
la lejislacion inglesa de tal modo que al leer sus leyes se cree  
estar en un ingenio de azucar i oirse el chasquido del látigo; i  
que apesar de esto los directores de una casa de asilo de Lón-  
dres habian observado que los asilados incorrejibles eran preci-  
samente los que habian sufrido esta pena. (Obra citada, páj. 33.)

« Tampoco esta pena es instructiva i ella no tiene ninguna  
analogía con el robo, ni natural ni intrínseca: es inmoral i el  
bien que pudiera resultar de que el pueblo comprendiese que so-  
lo se aplica a los hurtos i robos, se destruye con los males que  
hemos anotado al considerar su inmoralidad.

« Aplicada en público es ejemplar; pero ni la lei manda que se  
aplique públicamente ni la sociedad lo sufriria, i no es acepta-  
ble que se sacrifique la moral al ejemplo.

« Si ella es divisible numéricamente, su intensidad depende del  
que la aplica i del sexo, edad i fuerza del condenado.

« No es reparable, pues felizmente los habitantes de Chile no  
son tan desgraciados i abyectos que encuentren en el dinero una  
reparacion de esta pena.

« Finalmente, en lugar de tranquilizar, la pena de azotes debe  
inspirar temor a la sociedad porque, sin suprimir la facultad  
de dañar, corroe la voluntad.

« Sin embargo, en nuestro pais se considera esta pena como  
la mas eficaz para correjir el delito de robo; pero los azotes han  
sido i serán eficaces solo porque se usan para descubrir los delin-  
cuentes: ellos no corrijen, descubren los delitos. Por los diver-  
sos motivos que, con tanta sagacidad como esperiencia manifes-  
tó el honorable senador por Chiloé una gran parte de los delitos  
que llegan al conocimiento de los jueces quedan impunes por  
falta de pruebas. Pues bien, la pena de azotes que aun ahora

los subdelegados la aplican como tormento, con cierta cautela, volverá a usarse como medio para arrancar la confesion; i a estas horas los jueces de campo estarán aprontando sus látigos para atormentar a culpables e inocentes. Que los jueces superiores sean severos con los que violen la Constitucion, i que juzguen tambien con la conciencia si las confesiones han sido arrancadas con el látigo, i se verá que la pena no tiene la eficacia que le atribuye la preocupacion popular.

« En resúmen, el art. 1.º, inconstitucional, porque convierte en irresponsables a jueces cuya responsabilidad declara la carta fundamental; inusitado por cuanto reviste a tribunales unipersonales de facultades mas amplias que las comunes de los jurados; i peligroso para la sociedad, no producirá los efectos que se propusieron sus autores. El art. 2.º hará disminuir quizás el número de criminales, pero estos serán mas audaces: los simples robos serán ménos, i los robos acompañados de homicidio aumentarán proporcionalmente. El art. 3.º tendrá por consecuencias la aplicacion de la pena de azotes para arrancar la confesion, un aumento de corrupcion moral de efectos deplorables, si la lei dura el tiempo bastante, i un mayor número de robos cuando la pena deje de aplicarse.

« Tales serán los efectos de esta lei que hará época en nuestra historia legislativa. ¡Ojalá que estemos equivocados i que mas tarde no podamos volver a tratar de este asunto con la prueba de haber sostenido una verdad » (1).

### III.

#### Presidio i reclusion perpétuos.

301. La aplicacion de la pena de muerte apesar de ser tan limitada por sus propios partidarios, se hace cada dia mas repugnante a la civilizacion; pero a medida que ménos se aplica, son mas necesarias las de presidio o reclusion perpétuos que se consideran como las únicas que, en reemplazo de aquella, pueden tranquilizar a la sociedad cuando se trata de hombres tan criminales que inspirarian una constante alarma si se supiera que debia llegar la hora en que se les abriese las puertas de sus prisiones sin haber dado una esperanza de enmienda. Es cierto que estas penas son desiguales; pero la condicion de la igualdad no es indispensable. Por otra parte, el jóven condenado puede, con su buena conducta durante su condena, obtener

(1) Esto escribimos en 1876 i lo reproducimos ahora con mas fatima conviccion por nuestras observaciones como abogado i como juez.

un perdon que haga ménos sensible la desigualdad, i si esto no sucede, si no manifiesta arrepentimiento ni dá esperanza de enmienda, culpa suya será el sufrimiento de mas años de pena que los de un anciano que por la muerte salga de su prision ántes que él, lo que de seguro el jóven no envidiará. Para esta clase de criminales, la pena perpétua puede considerarse como una gracia que la lei les concede, pues, teniendo por objeto principal reprimir los delitos, deberia imponerles la pena de muerte, única que garantizaria a la sociedad de no tener nuevas víctimas del empecinamiento criminal de estos malvados. Estas penas, ademas, son las que encadenan la escala progresiva que debe existir en armonía con los diferentes grados de la criminalidad, escala que dejaria un intervalo inmenso si a la pena de muerte se siguiera la prision temporal. Por esto es que, con razon, ha dicho Target: « La expectativa de un término que ha de llegar precisamente, anula en las almas del todo depravadas los efectos de las penas. En consecuencia, es menester que las acciones, que en la escala de los crímenes siguen inmediatamente a las que se castigan con la muerte, no dejen ninguna esperanza de libertad; pues de otro modo no se observaria la graduacion debida i la escala de las penas no estaria armonizada con la de los crímenes (1). »

302. Resulta de lo espuesto que las penas perpetuas de que hablamos solo deben imponerse a los criminales que se manifiesten completamente depravados; i que es necesario, como una recompensa a su buena conducta futura, dejarles siempre la esperanza de que tengan un fin, pues de otro modo no serán eficaces para la enmienda.

303. En conformidad a estas reglas, el código no ha impuesto, en jeneral, dichas penas sino cuando las circunstancias agravantes suban las temporales hasta este grado de la escala respectiva; i con especialidad a los grandes

(1) Cita de Chauveau i Hélie, páj. 63 tom. 1.°

crímenes en contra de la seguridad exterior del Estado; al perjurio cuando, por causa de él, se ha impuesto a un reo la misma pena o la de muerte; al homicidio con circunstancias mui agravantes; al robo en que hai homicidios o lesiones graves u otras circunstancias tambien mui agravantes, i al incendio en que hai muertes o peligro inminente de pérdidas de vidas (1). I con la facultad de indultar, que la Constitucion concede por el art. 82 al Presidente de la República, se cumple la segunda condicion indicada, dándose al reo la esperanza de que pueda obtener su libertad si su conducta lo hace digno de un perdon. Por lo demas, tanto el presidio como la reclusion deben cumplirse en las cárceles penitenciarias; pero la primera sujeta al reo a los trabajos prescritos por los reglamentos, i la segunda no impone al condenado ningun trabajo forzado (2).

#### IV.

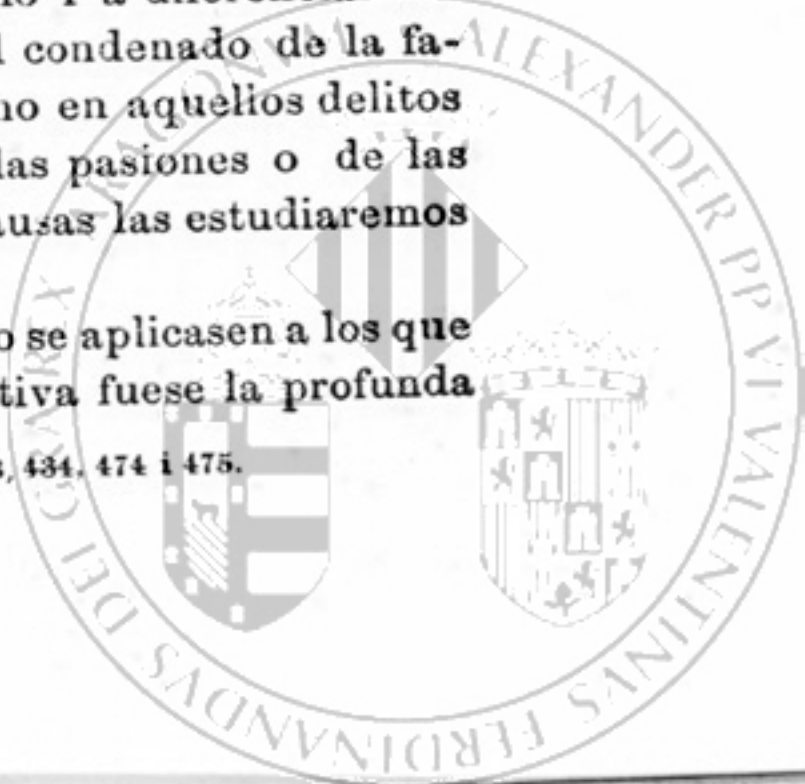
Relegacion perpétua mayor i menor; confinamiento i estrañamiento mayor i menor i destierro.

304. La pena de relegacion perpétua tiene mas de comun con la temporal i con las de confinamiento, estrañamiento i destierro que con las otras perpetuas, a las cuales solo se asemeja en el tiempo de su duracion. Ella, en efecto, lo mismo que las otras que consisten en el abandono forzado del país o de un pueblo i a diferencia del presidio i de la reclusion, no priva al condenado de la facultad de dañar, ni debe aplicarse sino en aquellos delitos que se cometen por extravíos de las pasiones o de las ideas i por imprudencia. Por estas causas las estudiaremos conjuntamente.

305. Si la relegacion i el destierro se aplicasen a los que cometen crímenes cuya causa indultiva fuese la profunda

(1) Arts. 106 hasta el 111 inclusive, 208, 391, 433, 434, 474 i 475.

(2) Arts. 59 i 86.





corrupcion del alma, la lei no cumpliria el objeto primordial de las penas que es reprimir los delitos quitando el poder de dañar. I si a los mismos delincuentes se les castigase con el confinamiento o estrañamiento aunque la sociedad quedaria temporalmente libre de nuevos crímenes por parte de ellos, en cambio las otras naciones infestarian nuestro suelo con sus criminales; i la lei, encerrándose en un círculo estrecho i no mirando mas que su nacion, en vez de cumplir con el deber de cooperar al mejoramiento de la humanidad, fomentaria, hasta cierto punto, el crimen dejando a los delincuentes en libertad para reincidir. Por esto es que estas penas, aplicadas a cierta clase de delitos, pueden definirse con Pastoret: «La accion « de enviar una nacion a otra o un pueblo a otro pueblo la « hez de la sociedad». Por consiguiente, ellas no deben aplicarse mas que a los delitos políticos i a los que provienen del extravío de las pasiones o ideas o de una simple imprudencia. Fuera de estos casos, estas penas, que Livingston no acepta ni en contra de los delitos políticos, no tienen eficacia alguna, i aplicadas a los que delinquen en contra de la seguridad exterior del Estado pueden ser un premio en lugar de un castigo.

306. En el estudio de las penas de muerte i de presidio i reclusion perpétuos tuvimos la satisfaccion de hacer notar que nuestro código se habia conformado estrictamente con los principios que las rijen; pero en las penas de este párrafo, la comisión redactora se descuidó tanto que dejó sin aplicar algunas i a otras les dió una aplicacion caprichosa. Con verdadero sentimiento vamos a demostrar estas aseveraciones.

307. En primer lugar no hai ningun crimen en el código que se castigue con relegacion perpétua ni tampoco con la mayor (1). Es cierto que en varios casos impone la relegacion menor i en algunos hasta en su grado máximo;

(1) Arts. 133, 388, 399, 401, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 490, 491 i 492.

i que, concurriendo circunstancias agravantes, puede aplicarse la relegacion mayor en su grado mínimo; pero nunca, segun las reglas de los arts. 67 i 68, tendrán aplicacion los otros grados de ella i ménos la perpetua. En segundo lugar, la relegacion ha sido aplicada al delito de estafa que, teniendo un móvil tan inmoral como el de los hurtos, falsificaciones i otros de esta especie, debe ser castigado con penas de la misma naturaleza. Castigar con relegacion, como lo hace el art. 469, al platero que vende joyas falsas por verdaderas es facilitar la comision del mismo delito, pues le será mas fácil engañar en otro pueblo que en aquel en donde ha sido condenado. Es verdad que esta pena se impone alternada con la de presidio i que esta circunstancia atenúa en alto grado la falta cometida si los tribunales no la aplican; pero mas valia no haberla escrito. Por lo demas la relegacion se aplica con acierto en los otros casos.

## V.

Presidio i reclusion mayores i menores i prision.

308. Estas penas son las mas perfectas de las que hasta hoi se han aplicado, i el mismo Bentham reconoce que pueden reunir todas las condiciones necesarias i convenientes. Ellas, en efecto, son personales, divisibles i morales con un buen sistema de prisiones; son apreciables, pues el bien de la libertad de que privan es sentido aun por los hombres mas depravados; pueden terminar cuando se quiera i si se aplican con acierto serán análogas, instructivas i satisfactorias; son ejemplares i las que mas se prestan a la igualdad, pues los tribunales podrán compensar con el tiempo i la intensidad las desigualdades de condiciones i circunstancias entre los condenados; ellas miéntras duran quitan la facultad de dañar i tranquilizan a la sociedad si hai un sistema seguro de prisiones; i, en fin, dichas penas son las que pueden servir mejor para obtener la enmienda del condenado.

309. Pero algunas de las condiciones mas principales que hemos indicado no concurren en las penas temporales sin determinadas circunstancias auxiliares i dependientes del sistema de las prisiones. Es cierto que ellas pueden servir para la enmienda del condenado; pero si en lugar de un buen réjimen de prisiones se mantienen a los delincuentes en el ócio i confundidos los aprendices con los maestros del crimen, serán inmoralizadoras en alto grado. Es indudable tambien que dichas penas privan de la facultad de dañar i que son bastantes para tranquilizar a la sociedad; mas si las cárceles no son seguras, no privarán de esa facultad, objeto principal de las penas, ni la sociedad quedará suficientemente garantida. Por consiguiente, para que estas penas sean moralizadoras i tranquilizadoras, es necesario que las prisiones, ademas de su completa seguridad, estén sometidas a cierto réjimen económico i relijioso que impida absolutamente el aumento de corrupcion i que tienda al mejoramiento del criminal.

310. Dos son las condiciones indispensables para que las prisiones tiendan a conseguir la enmienda o el mejoramiento de los condenados: el trabajo i la separacion. El trabajo es una lei de la humanidad i una fuente fecunda de moralidad; i el ócio, por el contrario, la violacion de esa lei i una de las causas orijinales de la mayor parte de los delitos. El trabajo de los reos no es, como se ha dicho, una esclavitud sino el cumplimiento estricto de una lei natural i un medio que tiene la lei civil para que se cumplan sus fines i se compense en parte a la sociedad de los sacrificios pecuniarios que los delincuentes le imponen.

311. La incomunicacion de los condenados es todavía una condicion mas conveniente que el trabajo; porque si éste tiende a moralizar, aquella impide una corrupcion mayor; si el trabajo es una escuela de moralidad que puede conseguir el mejoramiento de algunos condenados, és-

ta impide que las prisiones se conviertan en una escuela de enseñanza de vicios i delitos, cuyos maestros sean los criminales mas avezados.

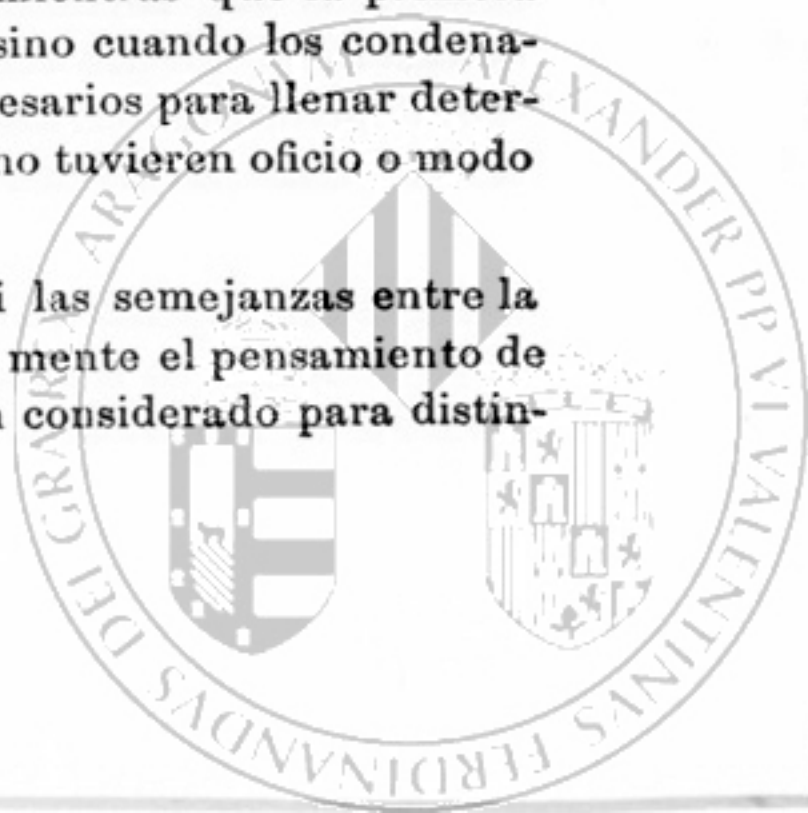
312. Livingston, que en su Código de Luisiana abolió la pena de muerte, ha tenido que ser bien severo en el sistema penitenciario. La simple detencion, la prision con trabajos forzados i la celda solitaria son los tres grados de las penas temporales en este código; pero la celda solitaria ha tenido que aplicarse con intervalos para impedir que los condenados mueran o pierdan la razon, como ha sucedido en los pueblos que la han impuesto por largo tiempo. En Filadelfia se mantiene a los reos dia i noche en sus celdas, trabajando durante el dia i en las penitenciarías de Auburn i de Jénova se les encierra durante la noche i de dia trabajan en comun i en absoluto silencio. Este último sistema es el que rije en nuestro país.

313. El código reconoce la celda solitaria como pena, pero la ha reservado para mantener la disciplina de las penitenciarias cuyos reglamentos pueden imponerla hasta por quince dias, i para castigar a los consuetudinarios en quebrantar sus condenas (1). Tambien reconoce la simple reclusion i el presidio que duran igual tiempo, llevan consigo las mismas penas accesorias i se cumplen en los mismos establecimientos; i que solo se diferencian en que la segunda pena obliga al trabajo, miéntras que la primera no lleva consigo esta obligacion sino cuando los condenados carecieren de los medios necesarios para llenar determinados compromisos o cuando no tuvieren oficio o modo de vivir conocido i honesto (2).

314. Al notarse la diferencia i las semejanzas entre la reclusion i el presidio viene a la mente el pensamiento de inquirir las razones que se han considerado para distin-

(1) Arts. 80 i 90.

(2) Arts. 32 i 89.



guirlas i las reglas que han dirigido al lejislador para imponer en un delito la primera i en otro la segunda. I como de la acertada resolucion de estas cuestiones debe surgir la norma, el principio que nos sirva para examinar si ha sido conveniente i lójica la eleccion que se haya hecho de la una o de la otra en cada caso particular, trataremos de resolverlas con la atencion debida.

315. Ya hemos dicho que el objeto principal del trabajo forzado es la rejeneracion de los delincuentes, pues se sabe que la ociosidad, la repulsion a los sacrificios del trabajo libre i la ignorancia son las causas que conducen regularmente a los presidios; i que ademas se impone con el fin secundario de que los condenados puedan cumplir sus penas pecuniarias, auxiliar a sus familias i pagar siquiera en parte los gastos del Estado. Ahora bien, si por la naturaleza de un delito se conoce que las causas inductivas no han sido las que obligan a imponer el trabajo forzado, i si su oríjen no ha sido la ociosidad ni el abandono, entónces no hai motivo para imponer dicho trabajo. De estos principios se deduce lójicamente que, mereciendo el delincuente la privacion de la libertad, la pena de reclusion debe imponerse: primero, a los empleados públicos, sacerdotes i personas que ejercen alguna profesion, cuando delinquen en el ejercicio de sus respectivos empleos, cargos o profesiones; segundo, a los que usurpan algunos de estos títulos con el objeto de lucrar i sin causar un daño determinado; tercero, a los que cometen ciertos delitos que en su naturaleza se asemejan a las faltas, como los que consisten en las violaciones de privilejios o en simple quebrantamiento de disposiciones reglamentarias; cuarto, a los que obran por un móvil semejante al de los delitos políticos; quinto, a los que calumnian o injurian por escrito o de otro modo que manifieste que el autor no pertenece a las clases inferiores de la sociedad; i sexto, finalmente, a todos los que cometen

cuasi-delitos. En los demas casos, debe imponerse el presidio solo, o alternado con la reclusion cuando el delito o la calidad del delincuente sean tales que solamente los jueces puedan apreciar cuál de las penas convenga mas, segun las circunstancias.

316. Jeneralmente el código ha obedecido a estos principios; pero hai varios casos en que ha impuesto la reclusion a la ventura, como en los delitos de vagancia i mendicidad. Si estos hechos debiesen ser castigados como delitos, el trabajo seria la pena mas análoga i eficaz, pues lo punible de ellos es precisamente la ociosidad; pero condenar a la reclusion al ocioso no nos parece ni moral ni un medio propio de corregir. Es cierto, por lo demas, que en la práctica la pena de reclusion se convertirá en presidio para los vagos i mendigos por lo dispuesto en el art. 89.

317. La pena de prision, que debe sufrirse en las cárceles públicas i que no puede durar mas de sesenta dias, se ha reservado para corregir las faltas que son juzgadas por los jueces de subdelegacion (1). Por pésimo que sea el régimen de nuestras cárceles, si solo estuviesen en ellas los condenados por faltas, no resultarían inconvenientes graves; pero encerrándose en las cárceles a toda clase de delincuentes durante el proceso producen muchos de los males que habrían en las penitenciarias sin el régimen usado. Por lo demas consideramos fuera de los límites i objetos de esta obra el estudio del sistema que rige en estas prisiones.

## VI.

Inhabilitaciones i suspensiones de derechos políticos, empleos i cargos públicos i profesiones titulares.

318. « Estas penas, dice Rossi, son las que deben apli-

(1) Arts. 56 i 87 del Código Penal i 33 de la lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales.

«carse con mas prudencia i reserva, pues depende de la naturaleza de cada delito que sean justas i convenientes» (1). I en realidad no pueden ser ejemplares, instructivas, satisfactorias ni eficaces sin la condicion de que sean análogas con la naturaleza de los delitos a que se impongan. Aplicadas al robo i a otros delitos, que tengan su oríjen en la misma clase de corrupcion, serán análogas i convenientes para el órden público, porque estos delinquentes son indignos de ejercer derechos políticos o empleos i oficios públicos que exigen honradez i probidad; pero aplicadas a los reos de estupro o de otros hechos semejantes, que no escluyen ninguna de las condiciones que son necesarias para ser un buen ciudadano o para ejercer empleos públicos o profesiones titulares, pueden ser hasta perjudiciales para la misma sociedad. La condicion de la analogía es por consiguiente decisiva en la eleccion de los delitos a que dichas penas pueden aplicarse.

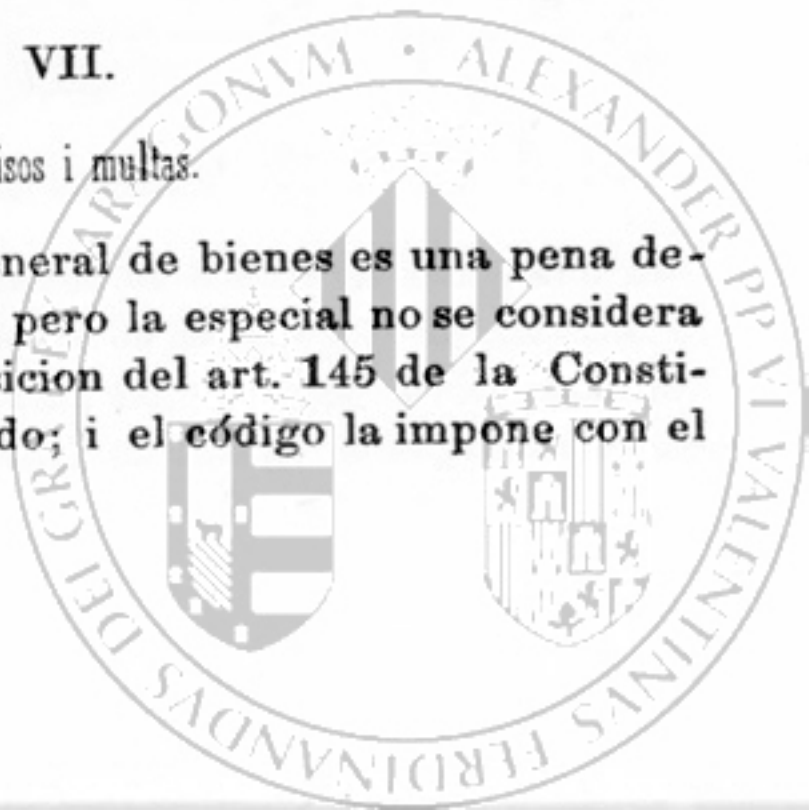
319. Por esto es que, si el lejislador las impone a delitos determinados cuya naturaleza i relacion con ellas pueda examinar, no será difícil que reunan las condiciones de analogía, justicia i conveniencia; pero si las impone simplemente como accesorias de otras que recaen sobre diversas clases de delitos será imposible evitar que resulten las injusticias i anomalías que encontraremos en el estudio del artículo siguiente.

## VII.

### Comisos i multas.

320. La confiscacion jeneral de bienes es una pena definitivamente condenada; pero la especial no se considera comprendida en la disposicion del art. 145 de la Constitucion Política del Estado; i el código la impone con el

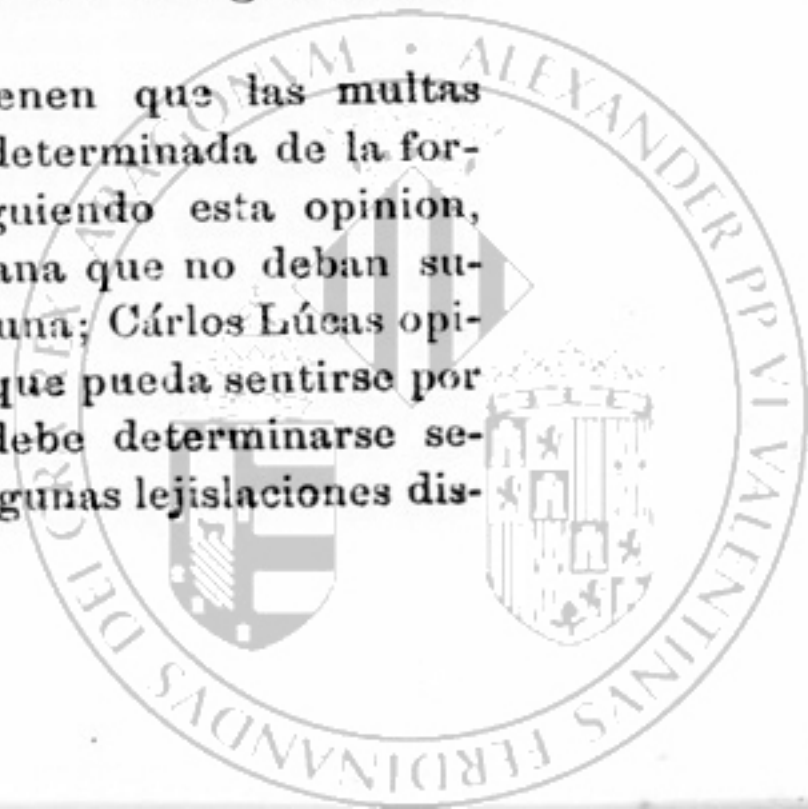
(1) Cap. 11, número 3.\*



nombre de comiso que es una verdadera confiscacion limitada a los instrumentos o efectos del delito.

321. Tambien las multas son penas legales que, aplicadas con acierto, reúnen varias de las condiciones necesarias o convenientes. Ellas son divisibles, apreciables, instructivas i aun ejemplares si se imponen a los delitos que tienen su oríjen en la avaricia; pero no privan de la facultad de dañar i por la naturaleza de las cosas son desiguales en alto grado. I como los inconvenientes de estos defectos capitales son graves, es necesario, para evitarlos en lo posible, que las multas se apliquen o conjuntamente con otras penas que tengan el requisito de que priven de la facultad de dañar, o en los delitos leves que no indiquen perversidad; i ademas que se adopte un sistema que impida que las multas sean ruinosas para los condenados i perjudiciales a la sociedad cuando recaen sobre los pobres o ineficaces para reprimir a los mas ricos. Por esto es que el código aplica las multas conjuntamente con otras penas en los crímenes i simples delitos de alguna gravedad i como pena única solo en los simples delitos mas leves i en todas las faltas, siguiendo ademas cierto sistema que, si en la práctica no evita por completo las desigualdades, se considera como el mas aceptable. Veamos algunas de las principales combinaciones propuestas por los criminalistas i adoptadas por los lejisladores a fin de persuadirnos de que el sistema sancionado por nuestro código es el ménos defectuoso.

322. Bentham i Filanguieri sostienen que las multas solo deben recaer sobre una parte determinada de la fortuna del condenado; Livingston, siguiendo esta opinion, ha mandado en su Código de Luisiana que no deban subir de la cuarta parte de dicha fortuna; Cárlos Lúcas opina porque debe fijarse un máximo que pueda sentirse por los ricos; i Rossi que este máximo debe determinarse segun las riquezas de cada nacion. Algunas lejislaciones dis-





ponen que las multas sean proporcionadas a la fortuna del delincuente, sin determinar la tasa; i el Código del Brasil que sean proporcionadas a lo que al condenado le produzcan sus bienes, empleos o industrias.

323. De estos sistemas, solo el de fijar un máximo que se haga sentir por los mas ricos, atendiéndose a la riqueza nacional i a la índole de cada pueblo, no tiene el gravísimo inconveniente de obligar a los tribunales a informaciones odiosas e inciertas sobre el modo de vivir de los delincuentes i de sus familias; i, en consecuencia, es preferible el adoptado por nuestro código que fija en jeneral un máximo para los crímenes, otro para los simples delitos i un tercero para las faltas, i que en cada caso particular designa el mínimo que los tribunales deben imponer i el máximo hasta donde pueden subir, atendiéndose para fijarlos a la gravedad de los hechos i a la condicion de los culpables cuando ésta se presuma por la naturaleza de los delitos.

#### ARTÍCULO 22.

Son tambien penas accesorias las de suspension o inhabilitacion para cargos i oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares en los casos en que, no imponiendolas especialmente la lei, ordena que otras penas las lleven consigo.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 25. Las penas de inhabilitacion i suspension para cargos públicos, derechos políticos, profesion u oficio son accesorias en los casos en que, no imponiendolas especialmente la lei, declara que otras penas las llevan consigo.

I.

324. Estudiando atentamente cada uno de los delitos en que el código impone las penas de inhabilitaciones como principales, hemos tenido la satisfaccion de notar que en

todos ellos se han aplicado con acierto i en conformidad a los principios establecidos en el número 1.º, párrafo VI del artículo anterior. Asi, las inhabilitaciones para cargos i oficios públicos i las suspensiones se imponen a los empleados públicos que delinquen en el ejercicio de sus atribuciones; la absoluta perpétua o temporal para ejercer profesiones titulares a los jueces i abogados prevaricadores; i la absoluta perpétua para derechos políticos, entre otros casos de fácil aplicacion, a los perjuros en causa criminal i en contra del reo, cuando la pena de presidio no lleva consigo estas inhabilitaciones, segun los principios jenerales.

325. Pero, como accesorias de otras, que se imponen a diversas especies de delitos i que se aplican en cada especie en un grado mas o ménos elevado atendiendo a la gravedad i no a la naturaleza del hecho, deben producir precisamente inconsecuencias i raras anomalías. Vamos a manifestar que son ciertas nuestras observaciones recorriendo algunos delitos en que se aplican o dejan de aplicarse dichas penas, teniendo a la vista los arts. 28, 29 i 30 de este código.

326. Los duelistas i los raptores deben quedar inhabilitados absoluta i perpétuamente para ejercer derechos políticos, cargos i empleos públicos cuando son castigados con presidio mayor, mas no en caso que se les pene con presidio menor en sus grados mínimo a medio; los mismos raptores i los reos de estupro o de injurias al Presidente de la República deben sufrir inhabilitacion absoluta perpétua para derechos políticos si se les impone presidio o reclusion menores en sus grados máximos, i no cuando son condenados en grados inferiores de estas penas; i, lo que es mas digno de atencion, no incurren en ninguna de estas inhabilitaciones los que roban algo que importa ménos de cincuenta pesos, ni los reos de estafa ni de otros engaños cuando por la cuantía de la cosa no sean

penados sino con presidio o relegacion menores en sus grados mínimos a medios. Por otra parte, muchos delitos que por su naturaleza deben ser castigados con algunas de estas inhabilitaciones, suelen no serlo por la concurrencia de circunstancias atenuantes que, sin variar la naturaleza del hecho, bajen la pena comun hasta un grado que no las lleve consigo. Asi el culpable de robo en despoblado, en cuadrilla i con fuerza en las cosas que probase dos circunstancias atenuantes, tendria que sufrir solamente, por los arts. 68 i 440, la pena de presidio ménos en su grado medio que no obliga a imponer ninguna inhabilitacion. Estos defectos son tan ostensibles que no necesitamos de mas comentarios.

327. Para evitar estas anomalías i la ciega desigualdad de estas penas, que llegan a ser pueriles aplicándolas a criminales ignorantes i abyectos i mui graves cuando recaen sobre personas de ciertas aptitudes, creemos que seria necesaria una disposicion que autorizara a los tribunales para imponerlas o nó, en los casos prescritos por la lei, segun la naturaleza de cada delito. I para ello seria menester modificar tambien varios artículos del código i entre ellos el 37 que, atendiendo para calificar las penas de afflictivas solamente a su gravedad, priva de la ciudadanía i niega la escarcelacion con fianza a reos que, como los de adulterio, no merecen esta severidad; miéntras que permite la libertad con fianza a muchos ladrones i estafadores (1).

#### ARTÍCULO 23.

La caucion i la sujecion a la vijilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas en los casos especiales que determine este código i el de Procedimientos.

(1) En confirmacion de lo que aseveramos, véanse los arts. 10, 11 i 21 de la Constitucion, i los arts. 30, 37, 443, 446 i 467 del Código Penal.

CODIGO ESPAÑOL.

[Véase la concordancia del art. 21.]

I

328. La pena de caucion no es aplicable sino en aquellos delitos que consistan en amenazas de causar un daño; pero puede tambien servir para garantizar el cumplimiento de ciertas condenas o en lugar de otras penas que se imponen para prevenir delitos indeterminados. El código, aunque por su art. 46 dice que la caucion tiene tambien por objeto hacer cumplir las condenas, no la aplica sino a las amenazas de atentados en contra de las personas i propiedades, i a los vagos i mendígos para remitirles otras que privan de la libertad.

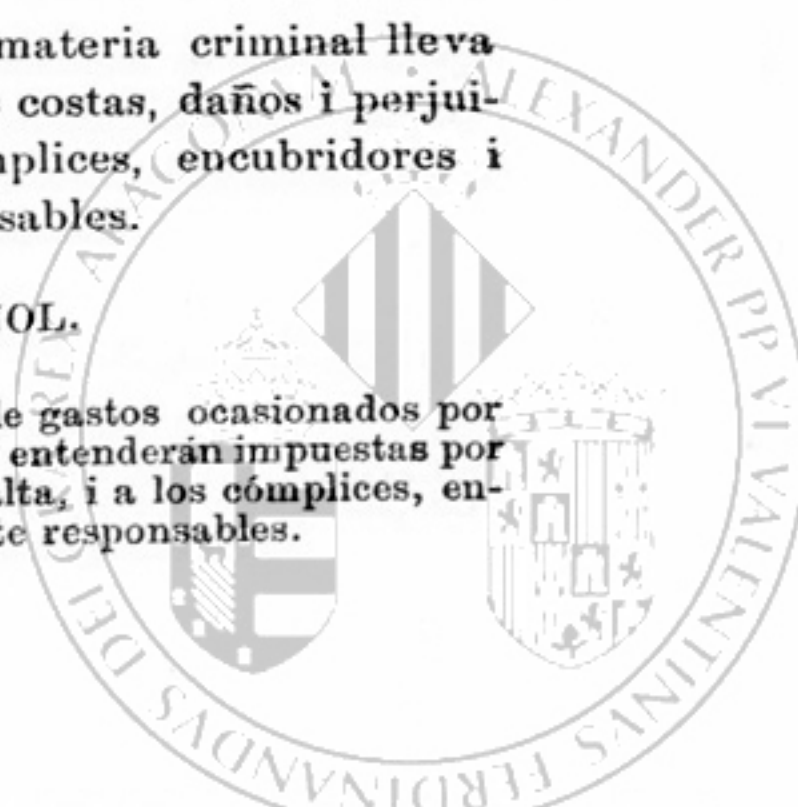
329. La sujecion a la vijilancia de la autoridad es, como la anterior, una pena preventiva que debe imponerse a los grandes delincuentes despues que cumplan sus condenas, i que es útil en todos los delitos en que la caucion tambien lo es. Por lo demas, la eficacia de esta pena depende de un buen réjimen de policia i de que se imponga una sancion penal a las obligaciones que lleva consigo, sancion establecida en el núm. 7.º del art. 90.

ARTÍCULO 24.

Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligacion de pagar las costas, daños i perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores i demas personas legalmente responsables.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 25. La pena de resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio i pago de costas procesales se entenderán impuestas por la lei a los autores de todo delito o falta, i a los cómplices, encubridores i demas personas legalmente responsables.



I.

330. Si la lei civil condena en costas al litigante temerario i a los daños i perjuicios al que falta al cumplimiento de una obligacion, es evidente la razon i lójica con que la lei penal impone estas condenaciones a los que delinquen i son sentenciados.

331. El artículo no dice, aunque habria sido fácil, si estas obligaciones, que envuelve toda sentencia condenatoria en causa criminal, sean o no solidarias; pero el Código Civil establece espresamente esta solidaridad por el art. 2,317. Creemos, en consecuencia, que la comision redactora no tuvo la idea de derogar el artículo citado sino que o se olvidó de agregar la palabra «solidaria» al copiar el art. 25 del Código Español, o no lo creyó necesario por ser un principio de jurisprudencia el que establece el artículo citado del Código Civil.

§ 3.º

**De los límites, naturaleza i efectos de las penas.**

**ARTICULO 25.**

Las penas temporales mayores duran de cinco años i un dia a veinte años, i las temporales menores de sesenta i un dias a cinco años.

Las de inhabilitacion absoluta i especial temporales para cargos i oficios públicos i profesiones titulares duran de tres años i un dia a diez años.

La suspension de cargo u oficio público o profesion titular, dura de sesenta i un dias a tres años.

Las penas de destierro i de sujecion a la vijilancia de la autoridad, de sesenta i un dias a cinco años.

La prision dura de uno a sesenta dias.

La cuantía de la multa, tratándose de crímenes, no podrá exceder de cinco mil pesos; en los simples delitos, de mil pesos, i en las faltas, de cien pesos.

Cuando la lei impone multas cuyo cómputo debe hacerse con relacion a cantidades indeterminadas, nunca podrán aquellas exceder de cinco mil pesos.

En cuanto a la cuantía de la caucion, se observarán las reglas establecidas para la multa, doblando las cantidades respectivamente, i su duracion no podrá exceder del tiempo de la pena u obligacion cuyo cumplimiento asegura, o de cinco años en los demas casos.

La duracion de las penas accesorias de cadena o grillete, encierro en celda solitaria e incomunicacion con personas estrañas al establecimiento penal, es de sesenta i un dias a cinco años; no pudiendo, dentro de estos límites, imponerse por mas de la mitad del tiempo señalado a la pena principal.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 26. Las penas de cadena, reclusion, relegacion i estrañamiento temporales, duran de doce a veinte años.

Las de presidio, prision i confinamiento mayores, duran de siete a doce años.

Las de inhabilitacion absoluta e inhabilitacion especial, temporales, duran de tres a ocho años.

Las de presidio, prision i confinamiento menores, duran de cuatro a seis años.

Las de presidio i prision correccionales i destierro, duran de siete meses a tres años.

La de sujecion a la vijilancia de la autoridad, dura de siete meses a tres años.

La de suspension dura de un mes a dos años.

La de arresto mayor dura de uno a seis meses.

La de arresto menor de uno a quince dias.

La de caucion dura el tiempo que determinen los tribunales.

Los términos que designan el tiempo desde el cual hasta el cual dura la pena, se computan ambos inclusive.

#### I.

332. La lejislacion española que rijió a Chile ántes del Código Penal no reconocia penas perpétuas ni temporales que durasen mas de diez años (1). Este sistema dificulta-

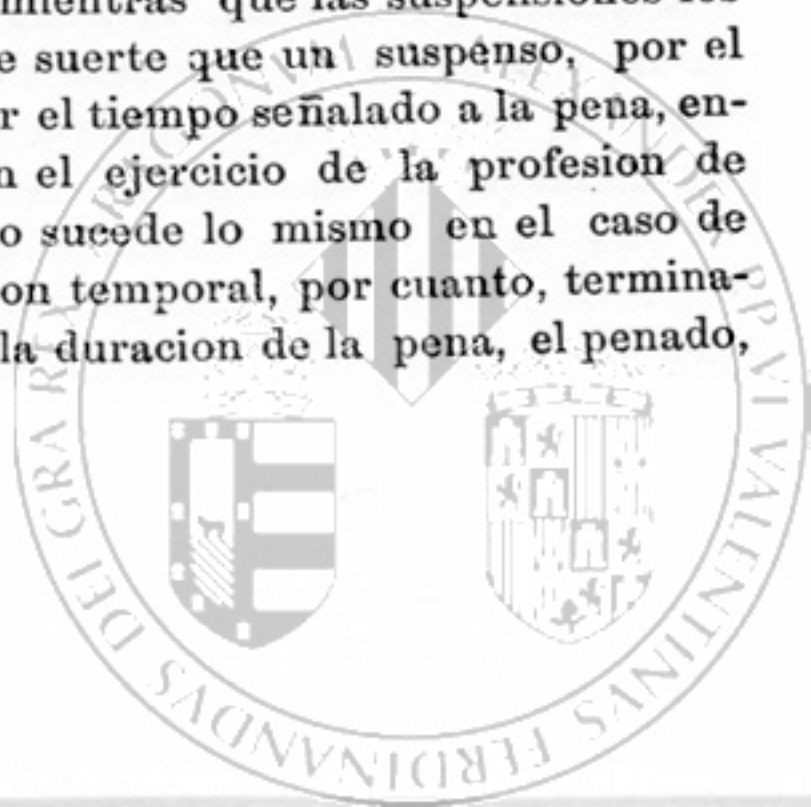
(1) Leyes 7.<sup>a</sup> i 8.<sup>a</sup>, tít. 40, lib. 12 N. R.

ba la proporcion de las penas con la gravedad de los delitos i tenia que prodigar, como consecuencia necesaria, la pena de muerte. La lei patria del 7 de Agosto de 1849 dió mayor estension al límite máximo de la duracion de las penas para los delitos de hurtos i robos; i el código, en conformidad al Español i a los modernos mas adelantados, ha fijado en veinte años el máximo de las penas de presidio, reclusion, confinamiento, estrañamiento i relegacion temporales, i el mínimo en sesenta i un dias. Esta escala permite proporcionar las penas con siete mil trescientos casos de culpabilidad diversa, tomando en cuenta el término de la prision, sin necesidad de usar ni las perpétuas ni la de muerte. I este máximo de veinte años que tambien fijan los Códigos de España, Austria (1), Francia (2) i Beljica (3), nos parece preferible al de treinta del Código de Nápoles (4) i al de quince del Peruano (5); por que el primero casi equivale a la perpetuidad i el segundo tiene los mismos inconvenientes que el antiguo sistema español.

## II.

333. El acta de la sesion del 22 de Junio de 1870 indica la diferencia entre las inhabilitaciones temporales i las suspensiones: « Las inhabilitaciones, dice, anulan de hecho todo nombramiento, título i diploma de empleo, cargo, oficio o profesion; mientras que las suspensiones los dejan subsistentes. De suerte que un suspenso, por el solo hecho de terminar el tiempo señalado a la pena, entra sin mas trámites en el ejercicio de la profesion de que fué suspendido; no sucede lo mismo en el caso de condena a inhabilitacion temporal, por cuanto, terminado el tiempo fijado a la duracion de la pena, el penado,

- (1) Art. 15.
- (2) Art. 19.
- (3) Arts. 12 i 16.
- (4) Art. 58.
- (5) Art. 28.



« sin obtener de nuevo el título de su profesion en la forma que determine la lei, no le será dado ejercerla. » Conforme a esta doctrina, el número 3.º del art. 38 i el 2.º del 39 mandan que los inhabilitados absoluta i especialmente queden incapaces para obtener los honores, cargos, empleos, oficios i profesiones de que han sido privados perpétua o temporalmente; mientras que el art. 40 solo inhabilita para su ejercicio durante el tiempo de la condena; de suerte que el suspenso, cumplida que sea dicha condena, queda repuesto *ipso facto* en todos sus honores, cargos, empleos, oficios i profesiones. Sin embargo, esta diferencia no existe en cuanto a las profesiones titulares; porque, apesar de los arts. 38 i 39, el 44 ha dispuesto que no sea necesario obtener de nuevo el título i que por el cumplimiento de la condena o por el indulto queda repuesto el inhabilitado en el ejercicio de su profesion. Veremos despues los motivos de esta lei excepcional.

334. Los incisos 2.º i 3.º del artículo que comentamos solo pueden referirse a las inhabilitaciones i suspensiones que se imponen como penas principales, pues las accesorias suelen durar mas tiempo. Asi el presidio, la reclusion, el confinamiento, el estrañamiento i la relegacion mayores que duran hasta veinte años, llevan consigo, como pena accesoria, a la inhabilitacion absoluta para profesiones titulares durante la condena; i las mismas clases de penas, cuando son menores i se aplican en sus grados medios, llevan consigo la de suspension de cargo i oficio público tambien durante la condena. Esta interpretacion es la única que salva la contradiccion entre el art. 25 i los 28, 29 i 30, i es admisible a falta de una disposicion expresa como la del art. 27 del Código Español de 1850 que conservó el 30 del reformado (1).

(1) "Lo dispuesto por el art. 26, dice el 27 del Código Español, no tiene lugar respecto de las penas que se imponen como accesorias de otras, en cuyo caso tendrán la duracion que respectivamente se haya determinado por la lei."



III.

335. La primera redaccion del inciso que fija los límites de la multa determinaba un mínimo de cuatrocientos cincuenta pesos i un máximo de mil ochocientos pesos para los delitos graves, dice el acta del 15 de Junio de 1870; de quince pesos como mínimo i de cuatrocientos cincuenta como máximo para los simples delitos; i un mínimo de veinte i cinco centavos i un máximo de quince pesos para las faltas. Pero en la revisacion se modificó el inciso en la forma que fué lei i para ello se tuvo presente, segun el acta del 2 de Mayo de 1873 « que hai casos en que un crimen merece menor multa que un simple delito sobre  
« todo cuando esta pena se aplica juntamente con otra diversa, lo que muchas veces sucede; de manera que no es  
« posible establecer una graduacion rigurosa en las cantidades tratándose de un castigo tan variable en su aplicacion, segun la naturaleza del delito i la posicion del delincuente.» Estos motivos son concluyentes atendiendo, con especialidad, a que entre las penas de crímenes se enumeran las inhabilitaciones que se aplican en mas de un caso a hechos ménos graves que otros que se penan como simples delitos. Sin embargo, puede decirse que el mínimo de la multa cuando se trata de crímenes es de mil pesos i de ciento en los simples delitos; pues el código, salvo en ciertos casos en que acompaña la multa con algunas inhabilitaciones, no se aparta de estos mínimos. Por lo demas, hemos notado que en el art. 242 se falta a la regla de que el máximo de la multa en los simples delitos no pueda exceder de mil pesos; porque imponiéndose la reclusion menor, pena de simple delito, se condena tambien a una multa de mil a tres mil pesos.

336. Hai casos en que la lei, por la naturaleza de ciertos delitos, no puede imponer una multa determinada: no seria justa, por ejemplo, ninguna multa fija para los em-

pleados públicos que, estando funcionando sin las formalidades legales, recibiesen emolumentos del Estado, pues los sueldos son tan diversos. Por esto es que en este caso i en los de igual naturaleza se han impuesto multas con relacion a cierta cantidad que solo los tribunales pueden determinar (1).

#### IV.

337. La pena de caucion no se impone, en conformidad a las reglas establecidas, sino a los que amenazan con causar un daño i a los vagos i mendigos para eximirlos de otras medidas preventivas. Solo en el primer caso tiene aplicacion la regla del inciso 8.º, pues la caucion de los vagos i mendigos se rige por reglas especiales i determinadas (2).

338. Por mas severa que se encuentre la duracion de la celda solitaria, al ménos la lei no obliga en ningun caso a imponerla en su estension mayor; i, por otra parte, se ha reservado para dobligar la tenacidad de los consuetudinarios en quebrantar sus condenas i para los grandes criminales que, condenados a presidio o reclusion perpétuos, cometen un nuevo delito que merezca una pena menor (3).

#### ARTÍCULO 26.

La duracion de las penas temporales empezará a contarse desde el dia de la aprehension del reo.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 28. La duracion de las penas temporales empezará a contarse desde el dia que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada, lo cual en las penas personales se entenderá si el reo quedare desde luego en poder de la autoridad; i si no, desde que se presentare o fuere aprehendido.

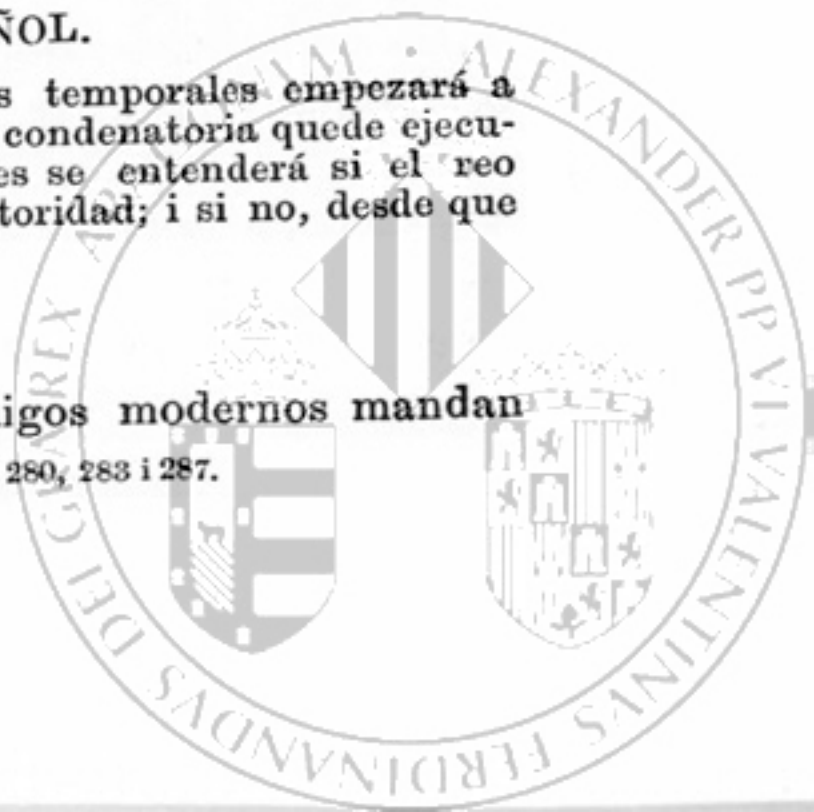
#### I.

339. La jeneralidad de los códigos modernos mandan

(1) Arts. 218, 235, 239, 240, 241, 248, 249, 250, 280, 283 i 287.

(2) Arts. 298, 308 i 312.

(3) Arts. 90 i 91.



que las penas temporales empiecen a contarse desde la fecha de la sentencia ejecutoriada i consideran el tiempo de la prision preventiva como una necesidad del procedimiento, i por la concordancia sabemos lo que dispone el Código Español de 1850. El reformado manda por el art. 31 que, estando preso el reo, empiece a contarse la duracion de dichas penas desde el dia en que la sentencia condenatoria quede firme; que, no estando en prision, se cuente la duracion de las penas que privan de la libertad desde el dia en que se halle el condenado a disposicion de la autoridad; i que la de estrañamiento, confinamiento i destierro empiecen desde el dia en que el reo principia a cumplir su condena. El art. 25 del Código Penal Frances cuenta desde el dia en que llegue a ser irrevocable la sentencia; i el 52 del Napolitano manda que, para los detenidos, empiece la condena desde que la sentencia sea irrevocable i, para los no detenidos, desde su ejecucion efectiva.

340. A pesar de la respetabilidad de estos códigos, preferimos, por su justicia i sencillez, la disposicion del nuestro en parte conforme con la del Belga (1) i del Español de 1822 (2). ¿Por qué no se computa el tiempo que el reo ha estado privado de su libertad durante el proceso? ¿Es acaso porqué las prisiones preventivas están sujetas a un régimen ménos severo que las otras en que se cumplen las condenas? Esta es la única razon, en nuestro concepto, que puede alegarse; pero consideramos que no es digna de atenderse, porque si es verdad que de dos reos condenados a presidio por igual delito, el que hubiese estado un año en la cárcel quedaria de mejor condicion que el otro que sufriese toda su pena en la penitenciaria, esta incidencia debe el tribunal tomarla en cuenta para imponer un recargo al primero. Por otra parte, cuando la pena es de prision no existe la causa indicada; i, al ménos en Chile, no

(1) Art. 30.

(2) Art. 98.

hai una diferencia tan notable entre la prision i el presidio, que merezca no tomarse en cuenta el sufrimiento del prevenido durante el proceso; miéntras que en el sistema contrario, el reo que durante el procedimiento ha estado en prision un año o mas tiempo queda de peor condicion que otro reo del mismo delito condenado a igual tiempo de presidio i que no haya sufrido ningun dia de prision preventiva.

ARTÍCULO 27.

La pena de muerte, siempre que no se ejecute al reo, i las de presidio, reclusion i relegacion perpetuos, llevan consigo la de inhabilitacion absoluta perpétua para cargos i oficios públicos i derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados i la de sujecion a la vijilancia de la autoridad por el máximum que establece este código.

ARTÍCULO 28.

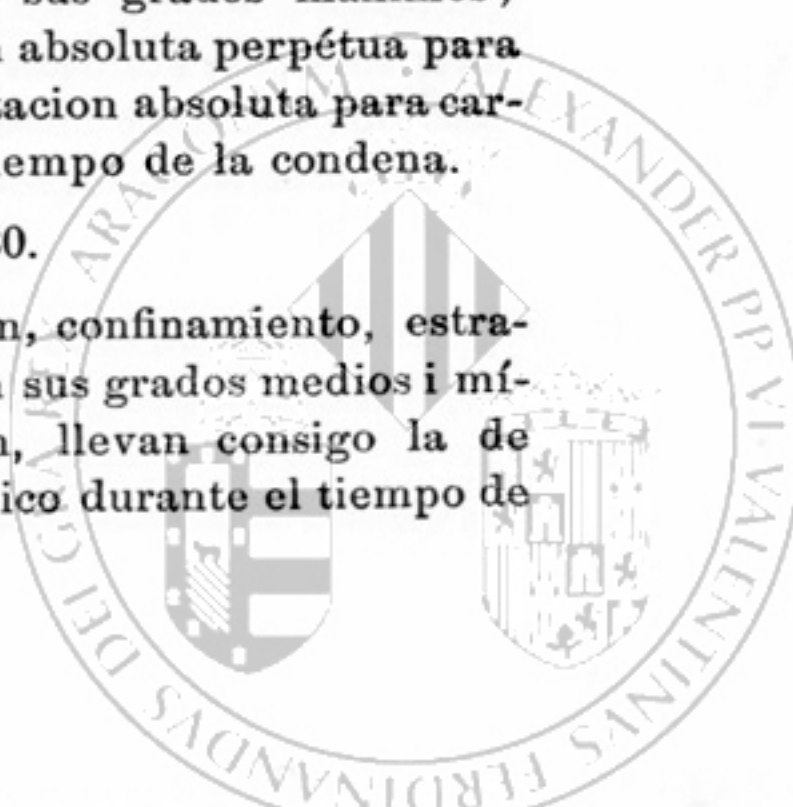
Las penas de presidio, reclusion, confinamiento, estrañamiento i relegacion mayores, llevan consigo la de inhabilitacion absoluta perpétua para cargos i oficios públicos i derechos políticos i la de inhabilitacion absoluta para profesiones titulares miéntras dure la condena.

ARTÍCULO 29.

Las penas de presidio, reclusion, confinamiento, estrañamiento i relegacion menores en sus grados máximos, llevan consigo la de inhabilitacion absoluta perpétua para derechos políticos i la de inhabilitacion absoluta para cargos i oficios públicos durante el tiempo de la condena.

ARTÍCULO 30.

Las penas de presidio, reclusion, confinamiento, estrañamiento i relegacion menores en sus grados medios i mínimos, i las de destierro i prision, llevan consigo la de suspension de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.



## CODIGO ESPAÑOL.

Art. 50. La pena de muerte, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, lleva consigo las de inhabilitacion absoluta perpétua i sujecion de aquel a la vijilancia de la autoridad por el tiempo de su vida.

Art. 51. Las penas de argolla i degradacion civil llevan consigo las de inhabilitacion absoluta perpétua i sujecion a la vijilancia de la autoridad, durante la vida de los penados.

Art. 52. La pena de cadena perpétua lleva consigo las siguientes:

1.<sup>a</sup> Argolla, en el caso de imponerse la pena de cadena perpétua a un co-reo del que haya sido condenado a la pena de muerte por cualquiera de los delitos de traicion, rejudicio, parricidio, robo o muerte alevosa o ejecutada por precio, recompensa o promesa.

Esta pena no tendrá efecto, cuando el que haya de sufrirla sea ascendiente, descendiente, cónyuje, hermano del reo sentenciado a muerte, mayor de sesenta años, o mujer.

2.<sup>a</sup> Degradacion, en el caso de que la pena principal de cadena perpétua fuera impuesta a un empleado público por abuso cometido en el ejercicio de su cargo.

3.<sup>a</sup> La interdiccion civil.

4.<sup>a</sup> Inhabilitacion perpétua absoluta.

5.<sup>a</sup> Sujecion a la vijilancia de la autoridad, durante la vida del penado, en el caso de haber obtenido indulto de la pena principal.

Art. 53. La pena de reclusion perpétua lleva consigo las expresadas en los números 4.<sup>o</sup> i 5.<sup>o</sup> del artículo anterior.

Art. 54. Las penas de relegacion perpétua i estrañamiento perpétuo llevan consigo las siguientes:

1.<sup>a</sup> Inhabilitacion absoluta perpétua para cargos públicos i derechos políticos.

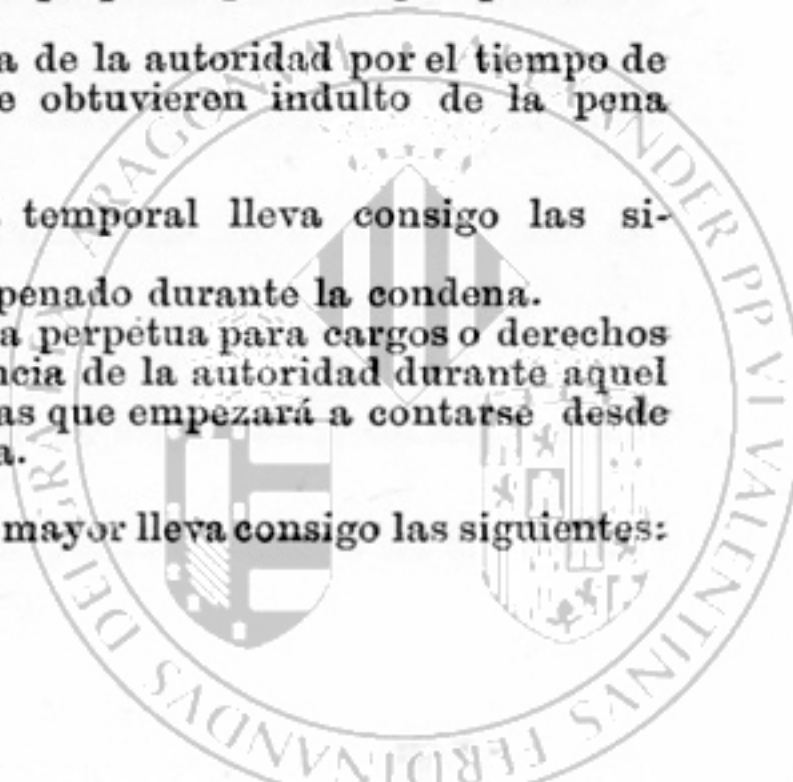
2.<sup>a</sup> Sujecion a la vijilancia de la autoridad por el tiempo de la vida de los penados, aunque obtuvieren indulto de la pena principal.

Art. 55. La pena de cadena temporal lleva consigo las siguientes:

1.<sup>a</sup> Interdiccion civil del penado durante la condena.

2.<sup>a</sup> Inhabilitacion absoluta perpétua para cargos o derechos políticos, i sujecion a la vijilancia de la autoridad durante aquel mismo tiempo, i otro tanto mas que empezará a contarse desde el cumplimiento de la condena.

Art. 56. La pena de presidio mayor lleva consigo las siguientes:



1.ª Inhabilitacion absoluta perpétua del penado para cargos públicos.

2.ª Sujecion a la vijilancia de la autoridad por igual tiempo de la condena principal, que empezará a contarse desde el cumplimiento de la misma.

Art. 57. Las penas de reclusion, relegacion i estrañamiento temporales, presidio menor i correccional, i confinamiento mayor llevan consigo las de inhabilitacion absoluta de los penados para cargos o derechos políticos, i sujecion a la vijilancia de la autoridad, durante el tiempo de su condena i otro tanto mas, que empezará a contarse desde el cumplimiento de aquella.

Art. 58. Las penas de prision mayor, menor i correccional, confinamiento menor i destierro, llevan consigo la de suspension de todo cargo i derecho político del penado, durante el tiempo de la condena.

## I.

341. Ya hemos dicho que las inhabilitaciones i suspensiones no pueden ser justas ni convenientes sin atender en su aplicacion a la naturaleza de los delitos; i que si, en jeneral, la analogía entre el delito i la pena es una de las condiciones mas importantes de la buena penalidad, cuando se trata de inhabilitaciones i suspensiones es hasta tal punto necesaria que sin ella pueden ser perjudiciales a la sociedad. La lei que prive a un ciudadano de los derechos políticos por vender su voto; al juez prevaricador de ejercer cargos públicos; al abogado del ejercicio de su profesion por defender a las dos partes; al padre, que corrompe a sus hijos, de la patria potestad o al guardador, que viola a su pupila, del ejercicio de la tutela i curaduría, esta lei, repetimos, procederá como el médico que aplica nitrato de plata inmediatamente que una llaga aparece en el cuerpo humano e impide la infeccion. Pero la lei que castigue con inhabilitacion absoluta para profesiones titulares al ciudadano que, por amor a su país o a cierto órden de ideas, conspira en contra de las autoridades constituidas; o que prive perpétuamente de la ciudadanía a un duelista que mata a su adversario o a los condenados por rapto, estupro, incesto,

adulterio, injurias o lesiones, procederá, por el contrario, como algunos flebótomos que, por sacar una muela dañada, sacan un diente sano. I en efecto, ¿qué relacion hai entre el delito de alzamiento en contra de las autoridades constituidas i el ejercicio de las profesiones de abogado, médico o ingeniero? ¿I por ventura el hombre que roba a una mujer para casarse con ella se hace indigno de ejercer la ciudadanía? ¿I qué mal se evita con privar a un delinista perpetuamente de los derechos de ser elector i elejido para los cargos populares? I no se crea que los ejemplos propuestos han sido tomados caprichosamente, nó: la lei, que atiende solo a la gravedad de la pena principal para imponer las accesorias, inhabilita en realidad a todos los delincuentes de que hemos hablado i en la forma de los ejemplos. Pero no es solo esto; pues de imponer penas accesorias, segun la gravedad de los delitos, resulta tambien que varios delincuentes que deberian ser privados de ciertos derechos de que se hacen indignos por la naturaleza de esos delitos, no lo son en realidad porque la pena principal no lleva consigo ninguna inhabilitacion. Así algunos ladrones i estafadores que solamente se penan con presidio menor en su grado medio, no quedan incapaces, cumplida la condena para ejercer cargos, oficios públicos i profesiones titulares ni derechos políticos; de suerte que podrán elejir i ser elejidos vocales de mesas calificadoras i receptoras, municipales, jurados i, ¡Dios santo!, hasta lejisladores (1): el sistema es, por lo tanto, vicioso por su base que debió ser la naturaleza de los delitos i no su gravedad.

342. En el Código Español, del cual se ha tomado el sistema del nuestro, no existe el inconveniente de imponer inhabilitaciones por delitos que no merezcan estas penas; porque, como accesorias, solo recaen sobre los delitos mas graves, entre los cuales no hemos encontrado ninguno

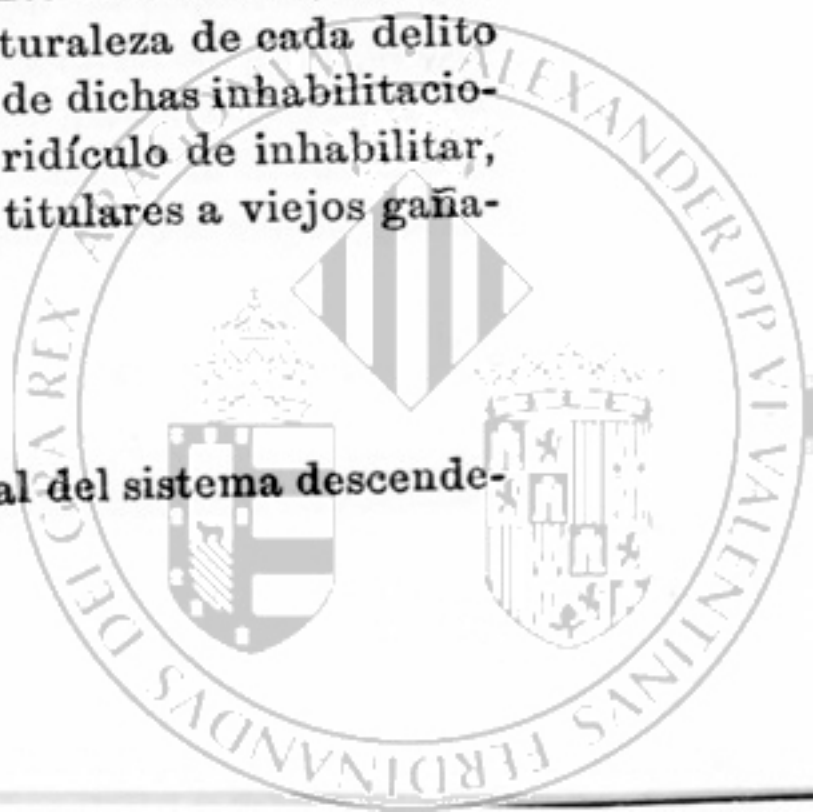
(1) Arts. 442, 446 i 467.

que no tenga analogía con las indicadas inhabilitaciones. La pena menor que en dicho código lleva consigo la inhabilitación absoluta perpétua para derechos políticos, es la de cadena temporal, i la mas baja que lleva como accesoria la inhabilitación absoluta perpétua para cargos públicos, es la de presidio mayor; i estas penas no se aplican a los delitos que, como el duelo, el rapto sin fuerza, el estupro, el incesto, el adulterio, las calumnias i las injurias no tienen ninguna relacion con dichas inhabilitaciones; pero por lo mismo que las penas que llevan inhabilitaciones son tan altas quedan sin sufrirlas un mayor número de delincuentes que las merecen. De manera que si el Código Español evita las inhabilitaciones indebidas i en este punto es superior al nuestro, es mas defectuoso en cuanto deja sin inhabilitar a un mayor número de delincuentes que deben serlo por la naturaleza de sus delitos.

343. Para salvar estos defectos habria bastado conocerlos, i consultar al Código Penal Belga mandado traducir i publicar por cuenta del Estado. Este código, que impone ciertas inhabilitaciones a los condenados a trabajos forzados i a muerte cuando esta pena no se cumple, solo faculta a los tribunales para que puedan imponer todas o algunas de ellas, perpétua o temporalmente, cuando la pena principal sea la detencion o reclusion; i por un término de cinco a diez años a los condenados a penas correccionales. Con esta disposicion, meramente facultativa, los tribunales tendrán que apreciar la naturaleza de cada delito para imponer o no todas o algunas de dichas inhabilitaciones, i de seguro que evitarán el ridículo de inhabilitar, como sucede hoi, para profesiones titulares a viejos gañanes que no saben leer ni escribir.

## II.

344. Ahora, si del estudio jeneral del sistema descende-





mos al exámen particular i comparativo de los artículos, encontraremos algo digno de observarse. En primer lugar, se estrañará que el art. 27, hablando de penas accesorias *perpétuas*, diga que deben durar toda la vida del condenado, como si la palabra *perpetua* pudiera tener otra significacion. En segundo lugar, el mismo artículo, que se refiere a las penas principales i mas altas de la escala gradual, no impone como accesoria la de inhabilitacion para profesiones titulares que llevan consigo las del artículo siguiente que son ménos graves. ¿Porqué se suprimió esta especie de inhabilitacion que encontramos en la primera redaccion del artículo (1)? El acta del 25 de Junio de 1873 nos dá las razones:—« En el art. 27, dice, se suprimió la « inhabilitacion para profesiones titulares, porque, como « pena accesoria, puede recaer sobre reos de toda especie, « a quienes se despojaria de los medios de subsistencia « aun cuando su delito no tenga relacion alguna con la « profesion de que se le priva. » He aqui a la misma comision redactora apoyando en un caso particular nuestras observaciones jenerales al sistema de imponer penas accesorias atendiendo a la gravedad i no a la naturaleza de los delitos. Desgraciadamente no se fijó la atencion en que esas razones atacaban la base del sistema ni en que, atendiéndose a los delitos a que se refieren los arts. 27, 28, 29 i 30, son precisamente ménos aplicables al 27 que a los otros. Las disposiciones de este artículo, en efecto, solo comprenden a los criminales en contra de la seguridad exterior i soberanía del Estado, al perjuro que pena el art. 208 con presidio perpétuo i a ciertos homicidas, ladrones e incendiarios, todos los cuales deben ser inhabilitados para ejercer profesiones titulares, con escepcion quizas de los de la primera clase; miéntras tanto en las disposiciones de los otros se comprenden varios delincuentes

(1) Acta del 18 de Junio de 1870.

políticos, los duelistas i la mayoría de los que delinquen en contra del pudor, delitos que no tienen relacion ni analogía con la inhabilitacion para profesiones titulares. De suerte que si, en teoría, los motivos consignados en el acta indicada son verdaderos, la supresion vino a favorecer a delincuentes que deben ser inhabilitados i no a muchos otros que no deben serlo.

#### ARTÍCULO 31.

Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de el provengan i de los instrumentos con que se ejecutó, a ménos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art, 59. Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan, i de los instrumentos con que se ejecute.

Los unos i los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero, no responsable del delito.

#### I.

345. Sabemos que el comiso no se halla comprendido en la prohibicion del art. 145 de la Constitucion Política del Estado; pero, como toda pena debe imponerse por una lei dictada con anterioridad a la perpetracion del delito, hubo necesidad de la disposicion espresa de este artículo, i de sancionar el principio de que los tribunales no puedan convertir el comiso de los instrumentos o efectos del delito en una confiscacion de su valor, lo que hizo el art. 80. El comiso que este artículo establece, sirve, pues: 1.º como pena, privando al delincuente de una parte de sus

bienes; 2.º como una medida especial de órden público, porque retira de mano del delincuente los instrumentos que le sirvieron para cometer un crimen o simple delito; i 3.º como un medio de reparacion civil.

346. Mas ¿cuál es el destino de los objetos a que el artículo se refiere? El código no lo dice espresamente como lo hizo con la multa en el art. 60. Sin embargo, atendiendo a las razones que se espusieron para destinar las multas a las Municipalidades, análogas enteramente a las que existen para que el producto de los comisos tenga igual destino, nos parece que la jurisprudencia mas conforme al espíritu de la lei seria la que destinase los instrumentos i efectos de un crimen o simple delito a las Municipalidades respectivas. I no se crea que carecerá de importancia la resolucion de este punto, pues que hai delitos de tal naturaleza que el comiso de los instrumentos o efectos que de él provengan pueden ser de gran interes. Un ejemplo tendríamos en la aplicacion del art. 162 si se encontrase una cantidad de monedas de buen oro i de curso legal en la República, aunque de una lei inferior.

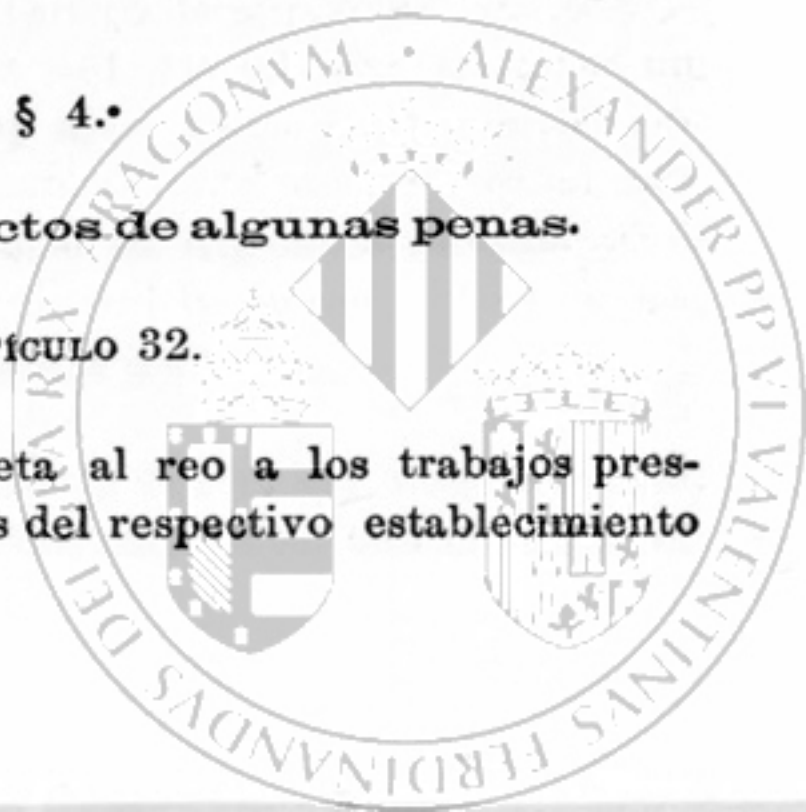
347. Se habrá notado que el artículo solo habla de crímenes i de simples delitos i que nada dice de los instrumentos i efectos que provengan de las faltas. No hai omision, sin embargo, porque el art. 499 ha enumerado todas las cosas que, proviniendo de una falta, deben caer en comiso.

§ 4.º

**Naturaleza i efectos de algunas penas.**

**ARTÍCULO 32.**

La pena de presidio sujeta al reo a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento



penal. Las de réclusion i prision no le imponen trabajo alguno.

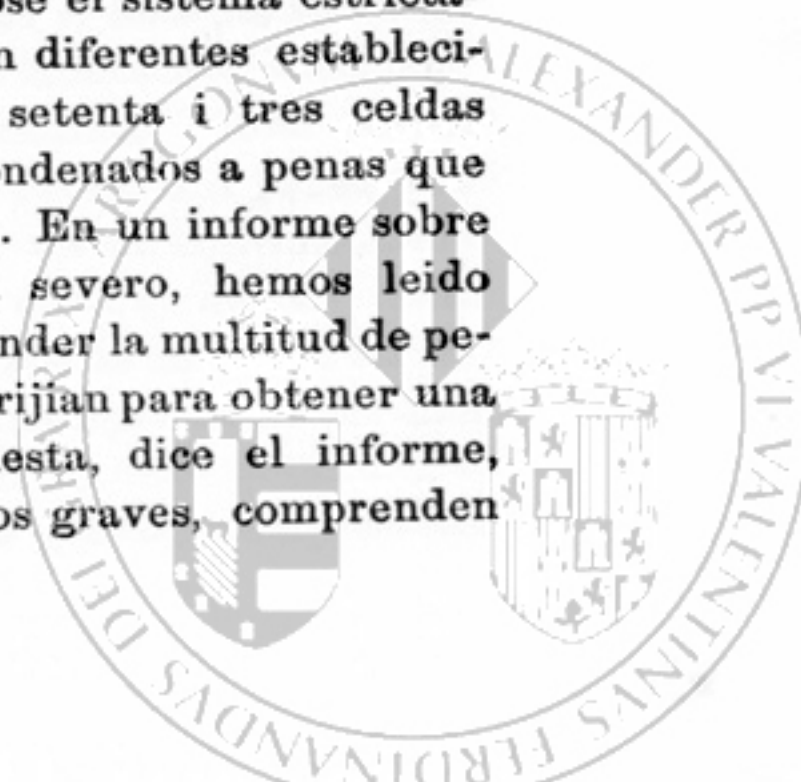
## CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 104.** Las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales deberán estar situados: para el presidio mayor, dentro de la Península e islas Baleares o Canarias; para el menor, dentro del territorio de la Audiencia que lo imponga; i para el correccional, dentro de la provincia en que tuviese su domicilio el penado, i en su defecto en la que hubiere cometido el delito.

Los condenados a presidio estarán sujetos a trabajo forzoso dentro de los límites del establecimiento en que sufran la pena.

### I.

348. El trabajo i la separacion de los condenados son condiciones indispensables para que las penas, que privan de la libertad, cumplan con su objeto de reforma. La lei del trabajo es jeneral en los códigos modernos; pero la separacion la verifican por sistemas diferentes. En España, segun espositores, el sistema penitenciario no es digno de examinarse. En Francia, segun Ortolan, el réjimen del trabajo es en comun i en absoluto silencio que se quebranta, sin embargo, tantas veces por los reos que esta clase de falta escede en número a la suma de los delitos. En Holanda, en conformidad a un proyecto aprobado en 1843 que derogó el sistema de la prision d'Auburn adoptado en 1840, se estableció el de Filadelfia. En Bélgica, desde 1835, viene planteándose el sistema estrictamente celular i en 1858 habia ya en diferentes establecimientos penales dos mil doscientas setenta i tres celdas destinadas para los procesados i condenados a penas que no escediesen de un año de prision. En un informe sobre este sistema que consideramos tan severo, hemos leído que el gobierno belga no podia atender la multitud de peticiones que con frecuencia se le dirijian para obtener una colocacion en celdas, lo que manifiesta, dice el informe, que los condenados aun por delitos graves, comprenden



que así se sustraen al peligro del contacto i a la vergüenza de la prision comun. Por lo demas, en esta nacion la esperiencia ha confirmado las predicciones de la teoría, pues el sistema celular favorece el estado sanitario i estimula la intelijencia, la actividad i la aplicacion para el trabajo.

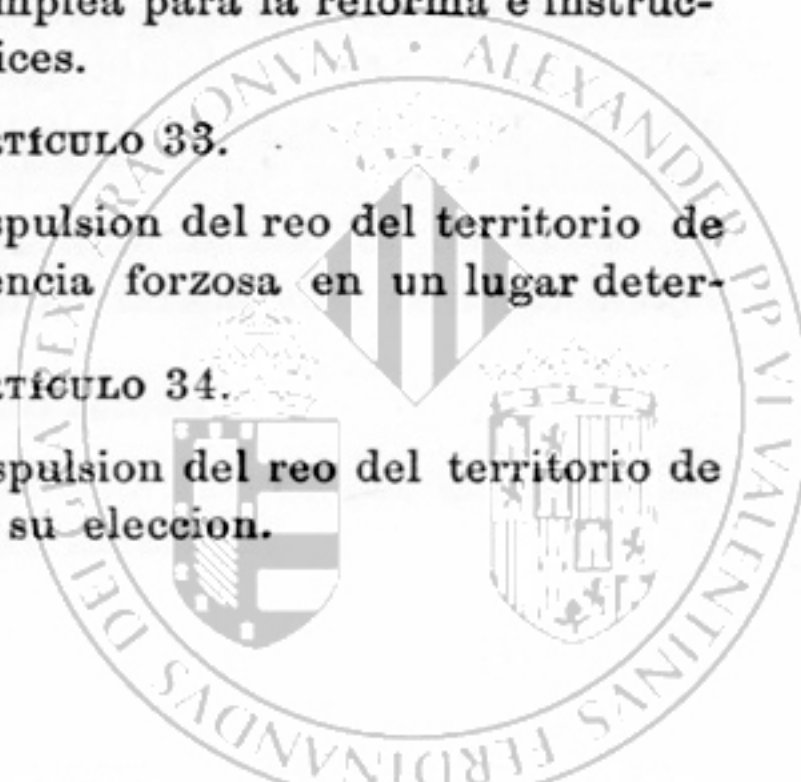
349. En Chile, al ménos la casa penitenciaria de Santiago está, en cuanto a su réjimen, a la altura de las mejoras de Europa i Norte-América. En ella los reos están distribuidos en secciones o calles segun su conducta, naturaleza de los delitos i clase de condenas. Cada reo tiene su celda en que trabaja durante el dia en silencio i sin comunicacion con los otros; i aunque hai pequeños talleres en que el trabajo es en comunidad, el destino a ellos es un premio para la buena conducta i laboriosidad de los condenados. La buena comportacion se estimula con varias recompensas i el trabajo con un tanto que se destina de sus productos para fondos de auxilios i gratificaciones i que se distribuye en proporcion a la conducta, intelijencia i laboriosidad de cada uno. I, por fin, la relijion, con su majestuosa solemnidad, auxilia poderosamente en esta obra de moralidad i rejeneracion. La misa en los dias festivos, la administracion de los sacramentos en las épocas determinadas por la Iglesia i cuando los reos la solicitan i las distribuciones piadosas i doctrinales, son los medios que la relijion emplea para la reforma e instruccion moral de estos infelices.

**ARTÍCULO 33.**

Confinamiento es la espulsion del reo del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado.

**ARTÍCULO 34.**

Estrañamiento es la espulsion del reo del territorio de la República al lugar de su eleccion.



ARTÍCULO 35.

Relegacion es la traslacion del reo a un punto habitado del territorio de la República con prohibicion de salir de él, pero permaneciendo en libertad.

ARTÍCULO 36.

Destierro es la espulsion del reo de algun punto de la República.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 102. Las penas de relegacion perpétua i tempóral se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

Los relegados podrán dedicarse libremente, bajo la vijilancia de la autoridad, a su profesion u oficio dentro del radio a que se extiendan los límites del establecimiento penal.

Art. 103. El sentenciado a estrañamiento será espulsado del territorio español para siempre, si fuere perpétuo; i si fuere temporal, por el tiempo de la condena.

Art. 107. Los sentenciados a confinamiento mayor serán conducidos a un pueblo o distrito situados en las islas Baleares o Canarias, o a un punto aislado de la Península, en el cual permanecerán, en plena libertad, bajo la vijilancia de la autoridad.

Los que fueren útiles por su edad, salud i buena conducta, podrán ser destinados por el Gobierno al servicio militar, si fueren solteros, i no tuvieren medios con que subsistir.

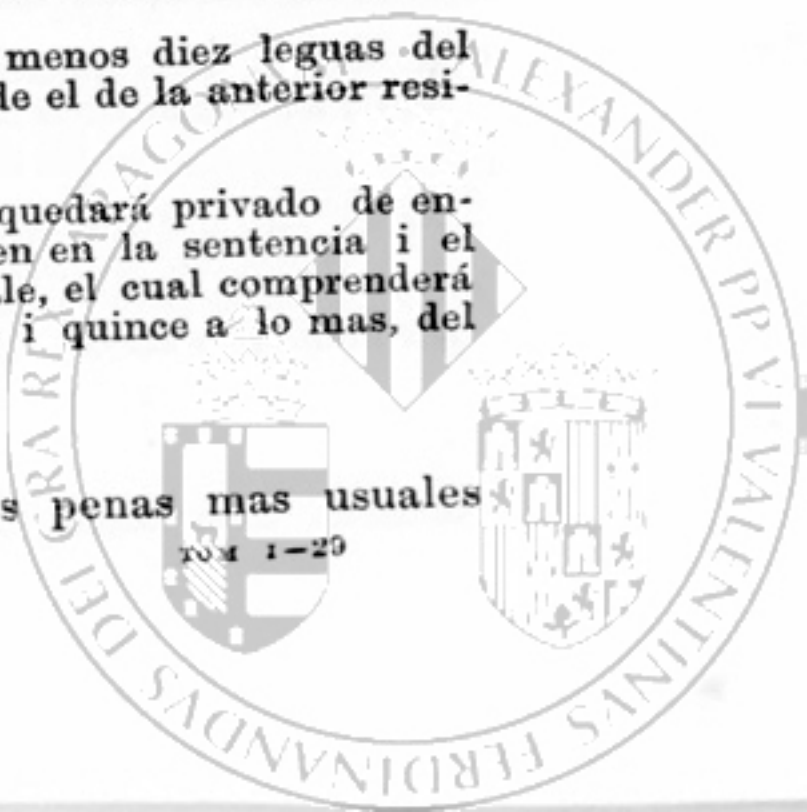
Art. 108. El sentenciado a confinamiento menor residirá precisamente en el punto que se le señale en la condena, del cual no podrá salir durante ésta sin permiso del Gobierno, por justa causa.

El lugar del confinamiento distará al menos diez leguas del en que se hubiese cometido el delito i de el de la anterior residencia del sentenciado.

Art. 109. El sentenciado a destierro quedará privado de entrar en el punto o puntos que se designen en la sentencia i el radio que en la misma sentencia se señale, el cual comprenderá una distancia de cinco leguas al menos, i quince a lo mas, del punto designado.

I.

350. En las naciones antiguas las penas mas usuales



eran las que privaban de habitar en un punto determinado. En Aténas existia el destierro perpétuo, que llevaba consigo la confiscacion de bienes, i el ostracismo de que nos habla la historia de Arístides, que duraba diez años i no envolvía la confiscacion de bienes. En Roma se empleó la pena del destierro propiamente dicho (*exilium*), que privaba de habitar en Roma i en la Italia, que llevaba consigo la confiscacion e inhabilitaba para ejercer la ciudadanía, el *jus connubii*, el *jus commercii* i el derecho de testar. Despues se usó la deportacion que debia sufrirse perpétuamente en un lugar determinado i que privaba de la ciudadanía i de la totalidad de los bienes. Por fin se empleó la relegacion que podia ser perpétua o temporal i privaba solamente del derecho de habitar en un punto o en una provincia. En estos pueblos antiguos dichas penas, desiguales en alto grado i que no privan de la facultad de dañar, eran mas eficaces que en los pueblos modernos por las dificultades en las comunicaciones; pero hoi han decaido tanto que Livingsgton ha llegado a decir de ellas: « que aun aplicadas a los criminales de estado son peligrosas, porque un faccioso encuentra muchas veces fuera de su pais medios de dañar mas eficaces que en su propia patria (1). »

351. Sin embargo, nuestro código, como la mayor parte de los modernos, (los de Béljica i Luisiana son excepcionales), aplica estas penas; pero solamente a determinados delitos, aunque no siempre con acierto. El confinamiento se impone a ciertos delitos en contra de la seguridad interior del Estado (2); el estrañamiento en la misma clase de delitos, alternado con el confinamiento, i a los quebrados fraudulentos (3); la relegacion en uno de los delitos políticos menos graves i en varios otros casos,

(1) Cita de MM. Chauveau i Hélie, número 174.

(2) Arts. 121 a 130 inclusive.

(3) Arts. 118 a 120 inclusive i 463, 464 i 465.

alternada con el presidio o la reclusion (1); i, finalmente, el destierro solo se aplica a la manceba de un hombre casado (2).

352. De las penas de que hablamos, la de estrañamiento i de destierro solo necesitan de una sancion para que se cumplan en caso de quebrantamiento; mas la relegacion exige que el condenado quede sujeto a la autoridad local; i la de confinamiento o debe hacerse cumplir por medio de un abuso o con gastos inconvenientes, o es completamente ilusoria. ¿Qué medios, en efecto, tiene el poder ejecutivo para que el confinado permanezca en el lugar de su destino? Ninguno, salvo en aquellos paises en que hubiese un representante de la nacion o un ajente comercial a quienes la lei encomendase la vijilancia sobre estos reos. Es cierto que esta pena puede servir para trasladar a un reo a un punto remoto fuera de la República; aunque luego se quebrante, pero esto no puede verificarse legalmente sino en un buque nacional i con un gravámen demasiado oneroso para el Estado, pues sabido es que si un buque de guerra o de comercio extranjero se presta para servir de cárcel ambulante comete un abuso bien punible, como se ha declarado por altos tribunales. De suerte que esta pena en la práctica no se llevará a efecto sino en los casos excepcionales en que el Gobierno estime conveniente la traslacion de uno o mas reos a un punto lejano de Chile i en un buque de guerra que se considera como territorio nacional aun fuera de las aguas chilenas por la ficcion de la exterritorialidad.

#### ARTÍCULO 37.

Para los efectos legales se reputan afflictivas todas las penas de crímenes i, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusion, confinamiento, estrañamiento i relegacion menores en sus grados máximos.

(1) Arts. 133, 338, 399, 400, 401, 402, 467, 468, 470, 471, 472, 473, 490, 491 i 492  
(2) Art. 381.—Véase ademas nuestros estudios del art 78.



LEI 16, TIT. 1.º PART. 7.ª

Si el yero sobre que fué acusado es de tal natura que si le fuere probado que deba recibir por ende muerte, o perder miembro o recibir otra pena en el cuerpo, el judgador debe catar que el acusado sea guardado..... ca en tal caso como este non debe ser dado sobre fiadores de ninguna manera.

I.

353. La Constitucion Política de la República suspende la ciudadanía a los procesados por delitos que merezcan penas afflictivas o infamantes, i hace perderla por condenas a penas de las mismas clases (1). Ademas el art. 142 dispone: que «afianzada suficientemente la persona o el saneamiento de la accion, en la forma que, segun la naturaleza de las cosas, determine la lei, no deba ser preso ni embargado el que no es responsable a pena afflictiva o infamante;» i como la Constitucion no ha determinado cuales sean estas penas, la lei ha necesitado hacer la determinacion: tal es el importante objeto del art. 37. Pero, el código, que no reconoce penas infamantes especiales, solo ha podido definir las afflictivas; i de aqui un desacuerdo entre los términos de los artículos constitucionales i los de la lei, desacuerdo que únicamente la Constitucion puede evitar suprimiendo el calificativo de pena infamante que existia en la lejislacion bajo cuyo imperio fué dictada i que en la actualidad no existe.

II.

354. El código ha sido lógico calificando las penas de afflictivas segun su gravedad; porque, siendo el objeto principal de este calificativo inhabilitar para ejercer derechos políticos, debió seguir el mismo sistema adoptado para imponer las penas accesorias de que hablan los arts. 27, 28, 29 i 30, entre las cuales se comprende la inhabilitacion para dichos derechos. Pero esta lógica lleva con-

(1) Arts: 10 i 11.

siguieron los inconvenientes que resultan de imponer penas accesorias atendiendo a la gravedad de las principales i no a la naturaleza de los delitos i que son, como sabemos, los de comprenderse entre los inhabilitados algunos delincuentes que no deben serlo i de escluirse otros que deberian comprenderse. Entre los delitos, en efecto, que se castigan con penas aflictivas se encuentran el duelo i varios de los que ofenden el pudor, delitos que no teniendo ninguna analogía con la pena de privacion de los derechos políticos no deberian ser castigados accesoriamente con ella. De suerte que si en nuestra sociedad no se mirasen como insensatos a los que creen que una injuria debe lavarse con sangre; i si los padres i maridos no prefiriesen regularmente, por elevadas consideraciones, la impunidad i el misterio de los delitos que ofenden el pudor de sus hijas o mujeres, la sociedad política se veria con frecuencia privada de alguno de sus miembros importantes, cuya honorabilidad i aptitudes, relativas al ejercicio de los derechos políticos, no se menoscaban si son condenados por alguno de estos delitos. Por el contrario, entre los que no se castigan con penas aflictivas se encuentran algunos que hacen indignos de la ciudadanía a sus autores, como son los hurtos, estafas i engaños que se reprimen con penas menores de las comprendidas en el artículo, a pesar de que dichos autores son jeneralmente mas abyectos mientras de ménos valor sea el objeto que los induce a deshonorarse i a esponerse a una pena. Por otra parte, la privacion de la ciudadanía es un castigo severísimo cuando recae sobre ciertos delincuentes i ridícula en otros casos: asi impuesta a un duelista, no solamente es severa sino tambien perjudicial a la sociedad, pues que los que se baten en duelo son casi siempre hombres de cierta posicion social que, si ceden a preocupaciones de antaño i merecen una pena, no pierden ni un punto de su posicion ni de sus consideraciones, i es sabido que el pueblo

de nuestro país castiga una injuria con un puñal i que no conoce siquiera las reglas de los antiguos i noveles caballeros. Mas, la misma pena impuesta a un hombre vulgar que no sepa leer ni escribir, no priva de ningun bien i es, por lo tanto, ridícula e ineficaz.

355. Pero estas no son las únicas anomalías que resultan de calificar de aflictivas a las penas atendiendo solo a su gravedad. ¿No repugna, en efecto, al buen sentido que un duelista, que dá mayores garantías, que otros muchos delincuentes, de que no se escapará de la justicia una vez procesado, deba ser mantenido en prision durante el proceso, i que reos vulgares de hurtos, estafas i engaños deban ser puestos en libertad con fianza? I como lo que decimos de los duelistas es aplicable tambien a los reos de adulterios i de otros delitos en contra del pudor, resalta otro de los inconvenientes i anomalías que resultan de atender, para calificar las penas de aflictivas, solamente a su gravedad, desentendiéndose por completo de la naturaleza de los delitos.

356. La antigua legislacion española calificaba de aflictivas a todas las penas corporales como las de muerte, presidio, azotes i esposicion a la vergüenza pública; pero considerando que varios delincuentes que se castigaban con penas corporales no merecian que se les mantuviese en prision durante el proceso, sea por su calidad o por la naturaleza de los delitos, establecia escepciones en favor de algunos i dejaba cierta latitud a los tribunales para que concediesen o no la escarcelacion con fianza, atendiendo a la condicion de los delincuentes i a la clase de los delitos. Por consiguiente, esta legislacion, si seguia tambien el sistema de atender a la gravedad de las penas para calificarlas de aflictivas, al ménos trataba de atenuar los inconvenientes del sistema: tal era el objeto de las leyes 4.ª, tít. 29 i 25 tít. 38 lib. 12. de la N. R. ¡Ojalá que nuestro código hubiese sancionado una regla escepcional

que evitase las anomalías que resultan de su art. 37, i para la cual tenia una idea en las mismas leyes españolas!

#### ARTÍCULO 38.

La pena de inhabilitacion absoluta perpétua para cargos i oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares, i la de inhabilitacion absoluta temporal para cargos i oficios públicos i profesiones titulares, producen:

1.º La privacion de todos los honores, cargos, empleos i oficios públicos i profesiones titulares de que estuviere en posesion el penado, aun cuando sean de eleccion popular.

2.º La privacion de todos los derechos políticos activos i pasivos i la incapacidad perpétua para obtenerlos.

3.º La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos, oficios i profesiones mencionados, perpétuamente si la inhabilitacion es perpétua i durante el tiempo de la condena si es temporal.

4.º La pérdida de todo derecho para obtener jubilacion u otra pension por los empleos servidos con anterioridad.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 30. La pena de la inhabilitacion perpétua produce:

1.º La privacion de todos los honores, i de los cargos i empleos públicos que tuviere el penado, aunque sean de eleccion popular.

2.º La privacion de todos derechos politicos, activos i pasivos.

3.º La incapacidad para obtener los cargos, empleos, derechos i honores mencionados.

4.º La pérdida de todo derecho a jubilacion, cesantía u otra pension por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimenticia que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes.

No se comprende en esta disposicion los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda o hijos del penado.

Art. 31. La pena de inhabilitacion absoluta temporal para cargos públicos o derechos políticos produce en el penado:

1.º La privacion de todos los honores, i de los empleos i cargos públicos, aunque sean de eleccion popular.

2.º La privacion de todos los derechos políticos, activos i pasivos durante el tiempo de la condena.

3.º La incapacidad para obtener los empleos, cargos, derechos i honores mencionados, igualmente por el tiempo de la condena.

I.

357. En el acta del 22 de Junio de 1870 encontramos la primera redaccion de este artículo que se diferencia de la actual en su inciso 1.º, que hablaba de cierta inhabilitacion temporal i absoluta para derechos políticos, i en el número 4.º que comprendia aun los derechos adquiridos. En el acta del 6 de Mayo de 1873 se suprimió acertadamente la inhabilitacion temporal para derechos políticos, porque se vino en cuenta de que « no puede ser temporal « sino perpétua desde que los derechos políticos, una vez « perdidos, no pueden recuperarse sino por una lei, con- « forme a la Constitucion. » El artículo con estas reformas quedó intachable en cuanto se refiere a la inhabilitacion absoluta perpétua para cargos i oficios públicos i profesiones titulares; pero siempre defectuoso en cuanto atribuye a la inhabilitacion absoluta temporal para cargos i oficios públicos i profesiones titulares, efectos perpétuos i solamente propios de la inhabilitacion para derechos políticos: tales son las privaciones que impone el número 2.º de todos los derechos politicos activos o pasivos i la incapacidad perpétua para obtenerlos. Por otra parte, el código solo ha considerado en conjunto los efectos de las inhabilitaciones absolutas temporales para cargos i oficios públicos i profesiones titulares que no se imponen juntamente en ningun caso, i no ha cuidado de separar los propios de cada una (1).

358. Por lo demas, la primera redaccion del número 4.º que hacia perder aun los derechos adquiridos fué reformada por su injusticia notoria, en el sentido claro i termi-

(1) Véanse los arts. 28, 29, 119, 134, 135, 152, 153, 154, 199, 207, 224, 227 i 233 del C. P.

nante que resulta de la letra del código. En consecuencia, la inhabilitacion absoluta para cargos i oficios públicos solo hace perder el derecho de obtener jubilacion u otra pension por los empleos servidos con anterioridad, la mera expectativa que un empleado público puede tener; mas no la jubilacion ni la pension adquiridas antes de la pena (1).

#### ARTÍCULO 39.

Las penas de inhabilitacion especial perpétua i temporal para algun cargo u oficio público o profesion titular, producen:

1.º La privacion del cargo, empleo, oficio o profesion sobre que recaen, i la de los honores anexos á él, perpetuamente si la inhabilitacion es perpétua, i por el tiempo de la condena si es temporal.

2.º La incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesion u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitacion es perpétua, i por el tiempo de la condena cuando es temporal.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 32. La inhabilitacion especial perpétua para cargos públicos produce:

1.º La privacion del cargo o empleo sobre que recae, i de los honores anexos a él

2.º La incapacidad para obtener otros en la misma carrera.

Art. 34. La inhabilitacion especial temporal para cargo público, produce:

1.º La privacion del cargo o empleo sobre que recae, i de los honores anexos a él.

2.º La incapacidad de obtener otros en la misma carrera, durante el tiempo de la condena.

Art. 39. La inhabilitacion perpétua especial para profesion u oficio priva al penado perpetuamente de la facultad de ejercerlos.

La temporal le priva igualmente, por el tiempo de la condena.

#### I.

359. Las inhabilitaciones especiales perpétuas o tem-

(1) Actas del 22 de Junio de 1870 i del 6 de Mayo de 1873.

porales no son, como las absolutas, penas accesorias. Esta circunstancia nos permite precisar el sentido de la frase « u otras de la misma carrera » que emplea el número 2.º de este artículo, única dificultad que encontramos en él. Estas penas solamente se imponen a delitos definidos por la lei i por la naturaleza de ellos se puede determinar cuales son los cargos, empleos, oficios i profesiones que deben considerarse como de la misma carrera.

360. Jeneralmente, dichas penas recaen sobre empleados públicos por meros quebrantamientos de los deberes especiales del cargo, empleo u oficio o por violaciones no solamente de esos deberes sino de las leyes de la moral i que constituyen delitos aun para los simples particulares que las cometan. Pues bien, en los delitos de la primera especie (1) ¿qué razon habria para que un gobernador, que los hubiese cometido, quedase inhabilitado para ser intendente durante su condena i no para desempeñar el cargo de juez u otro en que pudiese cometer el mismo delito? ¿I seria decoroso que durante una condena a inhabilitacion especial, el delincuente fuese nombrado para otras funciones públicas aun cuando por su naturaleza no se prestasen para que reincidiera en el mismo delito que motivó dicha condena? ¿I seria tolerable que un empleado público inhabilitado por causas de la segunda especie (2), por hechos inmorales e inconvenientes para la nacion, pudiese desempeñar durante su condena otro empleo público que lo espusiera a cometer un nuevo daño? ¿No seria indigno, por ejemplo, que un escribano que hubiese destruido o hecho desaparecer un protocolo por dádiva o promesa i con perjuicio de un tercero, pudiese ser nombrado intendente, juez, profesor, subdelegado o inspector, so pretexto de que estos cargos no son de la misma carrera que la de escribano? Nó: la moral, el decoro, la dignidad i la conve-

(1) Arts. 157, 217, 252, 253 i 254.

(2) Arts. 218, 235, 239, 241, 248, 249, 258, 259 i 299.

niencia del Estado aconsejan que, tratándose de empleados, se interprete la frase en su sentido mas lato, i se consideren como de una misma carrera a todos los funcionarios públicos, interpretacion que se armoniza con la letra de la lei, aclara la disposicion i evita que el favoritismo abuse de su sentido lato (1).

361. En cuanto a las inhabilitaciones especiales para profesiones titulares hai solamente dos casos en que se aplican: por el art. 231 al abogado que maliciosamente descubre los secretos de su cliente, i por el 232 al que patrocina dos partes al mismo tiempo. En ámbos casos es evidente que la pena solo priva de la profesion; i otro tanto debemos decir de aquellos en que, atendiéndose únicamente a la naturaleza de los delitos, se inhabilita para cierto cargo determinado: así la pena de inhabilitacion para el cargo, que imponen los arts. 300, 302 i 371, es análoga con la naturaleza de los delitos de que tratan; pero dejaria de serlo si se estendiese a otros delitos.

## II.

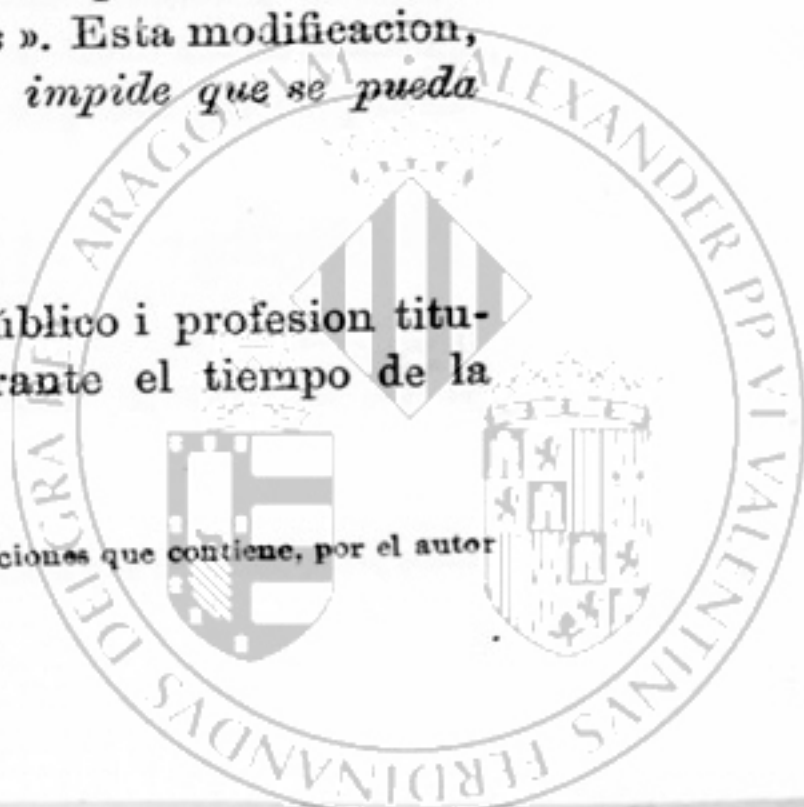
362. Aunque, aceptadas nuestras ideas, la frase de que hemos hablado no puede ofrecer dificultades prácticas, sin embargo, preferimos la reforma del Código Español de 1870 que en sus arts. 34 i 36 dice: «la inhabilitacion especial o perpétua para cargos públicos producen la incapacidad para obtener *otros análogos*». Esta modificacion, segun el señor Gonzalez i Serrano, *impide que se pueda eludir el castigo* (2).

### ARTÍCULO 40.

La suspension de cargo i oficio público i profesion titular, inhabilita para su ejercicio durante el tiempo de la condena.

(1) Véase el art. 260 del Código Penal.

(2) El nuevo Código Español, comentadas las adiciones que contiene, por el autor citado, páj. 44.





La suspension decretada durante el juicio, trae como consecuencia inmediata la privacion de la mitad del sueldo al presunto reo, la cual solo se le devolverá en el caso de pronunciarse sentencia absolutoria.

La suspension decretada por vía de pena, priva de todo sueldo al suspenso mientras ella dure.

### CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 36.** La suspension de un cargo público inhabilita para su ejercicio, i para obtener otro en la misma carrera, por el tiempo de la condena.

**Art. 40.** La suspension de profesion u oficio produce los mismos efectos que la inhabilitacion temporal, durante el tiempo de la condena.

#### I.

363. Sabemos que las suspensiones no privan del derecho al cargo, empleo, oficio o profesion sobre que recaen; mientras que las inhabilitaciones privan de estos derechos que no se recuperan por el cumplimiento de la condena ni por el simple indulto, salvo los títulos profesionales.

364. Sabemos tambien que las naturalezas de los delitos que se penan con inhabilitaciones especiales o suspensiones son de la misma especie, i que la lei para imponer las unas o las otras solamente atiende a la gravedad del hecho. En consecuencia, estrañamos que las suspensiones no priven, como las inhabilitaciones especiales, de la capacidad para obtener otros cargos, empleos u oficios públicos de la misma carrera, estrañeza que, para ser justificada bastará notar, recorriendo los delitos que se penan con inhabilitaciones especiales o suspensiones: 1.º que, a mas de ser una misma la naturaleza de los delitos que se castigan con dichas penas, hai varios casos en que se necesita poner un peso estraño a la balanza de los que se penan con inhabilitaciones para que su gravedad relativa sea mayor; i, 2.º que, en la jeneralidad de los delitos que se reprimen con

suspensiones, es ostensible la justicia o conveniencia de que sus autores sean incapacitados para ejercer otros empleos análogos durante la condena. Las suspensiones, en efecto, se imponen a los empleados públicos que infieren agravios a los derechos garantidos por la Constitución, a los que anticipan o prolongan indefinidamente sus funciones, a los que espiden nombramientos ilegales o usurpan ciertas atribuciones, a los empleados no judiciales que prevarican, a los que causan perjuicios al tesoro de la nación, i, finalmente, a los que deniegan el auxilio debido o abandonan su destino o cometen abuso en contra de particulares (1): en todos estos casos no es decoroso ni conveniente al orden público que dichos funcionarios, durante la suspensión de los cargos, empleos u oficios determinados por la lei, puedan ejercer otros análogos. Por otra parte, hemos notado tambien que algunos de estos delitos, que se penan con simples suspensiones, son mas graves que otros que se castigan con inhabilitaciones, por todo lo cual abrigamos el mal pensamiento de que a los suspensos no se les incapacita para obtener empleos análogos durante la condena por un odioso privilegio a la jerarquia administrativa, privilegio que resultó de tomar a la letra el artículo concordante del Código Español de 1850. Pero sea lo que fuere, lo cierto es que la lójica, de acuerdo en este punto con la conveniencia pública, aconseja que la suspensión prive no solo de los empleos, cargos i oficios públicos sino de la capacidad para obtener otros análogos durante la condena, como lo manda el art. 38 del Código Español de 1870 que fué dictado por hombres de la escuela liberal.

## II.

365. Los incisos 2.º i 3.º del artículo fueron agregados por la comision redactora; pero, en nuestro concepto, el

(1) Paf. 4.º, tits. 3.º i 1.º, 2.º, 4.º, 5.º, 11.º i 12.º, tit. 5.º, lib. 2.º

2.º fué inoportuno i el 3.º innecesario. Porque, segun la naturaleza de la suspension que se decreta durante el juicio i disposicion espresa del art. 20, la de que habla el 2.º inciso no es una pena sino una medida preventiva, cuyos efectos corresponden determinar al Código de Enjuiciamiento. I respecto a la disposicion del inciso 3.º, supongamos que no exista i preguntemos: ¿Habrá algun tribunal u hombre de buen sentido que pueda pensar que un suspenso de su empleo, cargo u oficio deba seguir gozando de su sueldo? ¿I qué clase de pena seria la que exonerase del trabajo i dejase la remuneracion? Si la pena es la privacion de un bien, si el trabajo es un sacrificio i el sueldo su recompensa, es claro que una suspension que solamente exonerase del sacrificio i dejase el sueldo no seria una pena sino un bien que muchos aceptaríamos. Por esto decimos que la agregacion del inciso 3.º fué completamente inútil.

366. La sancion de este artículo la encontramos en el 90 que impone a los que quebrantan la pena de suspension un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena; i a los reincidentes, la reclusion menor en su grado mínimo o multa de ciento a mil pesos.

#### ARTÍCULO 41.

Cuando las penas de inhabilitacion i suspension recaigan en persona eclesiástica, sus efectos no se estenderán a los cargos, derechos i honores que tenga por la Iglesia. A los eclesiásticos incursos en tales penas i por todo el tiempo de su duracion, no se les reconocerá en la República la jurisdiccion eclesiástica i la cura de almas, ni podrán percibir rentas del tesoro nacional, salvo la congrua que fijará el tribunal.

Esta disposicion no comprende a los obispos en lo con-

cerniente al ejercicio de la jurisdiccion ordinaria que les corresponde.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 38. Cuando la pena de inhabilitación en cualquiera de sus grados i de la suspension recaigan en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos a los cargos, derechos i honores que no tengan por la Iglesias. Los eclesiásticos incurso en dichas penas quedarán impedidos en todo el tiempo de su duracion para ejercer en el reino la jurisdiccion eclesiástica, la cura de almas, i el ministerio de la predicacion, i para percibir las rentas eclesiásticas, salva la congrua.

#### I.

367. Grave i delicadísima es la materia de este artículo como son todas las cuestiones que se relacionan con la Iglesia i el Estado. Felizmente las actas de la comision redactora i la ilustrada discusion que hubo en el Senado, suministran todos los antecedentes necesarios para la genuina interpretacion del espíritu i alcance del artículo que, atendiendo únicamente a sus términos, puede dar lugar a interpretaciones extremas que dañarian intereses bien caros a la nacion. Por consiguiente, nos concretaremos a referir la historia de este artículo, agregando una que otra observacion e indicando la redaccion que habriamos preferido.

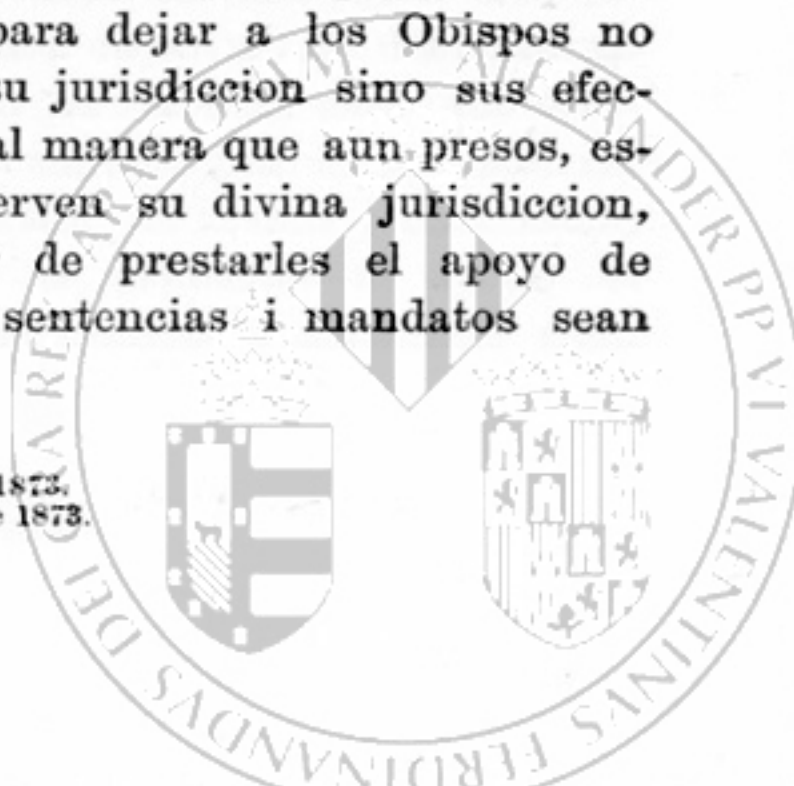
#### II.

368. En el acta de 22 de Junio de 1870 se encuentra la primitiva forma del artículo, concebida en estos términos: « Cuando las penas de inhabilitacion i suspension recaigan en personas eclesiásticas, sus efectos no se extenderán a los cargos, derechos i honores que tengan por la Iglesia. Los eclesiásticos incurso en tales penas *quedan* *impedidos* por el tiempo de su duracion para ejercer en la República la jurisdiccion eclesiástica i la cura de almas i para recibir rentas del tesoro nacional, salvo la congrua que fijará el juez. » Mas, en la revisacion del

código, « observándose que no era posible decir que se privaba al eclesiástico del ejercicio de la jurisdicción i cura de almas en la República cuando ni la una ni la otra proceden del poder laico, » se modificó el final del artículo en los términos siguientes: « A los eclesiásticos incurso<sup>s</sup> en tales penas por el tiempo de su duración no se les reconocerá en la República la jurisdicción eclesiástica ni la cura de almas, ni podrán recibir rentas del tesoro nacional, salvo la congrua que fijará el mismo juez (1). » Por fin, se resolvió agregar el 2.º inciso del artículo, por haberse notado « los graves inconvenientes que resultarían de comprender a los obispos en esta disposición, « pues ello importaría trastornar el régimen establecido, « dadas las relaciones entre la Iglesia i el Estado (2). » Se nota, pues, que la parte del inciso 1.º del artículo aprobado en el acta citada del 22 de Junio de 1870, reconociendo que las inhabilitaciones i suspensiones no alcanzan a los cargos, derechos i honores que los eclesiásticos deben al poder de la Iglesia, no sufrió ninguna variación; que su parte segunda, que contradecía abiertamente a la primera en cuanto a la jurisdicción i cura de almas, se modificó para no privar a los eclesiásticos del ejercicio de dicha jurisdicción i cura de almas, sino solo de la sanción civil que reconoce i apoya con la fuerza pública las sentencias i demás actos que de ellas emanan; i, en fin, que el segundo inciso se agregó, como una excepción a la segunda parte del primero, para dejar a los Obispos no solamente la plenitud de su jurisdicción sino sus efectos i sanciones civiles, de tal manera que aun presos, extrañados o confinados conserven su divina jurisdicción, i el Estado tenga el deber de prestarles el apoyo de sus fuerzas para que sus sentencias i mandatos sean cumplidos.

(1) Acta de la sesión del 6 de Mayo de 1873.

(1) Acta de la sesión del 28 de Mayo de 1873.



III.

369. Sin embargo, considerándose en el Senado que los términos del artículo se prestaban siempre a interpretaciones invasoras de los derechos de la Iglesia, se pidió una redacción que armonizase la letra del artículo con el espíritu que aparecía de las actas i de las esplicaciones de dos de sus redactores; i uno de los miembros mas notables de ese Senado que supo defender los derechos de la Iglesia i del pueblo a nombre de la libertad, manifestó sus temores con estas palabras: « La segunda parte del « inciso primero, dijo, se presta a interpretaciones mui « distintas de las que deducen sus defensores. Nosotros « vemos comprometido en esas palabras un punto mui « grave, nada menos que la libertad de conciencia; vemos « desconocidos, atropellados nuestros derechos relijiosos. « Se trata, por ejemplo, de una resolución puramente es- « piritual, de mera jurisdicción eclesiástica en que se pro- « hibe a un sacerdote decir misa o confesar, ¿cómo se apli- « caria este artículo, suponiendo que esas resoluciones hu- « bieran sido tomadas por un juez eclesiástico incurso en « la pena de inhabilitación? ¿Se entendería que en virtud « de este artículo, lo único que el Estado podría hacer se- « ría decir a ese juez eclesiástico: por cuanto estais inha- « bilitado a los ojos de la lei civil, yo no os presto el auxi- « lio de la fuerza pública para hacer cumplir a ese sacer- « dote vuestro mandato, es decir, no impediré con la fuer- « za que ese sacerdote diga misa o confiese? ¿Será este el « alcance del artículo? El señor Ministro del Interior dice « que sí, i yo me apresuro a pedir que se tome nota de es- « ta declaración. Pero yo creo que no es así lo que dispo- « nen sus palabras, que no será entendido ni aplicado de « la manera que se indica, sino que se irá mas léjos, se « irá hasta negar al juez eclesiástico el derecho que tiene

« para dar un edicto de esa naturaleza; se le negará, en  
« una palabra, lo que el mismo artículo afecta respetar, se  
« le negará su jurisdicción eclesiástica puramente espiri-  
« tual. I hé aquí la causa de la justa alarma de los señores  
« Obispos (1) guardianes de los derechos i prerogativas de  
« la Iglesia, i de aquí nace la actitud de los senadores que,

(1) Se refiere a los acápites 2.º, 3.º i 4.º de la nota colectiva pasada al Senado con motivo de algunos artículos del Código Penal i firmada por el Illtmo. i Revmo. Sr. Arzobispo i por los Illtmos. Obispos de la Concepcion i Ancud i que dicen así: «Es un dogma de nuestra santa relijion que la jurisdicción espiritual de la santa Iglesia le viene por disposición divina, i no es dado a poderes terrenos comunicarla ni suprimirla.» En el libro sagrado de los Hechos Apostólicos, cap. 28, v. 50, se dice: «Cuidad de vosotros i de toda la grei en la cual el Espíritu Santo os ha puesto Obispos para rejiir la Iglesia de Dios, que adquirió con su sangre;» i sería atentar contra la disposición divina pretender que algun poder humano, por elevado que fuera, pudiese comunicar, suspender o quitar esa jurisdicción para rejiir la Iglesia que emana de Dios. De esa jurisdicción que posee el Obispo se deriva, como de su fuente, la de los otros sacerdotes cooperadores suyos en el sagrado ministerio. Por consiguiente, en cualquiera que resida la jurisdicción espiritual, ella solo depende de la autoridad de la Iglesia. En los arts. 118, 261, 262 i 391 del proyecto del Código Penal se imponen penas que llevan consigo la suspensión o pérdida de los empleos i aunque el art. 41 del dicho proyecto declara que cuando las penas de inhabilitación o suspensión recaigan en personas eclesiásticas sus efectos no se extienden a los cargos, derechos i honores que tengan por la Iglesia, se añade inmediatamente que a tales eclesiásticos no se les reconocerá jurisdicción eclesiástica ni la cura de almas en el territorio de la república, lo que parece que envuelve una verdadera contradicción, pues no se concibe cómo pueda suceder que las suspensiones e inhabilitaciones no tengan efectos en los cargos que emanan de la Iglesia, si luego debe ponerse obstáculo para que se ejerciten. Parece mas bien una burla indigna de la gravedad de la lei disponer que no se entienda suspendida la cura de almas que solo puede conferir la autoridad de la Iglesia al mismo tiempo que se impide el que se ejerza. I a la verdad que sería un espectáculo digno de los tiempos de persecucion, ver a los agentes de la fuerza pública arrancar a un cura del confesionario de sus feligreses, privarle de que bautice, administre la comunión i la extremaunción a los enfermos, porque la lei desconoce el ejercicio del poder sacramental, que se ve forzado a reconocer subsistente en el sacerdote; pues ella es impotente para suspenderlo o quitárselo. Resulta, pues, que por mas que se haya querido disfrazar la privación del poder espiritual por solo disposición de la lei civil, es manifiesto en los artículos arriba citados, que están por lo mismo en oposición con lo que enseña el dogma católico sobre el orijen i la trasmisión del poder espiritual. «El capítulo 11 de la sesión 22 del Santo Concilio de Trento, no solo fulmina anatemas contra los que invaden los bienes de la Iglesia, sino tambien contra los que, bajo cualquier pretesto, se apoderan de los beneficios o jurisdicción eclesiástica, o al ménos impiden que se posean aquellos o se ejerza esta por los que las tienen de la Iglesia, incluyendo espresamente entre los comprendidos en este anatema a los laicos vestidos de cualquier dignidad, la imperial o réjia. Por manera que las disposiciones del código arriba mencionadas establecerian la violación clara i esplicita de la prescripción conciliar, i colocaria a los futuros ejecutores del dicho código en la triste alternativa de renunciar sus puestos o cargar sobre sí con el anatema.»

Las privaciones de la jurisdicción eclesiástica a que aludimos envolveria ademas una violación constitucional; porque estableciendo el art. 5.º de la Constitución, que la relijion católica, apostólica romana es la del Estado, todos los poderes del Estado no pueden estatuir cosa alguna i ménos dictar leyes que se apongan a los dogmas o preceptos de la relijion católica. Si, pues, es un dogma de nuestra relijion el que el poder espiritual no puede ser comunicado ni suspendido por la lei humana ni otra potestad que la de la Iglesia, i si esta misma ha prohibido bajo tan severas penas el que se prive o impida el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica por los majistrados civiles i poderes del Estado, claro es que los artículos del código arriba mencionados no pueden ser sancionados como leyes sin violación abierta de la constitución.

« como católicos, participamos de sus ideas i defendemos  
« los mismos principios (1). »

370. Pero estos justos temores se desvanecieron ante la conciencia de la mayoría del Senado con las esplicaciones que, a nombre del Gobierno i como miembro de la comision redactora, dió el señor Ministro del Interior i tambien el señor Presidente de la misma comision. Repetidas veces i en varios discursos manifestaron, en efecto, que el espíritu i alcance de la segunda parte del inciso no eran otros que los espresados en las actas. Transcribamos los puntos mas importantes de esos discursos: « La lei civil, « se dijo, no dá al sacerdote la jurisdiccion que él recibe « de la eclesiástica; pero aquella reconoce esa jurisdiccion, « la protege, la ampara con el poder del Estado. ¿ I qué « significa esta pena de inhabilitacion? Significa decir al « juez eclesiástico: señor, siga Ud. funcionando si quiere, « pero como Ud. no obedece a la lei del Estado, no pida « ni espere para en adelante el apoyo del Estado. Ud. se- « guirá siendo juez, pero yo, Estado, no le pago a Ud. su « renta ni le doi valor a sus sentencias que no tendrán mas « fuerza ni mas sancion que la de la conciencia de los ca- « tólicos. Esto es privar a la jurisdiccion eclesiástica del « apoyo del brazo secular i nada mas » (2). I en otra parte: « El libro de actas que es la historia, el pensamiento « del Gobierno que ha traído el código como proyecto su- « yo ante el Senado, todos los que aquí hemos tomado « parte en la discusion, todos, todos sostenemos que no se « trata de privar al eclesiástico de la divina jurisdiccion que « ejerce; que se trata simplemente de retirar el apoyo del « Estado i la renta para el caso en que desconozca i rehu- « se someterse a las leyes del país. ¿ Puede haber mas cla- « ridad? Pero los tribunales pueden abusar, sí; pero co-

(1) Discurso del senador don Manuel José Irarrázabal, sesiones extraordinarias del Senado páj. 175, año 1873.

(2) Se refiere al caso en que se niegue la remision de los autos para reconocer en un recurso de fuerza, abolido por la lei.



« metiendo una enorme injusticia i una flagrante violacion  
« de la lei » (1). Estas ideas no sufrieron variacion alguna  
en el trascurso del tiempo que hubo entre las sesiones es-  
traordinarias de 1873 i las ordinarias del siguiente, pues  
en éstas encontramos que el mismo señor Ministro se es-  
presó en estos términos: « El artículo dice que la repúbli-  
« ca no reconoce al eclesiástico inhabilitado o suspenso la  
« jurisdiccion ni la cura de almas, es decir, no dá a sus re-  
« soluciones efectos civiles ni le sigue prestando la fuerza  
« pública para hacer cumplir sus sentencias. Un provisor  
« seguirá en su juzgado despachando i dictando sentencias;  
« pero verá cumplidas solo aquellas que las partes qui-  
« siesen obedecer: las demas no tendrian efecto alguno  
« civil » (2).

371. Por su parte el señor Senador i Presidente de la  
comision redactora decia: « Se duda si el artículo compren-  
« de la jurisdiccion esterna de los eclesiásticos del mismo  
« modo que la espiritual o interna. A este respecto pare-  
« ce fuera de duda que en la primera parte del artículo se  
« deja fuera de la disposicion contenida en él a la juris-  
« diccion interna. La segunda parte niega a los eclesiásti-  
« cos la jurisdiccion i la cura de almas. Esceptuada como  
« está en la primera la jurisdiccion espiritual ; a cuál se  
« referirá la segunda ? Indudablemente que no a otra que  
« a la jurisdiccion que produce efectos civiles » (1). « I el  
« segundo inciso, agregaba, en otro discurso, revela mas  
« claramente la intelijencia del artículo; allí se dispone que  
« los Obispos conservarán siempre su jurisdiccion ordina-  
« ria; o lo que es lo mismo, que la disposicion legal solo  
« se refiere a los delegados de los Obispos. Estos funcio-  
« narios una vez incursos en penas que traen consigo la

(1) Discursos del señor Ministro del Interior don Eulojio Altamirano, sesiones extraordinarias del Senado, año 1873, pájs. 172, 174 i 186.

(2) Discurso del señor Ministro del Interior en las sesiones extraordinarias del Senado de 1874 paj. 37.

(3) Discurso del senador don A. Reyes en las sesiones extraordinarias de 1873, pájs. 179 i 180.

« inhabilitacion o suspension, pueden sin inconveniente  
« ser removidos por sus superiores. No sucede otro tanto  
« con los Obispos. Ellos donde quiera que se encuentren,  
« dentro o fuera del país, conservan siempre su jurisdic-  
« cion ordinaria ».

372. Resumiendo ahora todo lo espuesto nos resulta: que la primera parte del inciso primero solo tuvo por objeto evitar que pudiera entenderse que las inhabilitaciones o suspensiones alcanzan a los cargos, derechos i honores que los eclesiásticos tengan por la Iglesia; que la segunda parte tiene tres fines, negar la fuerza pública para la ejecucion de las sentencias dictadas por eclesiásticos inhabilitados o suspendidos, los efectos civiles de éstas i la renta que paga el tesoro nacional; i que el segundo inciso se estableció para evitar los inconvenientes i trastornos que se operarian de comprender a los Obispos en la disposicion de la segunda parte del primero, porque ellos no pueden ser removidos como sus delegados.

#### IV.

373. Pero si el espíritu del artículo quedó perfectamente esclarecido i no hai peligro de que se realicen los temores del honorable Senador Irarrázabal sin que se cometa una enorme injusticia i una flagrante violacion de la lei; nos parece que pueden surjir cuestiones tan graves que, en realidad de verdad, no deseamos en nuestro país. Varias podríamos examinar; pero nos limitaremos a la mas seria i que se insinuó en la discusion que hubo en el Senado. ¿Será válido o nulo, se preguntó al señor Ministro del Interior, un matrimonio en que se dispense, por un provisor inhabilitado o suspenso, un impedimento dirimente? « Nulo sin duda alguna, respondió el señor Ministro inmediatamente, puesto que el artículo anula todos los actos destinados a producir efectos civiles » (1). Esta misma contes-

(1) Pregunta del honorable senador don Rafael Larrain Moxó i respuesta del señor Altamirano, sesiones extraordinarias del Senado, año de 1873, páj. 88.

tación habria tenido que dar lójicamente si la pregunta hubiese sido: ¿ Será válido o nulo un matrimonio celebrado por un párroco inhabilitado o suspenso a los ojos de la lei civil? I sin embargo, a nosotros nos parece que la cuestion es tan grave que solo una autoridad infalible pudo resolverla ex-cátedra sin vacilar como se hizo; i para ello nos fundamos en que de ese latísimo alcance que se dió al artículo resulta una consecuencia que no es verdadera o una disposicion inícua, que entrañaria un abismo de males para el país, si fuese cierto que el artículo priva de sus efectos a todos los actos, contratos i sentencias que emanan de una autoridad eclesiástica inhabilitada o suspensa por la lei civil.

374. Los matrimonios de que hablamos son, en efecto, perfectamente válidos en el fuero interno, i en ambos fueros a los ojos de la Iglesia que no reconoce ni puede reconocer el impedimento dirimente de que habló el señor Ministro. Pues bien, el Código Civil, lei especial relativamente al art. 41 del Penal, en su art. 103 manda que sea solamente la autoridad eclesiástica la que decida sobre la validez o nulidad del matrimonio; i como el mismo código no reconoce como impedimentos sino los que hayan sido declarados tales por la Iglesia Católica i corresponde a la autoridad eclesiástica decidir tambien sobre su existencia o no existencia, i la misma autoridad es la llamada, con exclusion de las demas, a juzgar sobre las causas de disolucion i solo la declarada por ella produce efectos civiles, resulta que, no declarándose la nulidad por la autoridad eclesiástica (lo que suponemos que no haria por la causal del señor Ministro), los matrimonios de que hablamos quedarian válidos aun para la lei civil. Es verdad que este art. 41 priva de los efectos civiles a los actos ejecutados por un eclesiástico incurso en las penas de inhabilitacion o suspension; pero esta es una lei jeneral que solo tendrá aplicacion en los casos en que leyes espe-

ciales, aplicables a uno o mas casos determinados de los que el artículo comprende, no hayan dispuesto lo contrario; i es ademas una lei penal que, sin violacion de todas las reglas de la hermenéutica legal, no puede haber derogado las disposiciones especiales del Código Civil relativas al matrimonio. El error del señor Ministro consiste, pues, en haber sostenido que el artículo priva siempre de los efectos civiles a todos los actos que emanan de un eclesiástico incurso en las penas de inhabilitacion o suspension; en haber dado mas estension de la propia al antecedente del cual dedujo sus consecuencias, sin considerar disposiciones civiles que no hubo intencion de derogar. Por esto fué, sin duda, que el honorable Senador don A. Reyes dijo respecto a la cuestion del matrimonio: « que « el vínculo lo deja la lei a la autoridad eclesiástica i que « solo se reserva considerar i apreciar los efectos civiles « del contrato » (1). Mas, como estos efectos dependen de la validez o nulidad del vínculo i algunos solamente de la buena fé de los contrayentes, segun leyes civiles, seria loca la lei que sin declarar nulo un matrimonio dijera, sin embargo: yo no reconozco como lejítimos a los hijos, no presto mi proteccion a los cónyuges ni a los padres ni a los hijos; no reconozco la patria-potestad ni la sociedad conyugal; no castigo la bigamia ni el adulterio de la mujer ni el amancebamiento del marido; i, en una palabra, no hago producir a ese matrimonio que declaro válido, ninguno de los efectos que nacen de la validez del vínculo. La lei podria en virtud de su imperio, con razon o sin ella i por tal o cual causa, aunque no sea reconocida por la autoridad eclesiástica, declarar nulos los matrimonios, i por el mismo hecho privarle de los efectos que le son propios; pero declararlos válidos i privarle de esos efectos es una verdadera contradiccion. En la lejislacion actual, el matrimonio, por su doble carácter de sacramento i de con-

(1) Sesiones extraordinarias del Senado, páj. 179 año 1873.

trato, tiene la especialidad de que su validez o nulidad solo puede ser declarada por la autoridad eclesiástica; i como los efectos de todo contrato dependen precisamente de esta declaracion, sin violar las mismas leyes civiles no pueden desconocerse sus efectos si no hai una sentencia de nulidad espedida por la autoridad eclesiástica, única lejí-tima segun las leyes canónicas i civiles (1).

375. Hasta aquí el aspecto apacible de la cuestion; mas en el lado opuesto en que dominan las ideas del señor Ministro, la injusticia i los desórdenes públicos, que serian sus consecuencias, vienen a fortalecer nuestra opinion. I en efecto, todos sabemos que las sentencias judiciales no se promulgan como las leyes i decretos; i por consiguiente, si el art. 41 declarase nulos los matrimonios contraidos con dispensa de un provisor o ante un párroco incursos en las penas de que habla, seria soberanamente injusto para los contrayentes de buena fé, pues nadie tiene obligacion de sapersi tal o cual funcionario está inhabilitado o suspenso. ¿I cuál seria la situacion de las familias que tuviesen conocimiento de la pena i temiesen los efectos del citado artículo? ¿I cuántos los abusos que a la sombra de esa lei podrian cometerse? En realidad, si se aplicase la lójica del señor Ministro a este contrato especialísimo i base de la familia i de la sociedad, el art. 41 seria una lei disolvente del órden público, injusta con la buena fé, responsable de la alarma social i de la tranquilidad de las familias i encubridora de los engaños de que serian víctimas los incautos e inocentes.

## V.

376. Pero sea lo que fuere, es para nosotros indudable que vale mas el art. 40 del Código Español reformado de 1870 que solo limita los efectos de la pena de inhabilita-

(1) Núm. 7, arts. 5.º de la lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales, lei posterior al Código Penal.

cion o suspension, cuando recae sobre personas eclesiásticas, a los cargos, derechos i honores que no tuviesen por la Iglesia, i a la asignacion que tuviesen derecho a percibir por razon de su cargo eclesiástico. Esta disposicion habria estado en clara armonía con los artículos del Código Civil concernientes al matrimonio i habria evitado en el porvenir toda cuestion con la autoridad eclesiástica de la cual, dadas las relaciones entre la Iglesia i el Estado, no puede resultar ningun bien para el país. Ese artículo, por otra parte, no podia ser sospechoso ni para los viejos ni para los modernos católicos, como graciosamente se distinguieron en el Senado los libres pensadores de los verdaderos católicos; no para los segundos, porque no se toca a los cargos, derechos i honores que los eclesiásticos han recibido del poder independiente de la Iglesia; i no para los primeros, porque el artículo español fué sancionado por la escuela de ideas mas radicales que estableció en España la libertad de cultos i que abolió los arts. 128, 136 i 137 del anterior código que penaban la tentativa para abolir o variar en España la religion católica, apostólica i romana i a los que apostataban de esa misma religion; pero que al ménos, respetando la libertad, no quiso arrebatarse a los eclesiásticos los cargos, derechos i honores que no les vienen de la lei civil.

#### ARTÍCULO 42.

Los derechos políticos activos i pasivos a que se refieren los artículos anteriores, son: la capacidad para ser ciudadano elector, la capacidad para obtener cargos de eleccion popular i la capacidad para ser jurado. El que ha sido privado de ellos solo puede ser rehabilitado en su ejercicio en la forma prescrita por la Constitucion.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 33. La inhabilitacion perpétua para derechos políticos



priva perpétuamente de la capacidad de ejercer los derechos sobre que recae.

I.

377. Los derechos que comunmente se denominan políticos forman la base del sistema republicano. El principio liberal tiende al ensanche de estos derechos, al sufragio universal que concede a todos los ciudadanos la capacidad para ser elector i elegido. Este ideal político, que ante la lei iguala al rico con el pobre, al ilustrado con el ignorante i al hombre honrado con el de conducta sospechosa, ha logrado predominar en nuestro país hasta el punto que sabiendo leer i escribir puede cualquiera ejercer legalmente estos derechos que necesitan de independencia, ilustracion i patriotismo para desempeñarlos digna i útilmente. El carácter de este pueblo que participa de la serenidad del cielo azul que lo cubre, la carencia de esa educacion política que hace comprender a las masas la importancia de estos derechos i las virtudes que son necesarias en su ejercicio, las tradiciones del pasado, nuestra misma organizacion social i, sobre todo, cierta semilla corruptora que ha jermiado en tantas almas, son, entre otras, las causas de los inauditos abusos de las autoridades i de los particulares cada vez que se ejercitan los derechos de que hablamos, i las que esplican el raro fenómeno de no existir en la conciencia pública la sancion condenatoria que es necesaria. Las leyes electorales, dictadas jeneralmente bajo la influencia de las pasiones políticas que son, han sido i serán malas consejeras, se resienten de una escesiva lenidad en sus penas i las autoridades siempre encuentran instrumentos para abrir a la lei una ventana o un albañal por donde escapen los transgresores que, en vez de castigo, encuentran un premio en las conveniencias del partido dominante. En tan desconsoladora situacion política en que no tenemos de república mas que el cambio periódico de dos ramas del poder, una

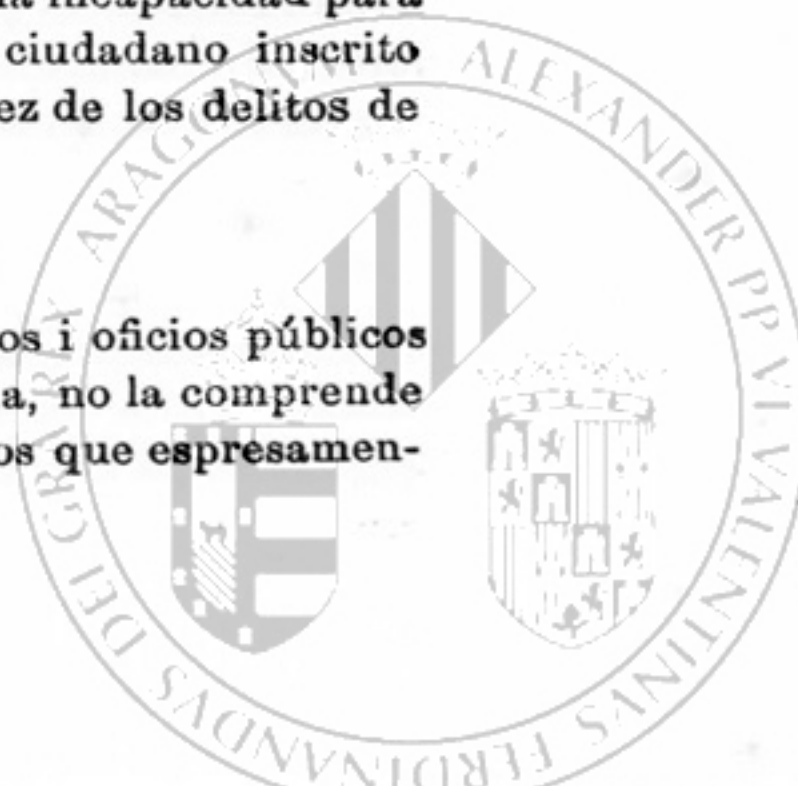
una pena, que al ménos prive de la capacidad para ser elector i elejido a los delincuentes que se manifiestan indignos, es un tesoro inapreciable: tal es la inhabilitacion para derechos políticos que este artículo establece i cuyos efectos serian saludables si en política se respetaran las leyes.

378. I precisamente por esta falta de respeto a las leyes cuando se trata de política, ha hecho mui bien el legislador en determinar cuáles son los derechos activos i pasivos que comprende la inhabilitacion para derechos políticos; porque era de temerse que en ella se comprendiesen ciertos derechos que pueden llamarse políticos por emanar inmediatamente de la Constitucion Política del Estado; mas en virtud de esa determinacion, los derechos de emitir libremente nuestras opiniones por la prensa, de reunion, de protesta en contra de los actos de cualquiera de los poderes, de asociacion, de locomotividad, de enseñanza i otros, aunque son derechos políticos, no se comprenden en la inhabilitacion de que hablamos.

379. Por lo demas, la incapacidad para ser ciudadano elector priva del derecho de inscribirse en los registros electorales, de sufragar i de formar parte de la junta de mayores contribuyentes; la incapacidad para obtener cargo de eleccion popular inhabilita para ser elejido Presidente de la República, senador, diputado, municipal i miembro de las mesas calificadoras i receptoras; i la incapacidad para ser jurado priva del derecho que todo ciudadano inscrito en los registros tiene para ser elejido juez de los delitos de imprenta.

#### ARTÍCULO 43.

Cuando la inhabilitacion para cargos i oficios públicos i profesiones titulares es pena accesoria, no la comprende el indulto de la pena principal, a ménos que espresamente se haga estensivo a ella.





## CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

**Art. 15.** La gracia de indulto no producirá la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos i el derecho de sufragio, si en el indulto no se comprendiere especialmente la inhabilitacion.

### I.

380. La gracia del indulto es una de las atribuciones privativas del Presidente de la República de acuerdo con el Consejo de Estado i del Congreso en ciertos casos, segun el art. 82, núm. 15 de la Constitucion Política, atribucion que ninguna lei puede limitar siquiera: Por esto es que la lei penal, aun cuando reconoce que la inhabilitacion para cargos, profesiones titulares i oficios públicos es una pena que por su naturaleza no debe ser indultada sino cuando el condenado se manifieste digno de una rehabilitacion, no ha podido restringir la gracia del indulto i se ha limitado a mandar que no se comprenda en el perdon de la pena principal. Esto solo importa una advertencia al Presidente i al Congreso sobre que el espíritu de la lei, de acuerdo con la conveniencia pública, es que no se conceda el indulto sin la prueba de que el condenado merece esta gracia especial. Por lo demas el Código Penal está de acuerdo en este punto con los arts. 267 i 497 del Civil.

### ARTÍCULO 44.

El indulto de la pena de inhabilitacion perpétua o temporal para cargos i oficios públicos i profesionales titulares, repone al penado en el ejercicio de estas últimas, pero no en los honores, cargos, empleos u oficios de que se le hubiere privado. El mismo efecto produce el cumplimiento de la condena a inhabilitacion temporal.

## CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 45.** La gracia de indulto no produce la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos i derechos políticos, ni exime de la sujecion a la vijilancia de la autoridad, si en el in-

dulto no se concediere especialmente la rehabilitacion o exencion, en la forma que se prescriba en el Código de procedimientos.

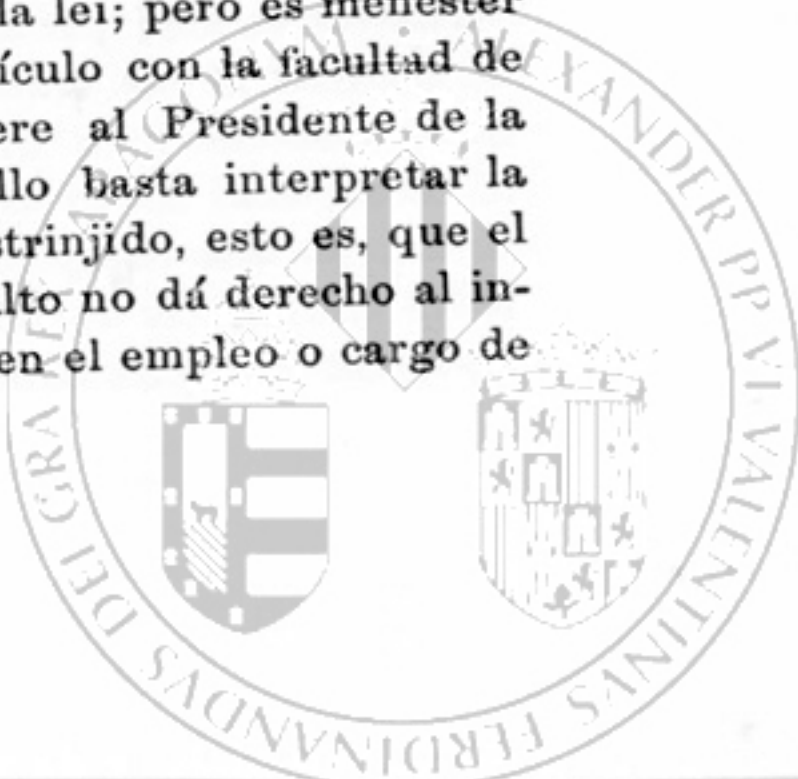
I.

381. Se ha dicho que se conservaron las penas de inhabilitaciones temporales por producir distintos efectos que las suspensiones (1). En este artículo encontramos la diversidad de dichos efectos en cuanto a los cargos, empleos i oficios públicos; mas no respecto a las profesiones titulares que se recuperan del mismo modo que en caso de una simple suspension. De esto resulta que el motivo de la conservacion de ambas penas es solo aplicable a dichos cargos, empleos i oficios públicos i no a las indicadas profesiones; pero preferimos que dicha razon sea en parte vacía a que se hubiera mandado que los abogados, médicos, ingenieros, farmacéuticos i matronas, incurridos en la pena de inhabilitacion, tuvieran que rendir de nuevo un exámen ante la autoridad llamada por la lei a espedir el título respectivo, como si las inhabilitaciones para ejercer profesiones titulares se impusiesen por motivo de incompetencia (2).

382. La misma regla, que en el caso de cumplimiento de condena, rije cuando un indulto recae sobre la pena de inhabilitacion perpétua o temporal para cargos, oficios públicos i profesiones titulares: el indulto repone, *ipso facto*, en el ejercicio de la profesion, mas no en los cargos i oficios públicos. Lójica ha sido la lei; pero es menester conciliar lo dispuesto por este artículo con la facultad de indulto que la Constitucion confiere al Presidente de la República i al Congreso; i para ello basta interpretar la disposicion en su sentido mas restringido, esto es, que el artículo solo ordena que el indulto no dá derecho al indultado para pedir su reposicion en el empleo o cargo de

(1) Art. 25, párrafo 2.º, de esta obra.

(2) Acta de la sesion del 25 de Junio de 1870.



que está privado, sin menoscabar la facultad que tiene la autoridad indultante para reponerlo en dichos cargos i empleos. En una palabra, este artículo priva de un derecho al indultado para pedir su reposicion, i obliga al Presidente i al Congreso a decretarla espresamente, si lo consideran justo.

#### ARTÍCULO 45.

La sujecion a la vijilancia de la autoridad dá al juez de la causa el derecho de determinar ciertos lugares en los cuales le será prohibido al penado presentarse despues de haber cumplido su condena i de imponer a éste todas o algunas de las siguientes obligaciones:

1.ª La de declarar antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia.

2.ª La de recibir una boleta de viaje en que se le determine el itinerario que debe seguir, del cual no podrá apartarse, i la duracion de su permanencia en cada lugar del tránsito.

3.ª La de presentarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, ante el funcionario designado en la boleta de viaje.

4.ª La de no poder cambiar de residencia sin haber dado aviso de ello, con tres dias de anticipacion, al mismo funcionario, quien le entregará la boleta de viaje primitiva visada para que se traslade a su nueva residencia.

5.ª La de adoptar oficio, arte, industria o profesion, si no tuviere medios propios i conocidos de subsistencia.

#### CODIGO BELGA.

Art. 35. La sujecion a la vijilancia especial de la policia dá al Gobierno el derecho de determinar ciertos lugares en los cuales le será prohibido al condenado presentarse despues de haber cumplido su condena. Antes de ser puesto en libertad, el condenado declarará el lugar en que se propone fijar su residencia, recibirá una boleta de viaje en la cual se determine el itinerario del cual no podrá apartarse, i la duracion de su permanencia en

cada lugar del tránsito. Estará obligado a presentarse, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, ante el funcionario designado en la boleta de viaje, no podrá cambiar de residencia sin haber dado aviso de ello, con tres días de anticipación, al mismo funcionario, quien le entregará la boleta de viaje primitiva visada, para que se traslade a su nueva residencia.

## CODIGO ESPAÑOL.

### ARTICULO 42.

3.º Adoptar oficio, arte, industria o profesion si no tuviese medios propios i conocidos de subsistencia.

#### I.

383. La sujecion a la vijilancia de la autoridad es una pena moderna que, segun parece, se reglamentó en Francia por primera vez en la forma acabada que la encontramos en algunos códigos modernos. Ella, que empieza cuando concluye una principal de que siempre es accesoria, puede evitar muchos casos de reiteracion o reincidencia. El culpable que ha cumplido su condena es regularmente un ser sospechoso para la sociedad i ésta hace bien en seguir sus pasos i velar sobre su conducta posterior, con tal que no se restrinja su libertad hasta el punto de agravar las dificultades que debe tener para ganar su vida honestamente. En Francia, antes de la lei del 28 de Abril de 1832 que reformó el Código Penal de 1810, esta pena era tan rigorosa que hacia casi imposible la enmienda. Las medidas de policia le daban una publicidad inevitable que, señalando al culpable a la desconfianza pública i privada i dificultándole, por consiguiente, el trabajo, lo conducía a la miseria i al crimen. Por esta razon, refiriéndose Ortolan a esta pena, dice: «El delito trae la sujecion a la vijilancia de la autoridad, esta sujecion la dificulta para el trabajo; i de aquí otra vez el delito.» Tambien se prodigaba tanto que llegó a ser tiránica, pues se aplicaba a delitos leves i a todos los reincidentes.

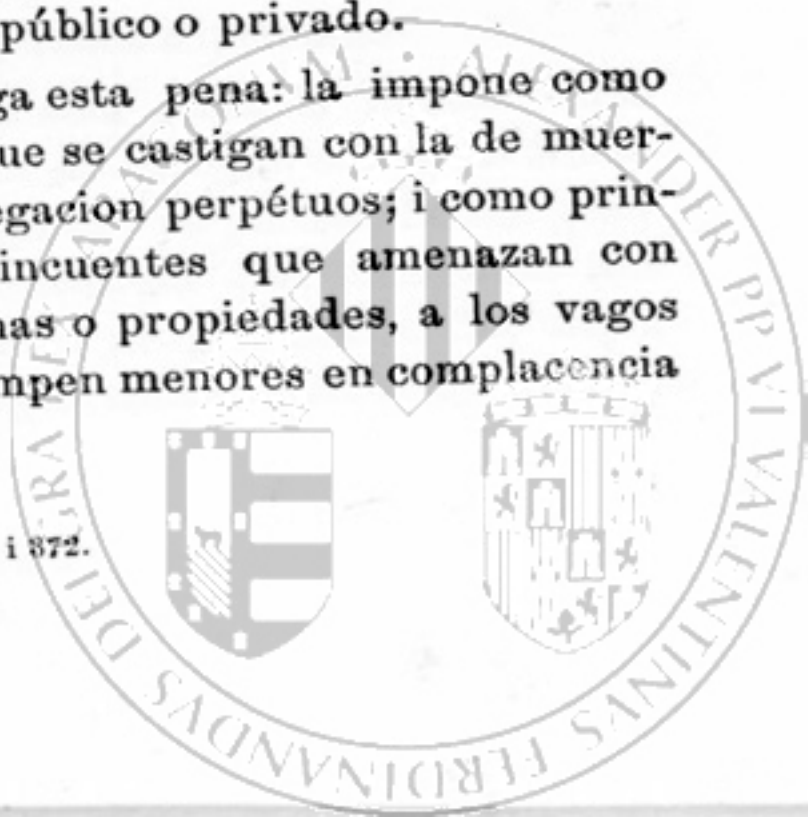
384. Pero las reglas a que está sujeta dicha pena en

nuestro código, como en las legislaciones de Francia i de Béljica, concilian los intereses inmediatos de la sociedad con el deber de no impedir el bienestar i el trabajo de los que cumplen su condena, objetos de que debe tambien preocuparse todo sistema moralizador. Ellas, en efecto, no obligan al juez a imponer todas las obligaciones que el artículo enumera, sino que, concediendo una facultad discrecional, le permite hacer una prudente diferencia segun la condicion i conducta de cada reo. Proceder por categoría de delitos para imponer precisamente todas o algunas de las restricciones a la libertad que lleva consigo la sujecion, es un sistema que sacrifica a la seguridad inmediata de la sociedad los bienes que pueden resultarle en el porvenir con la enmienda de los delincuentes, la que depende en gran parte del sometimiento a un trabajo lucrativo.

385. Pero esta facultad discrecional que la lei deja al prudente arbitrio de los tribunales, impone el importante deber de inquirir la conducta del condenado. Los lugares en que debe serle prohibido habitar no pueden ser otros que aquellos en que residen las víctimas del delito o sus parientes o los testigos u otras personas que hayan ayudado a la accion de la justicia siempre que sea de temer una venganza; los centros de grandes poblaciones, i, en jeneral, los lugares en que, por los antecedentes del reo, puede haber algun peligro público o privado.

386. El código no prodiga esta pena: la impone como accesoria de los crímenes que se castigan con la de muerte, presidio, reclusion i relegacion perpétuos; i como principal en contra de los delincuentes que amenazan con causar un daño a las personas o propiedades, a los vagos i mendígos i a los que corrompen menores en complacencia de tercero (1).

(1) Arts. 27, 298, 306, 307, 308, 309 i 372.



387. El art. 23 ha dispuesto que la sujecion a la vijilancia de la autoridad es una pena accesoria i que puede imponerse, como medida preventiva, en los casos que determine el Código de Procedimientos. Esto seria conveniente en algunos casos en que, por la calidad de la pena principal, el código no la impone al delincuente aunque el hecho merezca esta vijilancia, como sucede con el menor de edad absuelto de un delito grave por carecer de discernimiento, i con todos los delincuentes que han prescrito su pena o la accion para reclamarla. Por lo demas, la sancion de este artículo se encuentra en el núm. 7.º del art. 90: la reclusion menor en su grados mínimo a medio es la pena del sometido a la vijilancia de la autoridad que falta a las reglas que debe observar. En Francia se impone la transportacion a Cayena o Arjelia (1), en Béljica, en donde fué abolida en 1830 i restablecida en 1836, se castiga con una prision que no puede esceder de dos años, ni de cinco en caso de reincidencia (2); i en el Perú se debe dar caucion i sufrirse el arresto grave en grado segundo, i en caso de reincidencia completará el reo su condena quebrantada con reclusion (3).

#### ARTÍCULO 46.

La pena de caucion produce en el penado la obligacion de presentar un fiador abonado que responda o bien de que aquel no ejecutará el mal que se trata de precaver, o de que cumplirá su condena, obligándose a satisfacer, si causare el mal o quebrantare la condena, la cantidad que haya fijado el tribunal.

Si el penado no presentare fiador, sufrirá una reclusion equivalente a la cuantía de la fianza, computándose un

(1) Art. 6.º, decreto de 1851.

(2) Art. 2.º, decreto del 22 de Octubre de 1830 i 4.º de la lei del 31 de Diciembre de 1836.

(3) Art. 64 C. P.

dia por cada dos pesos; pero sin poder en ningun caso es-  
ceder de dos años.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 43. La pena de caucion produce en el penado la obliga-  
cion de presentar un fiador abonado, que responda de que aquel  
no ejecutará el mal que se trate de precaver, i se obligue a satis-  
facer, si lo causare, la cantidad que haya fijado el tribunal en la  
sentencia.

El tribunal determinará, segun su prudente arbitrio, la du-  
racion de la fianza.

Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de arresto  
menor.

#### I.

388. Dos objetos se propone este artículo: determinar  
la obligacion que la caucion produce en el penado e im-  
poner un castigo para los casos en que no quiera o no  
pueda cumplirla. Lo primero, es decir, la obligacion de  
presentar un fiador no se ha impuesto en caso alguno al  
mismo delincuente i solo el art. 81 exige una fianza de cus-  
todia i de tener al loco de que habla a disposicion del tri-  
bunal para entregarlo a su familia; i tampoco ha tenido  
aplicacion práctica la sancion que impone el inciso segun-  
do. La pena de caucion, en efecto, solo se aplica a los que  
cometen delito de amenazas en contra de las personas o  
propiedades, i a los vagos i mendigos para eximirlos de las  
penas asignadas (1): en el primer caso los reos quedan  
sujetos a la vijilancia de la autoridad si no dan fianza, pe-  
na subsidiaria que especialmente impone el art. 298; i la  
mera enunciacion del objeto de la fianza de los vagos i  
mendigos indica que mas bien que pena es una medida  
preventiva i subsidiaria de una principal.

389. Esta pena de caucion que habria sido mui propia  
para evitar las reincidencias en quebrantar las condenas  
de confinamiento, estrañamiento i destierro, puede ser

(1) Arts. 296, 297, 308 i 312 del Código Penal.

una fianza, una prenda o hipoteca suficientes, en conformidad al art. 2,337 del Código Civil i acuerdo de la comision consignado en el acta del 7 de Mayo de 1873.

#### ARTÍCULO 47.

En todos los casos en que se imponga el pago de costas se entenderá comprender tanto las procesales como las personales i ademas los gastos ocasionados por el juicio i que no se incluyen en las costas. Estos gastos se fijarán por el tribunal, prévia audiencia de las partes.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 46. En todos los casos en que segun derecho procede la condenacion de costas, se hará tambien la de los gastos ocasionados por el juicio a que se refieren aquellas.

#### I.

390. El delito no solamente ofende a la sociedad sino que suele dañar intereses públicos i particulares. La pena satisface a la vindicta pública i las indemnizaciones pecuniarias a los intereses perjudicados. Sobre esto no cabe observacion alguna; pero se duda de la justicia con que se obliga al condenado a pagar costas en los juicios públicos: « La administracion de la justicia, se dice, es una « carga del Estado que debe pesar sobre la comunidad i « no sobre los particulares. El lejislador, se agrega, impone las penas proporcionándolas a la gravedad de los delitos; i el pago de costas, que son tan variables como las necesidades del procedimiento, rompe precisamente esa proporcion i por una causa que no emana directamente del delito sino del mismo procedimiento (1). » Sin embargo, los lejisladores han impuesto al reo este pago

(1) Chauveau i Hélie, núm. 334



considerando, entre otros motivos: que al cometerse todo delito debe saberse que existe la obligacion de reparar los daños i perjuicios que se causen; que esta reparacion no seria completa si no comprendiese todas las consecuencias directas e indirectas del delito; que si el pago de los daños i perjuicios es la compensacion del mal privado, las costas reparan, siquiera en algo, los que sufre la sociedad; que si la justicia es una carga del Estado, esto es solo en cuanto a su mantenimiento jeneral, mas no respecto a los gastos que ocasione un particular; i, finalmente, que es mas justo que las costas graven al culpable que a la sociedad ofendida (1).

391. Pero la justicia debió obligar a esos mismos legisladores a dar en reciprocidad i por cuenta del Estado una indemnizacion a los procesados que se declaran inocentes i que aparecen sin una sombra de delincuencia. «¿Qué deuda mas justa que la de indemnizar en lo posible al hombre que la justicia ha humillado con una errada acusacion i que ha separado de su familia i de sus negocios? ¿Qué reparacion mas sagrada que la de una terrible injusticia? (2). «No conocemos, sin embargo, ningun código en que no se mire con la mas profunda indiferencia la suerte de las víctimas de la falible justicia humana; i es probable que por mucho tiempo todavía se sacrificará la santidad de esta indemnizacion a las conveniencias del tesoro público. Solo Target, en sus observaciones al proyecto del Código Penal Francés i como miembro de la comision encargada de la composicion del proyecto, sostuvo la necesidad i justicia de dicha indemnizacion con estas notables palabras: «Es un pensamiento noble i bello el de acordar a los inocentes, que han sido sometidos al rigor del procedimiento criminal, un testimonio público de honor; i además una indemnizacion a los que, por el estado de su for-

(1) Chauveau i Hélie, núm. 335.

(1) Doctrina de Chauveau i Hélie, obra citada núm. 337.

«tuna, no pueden soportar el daño que los procedimientos causan». I el mismo Target, despues de proponer las bases de esta indemnizacion, agrega: «El Código Criminal de la Francia tendria con esta lei un carácter de probidad, de nobleza i de honor que se atraeria el respeto de las naciones i el reconocimiento i elogios de la posteridad (1).»

392. Pero estamos tan distantes de que ese ideal se realice i es tan dominante en los empleados públicos el deseo de favorecer el tesoro nacional que la Corte de Casacion de Francia ha llegado a condenar en los gastos de un juicio a locos i menores de edad que han sido absueltos como exentos de toda responsabilidad penal, fundándose en que los hechos que habian motivado los procedimientos eran delitos reconocidos por la lei i que entrañaban, en consecuencia, la necesidad de un proceso. Aunque creemos que baste el buen sentido para rechazar esta doctrina, séanos permitido dos palabras sobre ella.

393. Para nosotros el error de esa doctrina consiste en la falsedad de su fundamento; porque entre los términos «delito legal,» i «absolucion del delincuente por loco o menor sin discernimiento», hai verdadera contradiccion. Es cierto que los locos i menores sin discernimiento pueden verificar hechos que las leyes califiquen en jeneral como delitos, pero cometidos por ellos no lo son, segun la misma lei; i como esta solamente manda procesar a los verdaderos delincuentes, resulta que los gastos que se ocasionan en procesar a cualquiera persona exenta de responsabilidad se deben a un error de la justicia. Si fuera justa i acertada la doctrina de que hablamos, siguiéndose las consecuencias de una lójica rigurosa, todo procesado tendria que incurrir en la condenacion de costas; porque siempre será un error de la justicia el que motiva el proceso, a no ser que a sabiendas se procese a un ino-

(1) Observaciones sobre el proyecto del Código Criminal, parte primera, novena observacion.

cente, en cuyo caso habria mayor motivo para la indemnizacion. Errar por creerse a un loco en sano juicio i con discernimiento a un menor, o como autor de un delito a un inocente revestido de ciertas apariencias de culpabilidad, es siempre un error de la justicia que debe cargar con sus consecuencias.

394. ¿I las costas de un proceso ordinario ocasionadas por un reo acusado de dos o mas delitos, si resulta castigado por uno solo, deben cargarse tambien a cuenta del acusado? En estricta justicia solamente deberia responder de las costas que habrian sido necesarias para inquirir i condenar su delito; pero la dificultad de operar la separacion i la letra del art. 24 de nuestro código que no hace distincion alguna, nos inducen a opinar como las Cortes de Casacion de Francia i de Béljica que mandan pagar todas las costas.

#### ARTÍCULO 48.

Si los bienes del culpable no fueren bastantes para cubrir las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el órden siguiente:

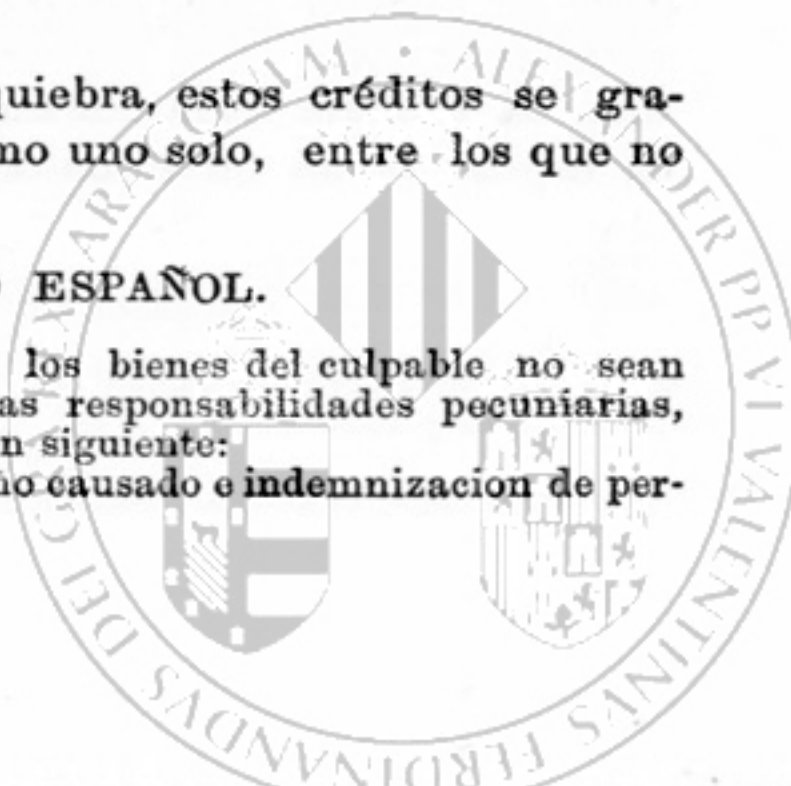
- 1.º Las costas procesales i personales.
- 2.º El resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio.
- 3.º La reparacion del daño causado e indemnizacion de perjuicios.
- 4.º La multa.

En caso de concurso o quiebra, estos créditos se graduarán, considerándose como uno solo, entre los que no gozan de preferencia.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 48. En el caso de que los bienes del culpable no sean bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas por el órden siguiente:

- 1.º La reparacion del daño causado e indemnizacion de perjuicios.



- 2.º El resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio.
- 3.º Los costas procesales.
- 4.º La multa.

I.

395. El art. 24 dispone que toda sentencia condenatoria lleve envuelta la obligacion de pagar las costas, daños i perjuicios; pero, sucediendo jeneralmente que los bienes de los condenados no alcanzan para cubrir estas indemnizaciones pecuniarias, ha sido necesario determinar sus preferencias atendiéndose para ello a la calidad i a la importancia de cada una. Mas, todas estas indemnizaciones ménos la multa que es pena, no necesitan imponerse expresamente en la sentencia ni pedirse por la parte ofendida, pues el art. 76 solo se refiere a las penas accesorias de que habla el párrafo 3.º del tít. 2.º, i el 24 ordena que estas indemnizaciones vayan envueltas en la sentencia condenatoria, lo que ha tenido precisamente por objeto que la parte ofendida sea indemnizada aunque por una delicadeza, bien o mal entendida, no reclame. Prévía esta observacion, examinemos el órden de las preferencias del artículo.

396. El acta de la sesion del 23 de Junio de 1870 indica que el órden primero de la enumeracion del artículo fué el mismo del Código Español de 1850 i que ha conservado el de 1870 (1). Las razones que hubo para variar el órden deben saberlas los redactores que no se dignaron consignarlas en el acta del 7 de Mayo de 1873 en que se verificó la reforma. Pero sean cuales fueren, no habria ninguna que nos indujera a creer que los daños i perjuicios no deben ser los preferidos i que en este punto los códigos citados no son mas lójicos i justos que el de nuestro pais. I en efecto, los daños i perjuicios se deben en estricta justicia; miéntras que el derecho para

(1) Art. 49.

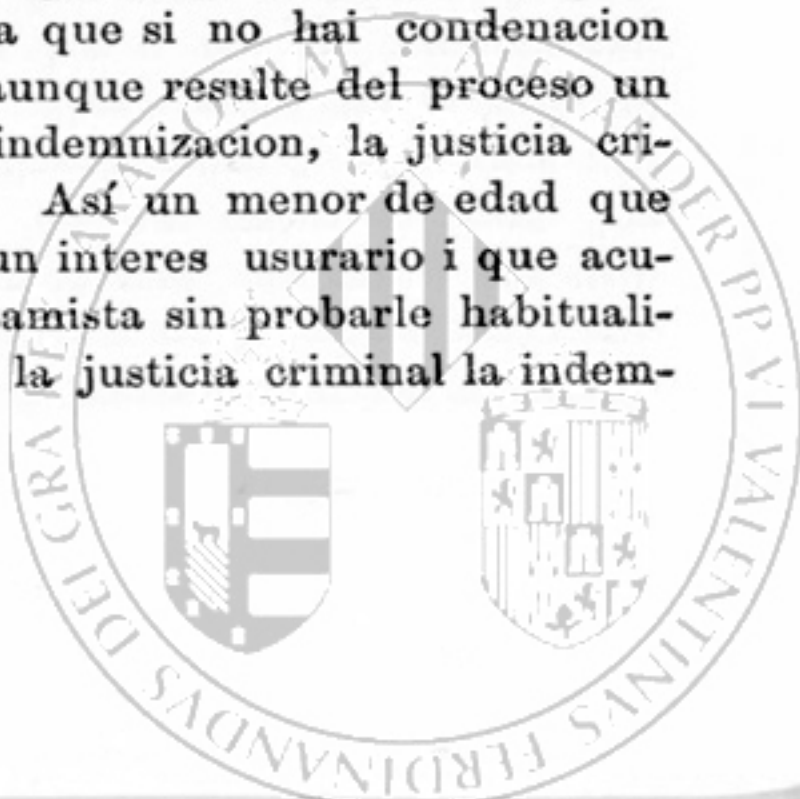


hacer pagar costas i otras indemnizaciones en favor del Estado se niega con razones que ponen en duda su justicia (1). Por otra parte, los daños i perjuicios comprenden el valor de los objetos sustraídos cuando estos no se pueden restituir en especie; i, en consecuencia, dar preferencia al pago del papel sellado i a los honorarios de los abogados, procuradores, secretarios, receptores i escribientes sobre el valor de dichos objetos, parece que es lucrar con cosas ajenas; i que es una inhumanidad esta misma preferencia sobre la curacion i alimento de la víctima e indemnizaciones por haber perdido un brazo o una pierna. El Código Español de 1850 manda, por el contrario, que una lei especial determine los casos i forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado cuando el ofensor carece de los medios para satisfacer la indemnizacion (2).

## II.

397. La lei no ha señalado ni un máximo ni un mínimo para la reparacion de daños e indemnizacion de perjuicios; porque las circunstancias de que dependen, como la cuantía del daño o perjuicio, la gravedad del delito i la fortuna de las partes, solamente pueden ser apreciadas por los tribunales. Pero estos no tomarán en cuenta mas que los daños i perjuicios que provengan inmediata i directamente del delito i que sean actuales i apreciables en dinero; de manera que si no hai condenacion penal, esto es, un delito, aunque resulte del proceso un derecho indudable a una indemnizacion, la justicia criminal no deberá ordenarla. Así un menor de edad que hubiese recibido dinero a un interes usurario i que acusase criminalmente al prestamista sin probarle habitualidad, no podria obtener de la justicia criminal la indem-

(1) Núm. 390 de estos Comentarios.  
(2) Art. 123.



nizacion por el préstamo usurario (1). Del mismo modo un procesado, como culpable de un delito cometido por un tercero, no podrá reclamar de éste los perjuicios de su injusta prision; porque ellos no nacen directa e inmediatamente del delito, si no de un error de la justicia en que el verdadero delincuente no tiene ninguna culpa. Siguiendo la misma lógica, el dueño de una propiedad que ha sufrido un daño no podrá obtener del causante su reparacion si se declara que ha obrado en conformidad al núm. 7.º del art. 10. Sin embargo, en este caso especialísimo, en que el daño ajeno aprovecha al causante que libra su propiedad, parece equitativa una indemnizacion civil como lo ha mandado el art. 19 del Código Español reformado de 1870.

398. Para que sean indemnizados los daños i perjuicios es menester, hemos dicho, que sean actuales i apreciables en dinero. Las eventualidades, en efecto, no pueden apreciarse i los males del alma solo pueden considerarse para apreciar los materiales. Es cierto, como dicen Chauveau i Hélie, que un hombre puede ser dañado en sus afecciones como en su fortuna, en su reputacion como en su propiedad, i que una indemnizacion pecuniaria para los males puramente morales seria una especie de compensacion de los sufrimientos de la víctima i una pena para el culpable; pero siendo estos daños inapreciables en dinero i muchas veces indecorosa una recompensa en esta forma, el art. 2,331 del Código Civil, que rige la responsabilidad civil proveniente de delito o cuasi delito (2), manda: « que las imputaciones injuriosas contra el honor, « o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnizacion pecuniaria, a ménos de probarse « daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse « en dinero . »

399. El art. 92 del Código Peruano establece la mis-

(1) Art. 432 del C. P.

(2) Acta de la sesion del 23 de Mayo de 1870.

### III.

ma solidaridad que el art. 2,317 de nuestro Código Civil respecto de todas las personas responsables de un delito i en cuanto al pago de costas, daños i perjuicios; pero el de aquel código contiene ademas una disposicion de estricta lójica i justicia. Si los autores son penados mas severamente que los cómplices i éstos con penas superiores a los encubridores, es lójico i justo que en las indemnizaciones corresponda a los autores una cuota mayor que a los cómplices i a éstos una mayor que a los encubridores; i como dentro de cada clase de estos delincuentes puede haber algunos que hayan causado mas daños o que tengan mayores facultades que los otros de la misma clase, es justo tambien que sus cuotas sean mayores. Hé aquí los motivos del indicado art. 92, concebido así: « La responsabilidad civil grava solidariamente sobre todos los responsables. El juez asignará, sin embargo, a cada delincuente la cuota proporcional que le corresponda, atendiendo a su culpabilidad i facultades i al lucro que hubiese reportado, a fin de que pueda pedir reintegro el que hiciese el pago. » Esta misma disposicion se encuentra en el art. 120 del Código Español de 1850 i en el 126 del reformado.

400. Pero, este último código ha ido mas lejos todavia buscando la proporcionalidad de las penas cuando concurren varios responsables. A mas de establecer que los tribunales fijen la cuota de que debe responder cada delincuente, ha mandado que la solidaridad sea por clases, autores con autores, cómplices con cómplices i encubridores con encubridores, i que estas clases solo respondan subsidiariamente las unas por las otras. Es de sentirse que estas sábias disposiciones no se hubiesen considerado por la comision redactora, por creer que nada habia que agregar al Código Civil que rije las responsabilidades provenientes de delitos o cuasi-delitos.

401. No habiendo ninguna disposicion espresa que sancione la solidaridad de la multa, creeriamos ser tachados de pueriles deteniéndonos en probar que no debe ser solidaria; pero ya que en el art. 55 del Códio Penal Frances encontramos establecida esta solidaridad, transcribiremos al ménos la opinion de Ortolan a este respecto. « Para un « criminalista, dice, la solidaridad de la multa es como la « de la prision que tuviesen que sufrir los que son apre- « hendidos en lugar de los que huyen de las manos de la « justicia: pena corporal o de multa, i, en jeneral, todas las « penas, deben ser estrictamente proporcionadas a la cul- « pabilidad de cada responsable i en consecuencia persona- « lísimas (1) ».

#### ARTÍCULO 49.

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitucion i apremio, la pena de reclusion, regulándose un dia por cada peso; pero sin que ella pueda esceder nunca de dos años.

Queda exento de este apremio el condenado a reclusion menor en su grado máximo o a otra pena mas grave.

#### CODIGO ESPAÑOL.

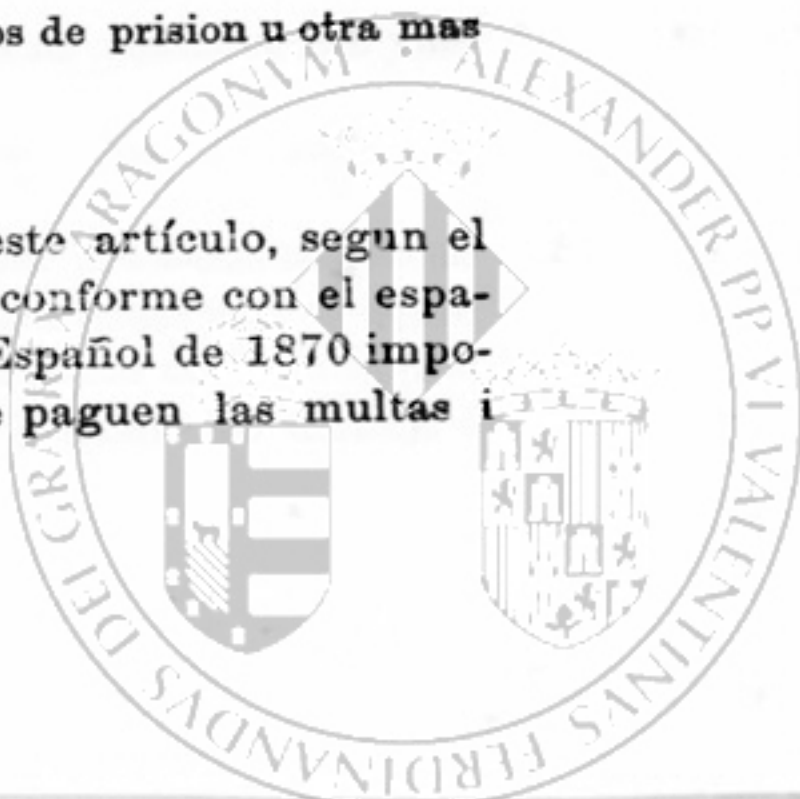
Art. 49. Si el sentenciado no tuviese bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los números 1.º, 2.º i 4.º del artículo anterior en que se le condenare, sufrirá la prision correccional por via de sustitucion o apremio, regulándose a medio duro por dia de prision, pero sin que esta pueda esceder nunca de dos años.

El sentenciado a pena de cuatro años de prision u otra mas grave, no sufrirá este apremio.

#### I.

402. La primera redaccion de este artículo, segun el acta del 25 de Junio de 1870, era conforme con el español de la concordancia. El Código Español de 1870 impone ciertas penas en caso que no se paguen las multas i

(1) Obra citada, núm. 1584.





otras responsabilidades pecuniarias, pero escluyendo las costas que no sean para el acusador privado. Estos Códigos Españoles, con el objeto de evitar que la pena sustituyente pueda ser mui severa, la restringen mas o menos i sacrifican a este objeto el principio de la proporcionalidad de las penas con la cuantía de las indemnizaciones: así para el art. 49 del Código Español de 1850, es indiferente que las indemnizaciones debidas importen doscientos pesos, por ejemplo, o muchos miles; porque solamente hai progresion hasta la suma de trescientos setenta i cinco pesos que equivalen a dos años de reclusion, computando cada dia por cincuenta centavos; i para el Español de 1870, tratándose de penas de cualquiera especie que no sean las de reprension, multa i caucion, es tambien indiferente que las indemnizaciones valgan solo mil ochocientas veinticinco pesetas o varios miles de pesos, i siendo de las esceptuadas es lo mismo que las indemnizaciones importen novecientos doce pesetas si son por delitos i setenta i cinco si son por faltas, o cantidades superiores. Preferimos lo dispuesto por nuestro código que solamente impone la reclusion cuando los responsables a una multa no tienen con qué satisfacerla i ninguna pena cuando no es posible hacer efectiva las otras indemnizaciones; i consideramos ademas para esta preferencia que la prision por deudas está definitivamente condenada i abolida en Chile por la lei del 23 de Junio de 1868, i que estas indemnizaciones han sido reconocidas como responsabilidades civiles por los códigos citados. Por otra parte, como las costas, el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio, la reparacion del daño causado i la indemnizacion de perjuicios, no se han impuesto por el legislador teniendo presente las condiciones necesarias o convenientes para elejir i medir las penas que en esos códigos se imponen cuando los delincuentes no quieren o no tienen con que cumplir sus obligaciones, debe resultar que las sustitu-

yentes tengan todas las inconveniencias de las que se elijen sin sujecion a norma ni a regla alguna. Por esto es que en dichos códigos, la pena que sustituye a las indemnizaciones puede ser mayor que la principal impuesta para satisfacer a la vindicta pública; i por esto es tambien que un delincuente rico i mas culpable que otro pobre pueda ser penado con menos severidad.

403. Ninguno de estos inconvenientes tiene la sustitucion de la multa por la reclusion, pues la multa es una pena de tal naturaleza que, sin inconvenientes dignos de considerarse, se ha destinado para suplemento de todas las escalas penales. Por lo demas, si en absoluto las dos limitaciones que el artículo impone son contrarias al principio de la proporcionalidad de las penas, la primera no lo es relativamente a la entidad de la multa comparada con la reclusion, pero mucho mas grave i dolorosa; i la segunda se justifica con la necesidad de no agravar mas las penas indicadas que por sí solas son severas. Ejemplos, en que la regla del inciso segundo puede aplicarse, tenemos en los arts. 273 i 274.

#### § 4.º

#### De la aplicacion de las penas.

##### ARTÍCULO 50.

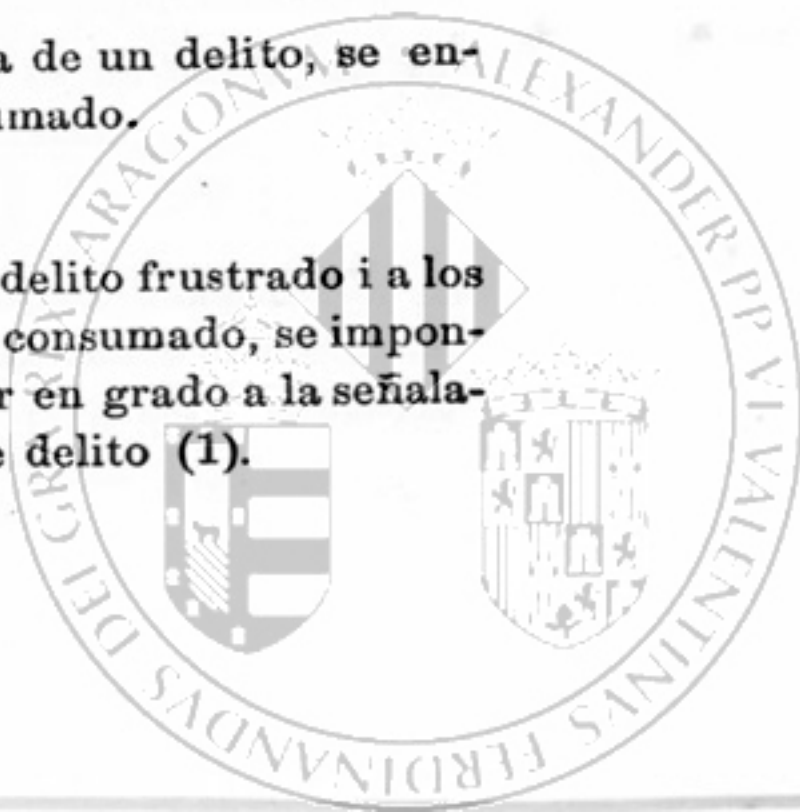
A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la lei.

Siempre que la lei designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.

##### ARTÍCULO 51.

A los autores de crimen o simple delito frustrado i a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la lei para el crimen o simple delito (1).

(1) Carrara, páj. 473 i 474.



ARTÍCULO 52.

A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado i a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la lei para el crimen o simple delito.

Esceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el núm. 3.º del art. 17, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitacion especial perpétua, si el delincuente encubierto fuere reo de crimen i la de inhabilitacion especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere de simple delito.

Tambien se esceptúan los encubridores comprendidos en el núm. 4.º del mismo art. 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

ARTÍCULO 53.

A los cómplices de tentativa de crimen o simple delito i a los encubridores de crimen o simple delito frustrado, se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la lei para el crimen o simple delito.

ARTÍCULO 54.

A los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, se impondrá la pena inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 60. A los autores de un delito o falta, se impondrá la pena que para el delito o falta que hayan cometido se halle señalado por la lei.

Siempre que la lei señale jeneralmente la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.

Art. 61. A los autores de un delito frustrado, se impondrá la

pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la lei para el delito.

Art. 62. A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la lei para el delito.

La conspiracion para cometer un delito, se castigará como tentativa: la proposicion para el mismo fin, con una pena inferior en dos grados a la anterior; salvo aquellos casos en que la conspiracion i la proposicion tengan señalada mayor pena por artículos especiales del Código.

Art. 63. A los cómplices se impondrá la pena inferior en un grado a la correspondiente a los autores del delito.

Art. 64. A los encubridores se impondrá la pena inferior en dos grados a la correspondiente a los autores del delito.

Esceptúanse de esta regla los encubridores comprendidos en el núm. 3.º del art. 14, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, a los cuales se impondrá la pena de inhabilitacion perpétua especial, si el delincuente encubierto fuere reo de delito grave, i la de inhabilitacion especial temporal, si lo fuere de delito menos grave.

## I.

404. Los códigos modernos, que no confunden los diversos grados punibles de la jeneracion del delito, tentativa, delito frustrado i consumado, ni las varias clases de participantes, autores, cómplices i encubridores, siguen el sistema del nuestro en cuanto establece, en jeneral, que a los cómplices i encubridores se les imponga penas proporcionalmente menores que a los autores; mas si varios códigos como los de España, Nápoles, Brasil i del Perú, siguen el mismo sistema de establecer, en jeneral, la graduacion de las penas, de la tentativa i delito frustrado, otros, notablemente el Belga, determinan en particular la pena de la tentativa en los casos en que puede existir por la naturaleza del delito (1). En este último sistema hai necesidad de repetir en cada delito la pena de la tentativa siempre que tenga lugar, miéntras que en el otro solo existe una disposicion jeneral; pero esta circunstancia no

(1) El Código P. Belga no distingue el delito frustrado del consumado.

merece considerarse al lado de la utilidad práctica i verdadera que nos induce a preferir el sistema belga que nosotros habríamos adoptado, estendiéndolo tambien al delito frustrado, como lo habria hecho ese código si lo distinguiera del consumado, i aun a la tentativa de crimen i al crimen frustrado. Veamos los motivos.

405. La distincion de los delitos que pueden frustrarse i que admiten tentativa, la determinacion precisa de la línea que separa la tentativa de los actos meramente preparatorios i del delito frustrado i la que separa a éste del consumado, son en la práctica<sup>4</sup> cuestiones bien difíciles. Cualquiera que lea los fundamentos de los votos especiales de la sentencia 1,287 año de 1876, palpará la conveniencia del sistema belga; pues que, determinando él los delitos que pueden frustrarse i que admiten tentativa, habria evitado que dos ilustrados jueces hubiesen calificado de perjurio frustrado el hecho de haber espuesto un testigo que habia mentido en una declaracion prestada sin juramentarse i que se negó a ratificarla con esta solemnidad cuando el juez se lo exigió, fundándose en que habia declarado falso precisamente por la falta de está solemnidad legal. Pues bien, ya que el lejislador no puede evitar a los tribunales las dificultades para distinguir la tentativa de los actos preparatorios i del delito frustrado i a éste del consumado, al ménos habria sido conveniente que se determinase cuáles son los delitos que pueden frustrarse i que admiten tentativa. Por otra parte, este método habria obligado tambien al lejislador a notar si, atendida la naturaleza de los delitos i otras circunstancias, se debe o nó penar la tentativa o si ésta i el delito frustrado merecen penas excepcionales, esto es, mayores o menores que las que resultan de un principio jeneral. Prescindir, pues, de reglas absolutas i determinar en cada caso la pena de la tentativa i del delito frustrado, tal es el método que preferimos i que es el mismo que observó la lejislacion roma-

na, que conserva la inglesa i han adoptado en su parte esencial los Códigos de Francia (1) i de Béljica (2).

## II.

406. Pero ya que los tribunales deben determinar cuáles son los delitos que pueden frustrarse i que admiten tentativa, conviene ampliar nuestras observaciones sobre esta materia a fin de que en la práctica no se confunda la tentativa con los actos preparatorios ni con el delito frustrado, ni a éste con el consumado (3).

407. Por regla jeneral no puede frustrarse ningun delito que por su naturaleza no admite tentativa: tales son todos los cuasi delitos, esto es, las acciones u omisiones meramente culpables; los delitos que no requieren para consumarse una serie de actos materiales como los de omision; las calumnias i las injurias; la conspiracion que pena el art. 106 i los delitos de los párrafos 6.º, 10.º, 11.º i 13.º del tít. 6.º lib. 2.º « Hai entre los términos «intencion» « i «tentativa», dice Ortolan, una correlacion de ideas que « es útil hacer notar. La intencion (tendere in) es el hecho « interior de la tendencia, de la direccion de la voluntad « i de las acciones i omisiones hácia un cierto resultado; « mas la tentativa (de tentare) es el hecho de poner mano « sobre los actos externos que tienen por objeto producir « el resultado de la intencion. Se sigue que la tentativa no « puede existir sin intencion i sin un acto o una serie de « actos exteriores i materiales que tiendan a la ejecucion « de un delito; de suerte que ni las amenazas de atentados « en contra de las personas i propiedades, ni las resolucio- « nes concertadas entre muchos, ni las provocaciones de « palabras o por escrito, pueden ser calificadas de tenta- « tivas » (4). Por otra parte, hai una serie de hechos que

(1) Art. 3 del C. P.

(2) Art. 53 del C. P.

(3) Léanse los comentarios del art. 7.º

(4) Obra citada, núm. 989.

se penan para evitar ciertos daños, sea cual fuere el resultado; i otra serie de delitos que se forman de uno o mas hechos i de sus resultados inseparablemente. Pues bien, todos los de la primera clase, aunque admiten tentativa, no pueden frustrarse. Fijémonos en el falso testimonio i en la conspiracion que pena el art. 106. ¿Qué es falso testimonio?: prestar una falsa declaracion bajo la fé del juramento o sin ella. ¿I qué castiga la lei en este hecho? ¿Es acaso el resultado, el daño inmediato que resulte? La definicion lo determina claramente: es el falso testimonio, el mero quebrantamiento de la fé prometida, sígase o nó el daño que se quiere evitar con la pena. Se deduce: que un testigo judicial no puede cometer el delito de falso testimonio ántes del juramento que la lei exige, aunque manifieste la intencion de prestar una falsa declaracion, porque las meras intenciones no están al alcance de la justicia humana ni el código las castiga; i que despues de prestado i durante la falsa declaracion, hai una simple tentativa que será o nó punible segun la causa que obligue a no consumir el hecho. Mas, hasta este punto de la jeneracion del delito de que hablamos no están terminadas las solemnidades que lo constituyen, i el declarante todavía no ha puesto de su parte todo lo necesario para consumarlo; i como inmediatamente que la declaracion se termina i se firma, únicas solemnidades que faltan, el delito queda consumado i su autor incurso en las penas correspondientes aunque en el acto se retracte o se le convenza del perjurio, resulta que no cabe el delito frustrado. Otra cosa seria si la lei para penar dicho delito atendiese al daño que se cause, porque entónces, si el daño no seguia a la falsa declaracion, habria delito frustrado, i consumado en caso contrario. Del mismo modo, si el art. 106 pena como delito consumado el simple hecho de inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile, síganse o nó hostilidades, nos parece claro que en este delito no cabe el frustramiento;

puesto que antes de verificarse la induccion puede haber solamente, i cuando mas, una proposicion o una conspiracion en el sentido legal de las palabras, i el delito queda consumado luego, inmediatamente que se realiza la induccion cualquiera que sea el resultado. Por consiguiente, podemos aseverar que los únicos delitos que pueden frustrarse son los homicidios, infanticidios i abortos; porque ellos tambien son los únicos en que el ajente puede hacer cuanto sea necesario para consumarlos i en que, sin embargo, puede faltar el resultado, es decir, la muerte o el aborto, por causas independientes de la voluntad del culpable.

### III.

408. Pero, hablando en jeneral, el sistema que estos artículos sancionan para castigar las varias clases de participantes de un delito i la tentativa, el delito frustrado i el consumado, es progresivo i proporcional; pues consiste en imponer penas graduales, segun reglas que vendrán mas tarde. Veamos esta progresion decreciente i la lójica a que la lei obedece.

409. La pena de los cómplices i encubridores, relativamente a la del autor, guarda armonia con la de la tentativa i del delito frustrado: el cómplice sigue al autor i el encubridor al cómplice; el delito frustrado sigue al consumado i la tentativa al delito frustrado. Con esta base la misma lójica indica cuantos grados deben bajarse a los cómplices i encubridores de delito frustrado i de tentativa; pues que, si el delito frustrado merece un grado menor de pena que el consumado i lo mismo el cómplice con relacion al autor, se sigue que al cómplice de delito frustrado debe corresponderle dos grados menos de la pena asignada al delito, uno por ser simple cómplice i otro por serlo de delito frustrado; que los cómplices de tentativa deben ser castigados con tres grados inferiores a los autores, uno por ser cómplices i dos por serlo de mera



tentativa; que el encubridor de delito frustrado debe ser tambien penado con tres grados inferiores a sus autores, dos por ser encubridor i uno por serlo de delito frustrado; i finalmente, que al encubridor de tentativa debe bajarse cuatro grados, dos por ser encubridor i otros dos por serlo de tentativa: hai, pues, lójica i armonia en la progresion decreciente establecida por los cuatro artículos que estudiamos. Mas adelante, cuando examinemos el art. 61 que establece las reglas para la aplicacion del sistema, veremos si en la práctica resultan tambien la misma lójica i armonia.

#### IV.

410. Las reglas jenerales de que hemos hablado tienen tres escepciones que establecen los arts. 52 i 55: 1.ª, cuando se trata de un funcionario público que, abusando de su cargo, alberga, oculta o proporciona la fuga a un delincuente; 2.ª, cuando el encubridor sea habitual en acojer, receptar o proteger a los malhechores, sabiendo que lo son; i 3.ª, cuando el mismo código impone penas especiales al delito frustrado, a la tentativa, a la complicidad i al encubrimiento. La primera escepcion es perfectamente lójica; porque, si por regla jeneral, es lícito albergar, ocultar o proporcionar la fuga a los culpables de delitos que no estén comprendidos en la circunstancia 2.ª, núm. 3.º, art. 17, las penas de dichos funcionarios que se imponen solamente por un mero quebrantamiento de sus obligaciones, deben ser las de inhabilitacion o suspension, penas que el código impone jeneralmente a los empleados públicos por delitos de esta clase. Respecto a la segunda escepcion, ya sabemos que en parte salvó el error de considerarse como encubridores a los delincuentes habituales en acojer, receptar o proteger a los malhechores, a sabiendas; i que en este sentido era necesaria la pena escepcional, a pesar de que tiene el gra-

vísimo inconveniente de ser fija i determinada, de suerte que en algunos casos puede ser mayor que la correspondiente a los cómplices i en otros menor que la que corresponde a los encubridores comunes que tienen ménos responsabilidad. De lo primero tenemos prueba en la nota al núm. 7.º, párrafo 1.º del art. 17; i de lo segundo en el crimen de incendio, en el cual el encubridor comun tiene que ser castigado con dos grados inferiores al autor, esto es, con presidio mayor en su grado mínimo; mientras que la pena del habitual no puede subir de presidio menor en su grado máximo. Estudiaremos la tercera excepcion en el artículo siguiente que la establece.

#### ARTÍCULO 55.

Las disposiciones jenerales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la lei.

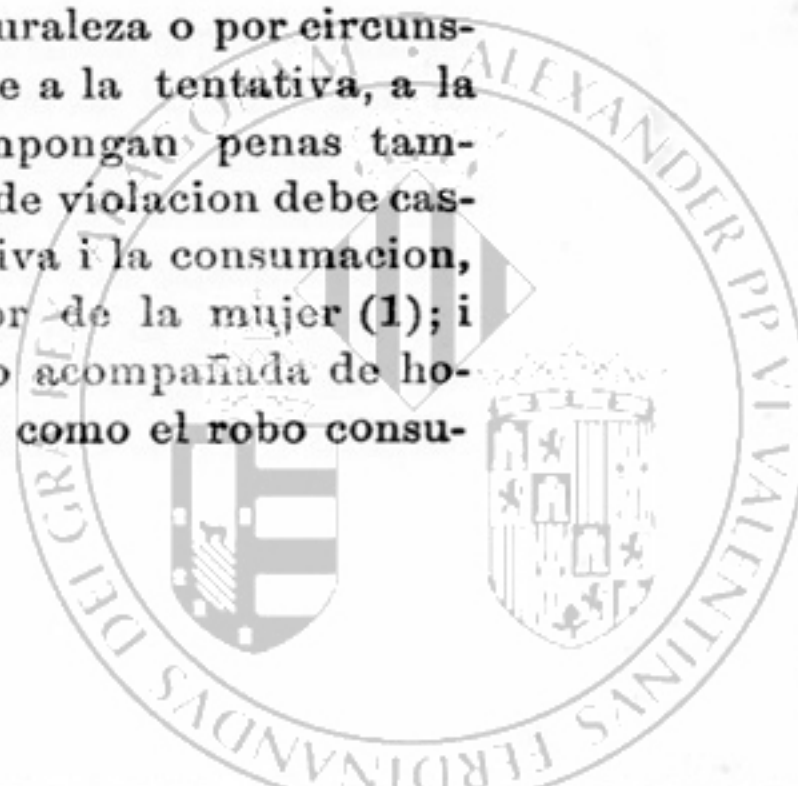
#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 65. Las disposiciones jenerales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la lei.

#### I.

411. Hai casos en que, por la naturaleza o por circunstancias especiales, es menester que a la tentativa, a la complicidad i al encubrimiento se impongan penas tambien excepcionales. Así en el crimen de violacion debe castigarse con igual pena la mera tentativa i la consumacion, considerando la delicadeza del pudor de la mujer (1); i del mismo modo la tentativa de robo acompañada de homicidio, por ejemplo, debe penarse como el robo consu-

(2) Art. 362.



mado; porque ante el homicidio el robo es secundario (1). I a mas de estos casos de una justicia evidente, el código impone tambien una pena especial a la tentativa de ciertos delitos (2), o forma de la tentativa un delito especial (3); mas no existen penas excepcionales para los encubridores ni para el delito frustrado i solamente el artículo 371 pena como actores a los delincuentes de que habla. Es cierto que el art. 111 impone una pena excepcional al delito frustrado; pero en la práctica ella no tendrá aplicacion por cuanto los delitos a que se refiere no pueden frustrarse (4).

#### ARTÍCULO 56.

Las penas divisibles constan de tres grados, mínimo, medio i máximo, cuya estension se determina en la siguiente:

(1) Art. 437.

(2) Arts. 111, 169, 177 i 191.

(3) Arts. 117.

(4) Véanse nuestras observaciones al art. 7.º i las del núm 407.



## TABLA DEMOSTRATIVA.

<b>PENAS.</b>	<b>Tiempo que comprende toda la pena.</b>	<b>Tiempo de su grado mínimo.</b>	<b>Tiempo de su grado medio.</b>	<b>Tiempo de su grado máximo.</b>
Presidio, reclusion, confinamiento, extrañamiento i relegacion mayores.	De cinco años i un día a veinte años.	De cinco años i un día a diez años.	De diez años i un día a quince años.	De quince años i un día a veinte años.
Inhabilitacion absoluta i especial temporales.	De tres años i un día a diez años.	De tres años i un día a cinco años.	De cinco años i un día a siete años.	De siete años i un día a diez años.
Presidio, reclusion, confinamiento, extrañamiento i relegacion menores i destierro.	De sesenta i un días a cinco años.	De sesenta i uno a quinientos cuarenta días.	De quinientos cuarenta i un días a tres años.	De tres años i un día a cinco años.
Suspension de cargo i oficio público i profesion titular.	De sesenta i un días a tres años.	De sesenta i un días a un año.	De un año i un día a dos años.	De dos años i un día a tres años.
Prision.	De uno a sesenta días	De uno a veinte días.	De veinte i uno a cuarenta días.	De cuarenta i uno a sesenta días.



CODIGO ESPAÑOL.

Art. 83. En las penas divisibles el período legal de su duración se entiende distribuido en tres partes iguales, que forman los tres grados mínimo, medio i máximo.

El tiempo que comprende cada grado es el que se designa en la siguiente:

“TABLA demostrativa de la duración de las penas divisibles, i de cada uno de sus grados.”

PENAS.	Tiempo que comprende toda la pena.			Tiempo que comprende el grado mínimo.		
	de 1.º grado	de 2.º grado	de 3.º grado	de 1.º grado	de 2.º grado	de 3.º grado
Cadena, reclusion, relegacion, estrañamiento. ....	De 12 a 20 años	De 12 a 14 años	De 15 a 17 años	De 18 a 20 años		
Presidio, prision, confinamiento.....	De 7 a 12 años	De 7 a 8 años	De 9 a 10 años	De 11 a 12 años		
Inhabilitacion absoluta, inhabilitacion especial.....	De 3 a 8 años	De 3 a 4 años	De 5 a 6 años	De 7 a 8 años		
Suspension .....	Dos años	De 1 a 8 meses	De 9 a 16 meses	De 17 a 21 meses		
Presidio, prision, confinamiento.....	De 4 a 6 años	De 4 años a 4 i 8 meses	De 4 años i 9 meses a 5 años i 4 meses	De 5 años i 5 meses a 6 años		
Presidio. } Prision... } Destierro..... }	De 7 a 36 meses	De 7 a 16 meses	De 17 a 26 meses	De 27 a 36 meses		
Sujecion a la vijilancia de la autoridad .....	De 7 a 36 meses	De 7 a 16 meses	De 17 a 26 meses	De 27 a 36 meses		
Arresto mayor.....	De 1 a 6 meses	De 1 a 2 meses	De 3 a 4 meses	De 5 a 6 meses		
Arresto menor.....	De 1 a 15 dias	De 1 a 5 dias	De 6 a 10 dias	De 11 a 15 dias		

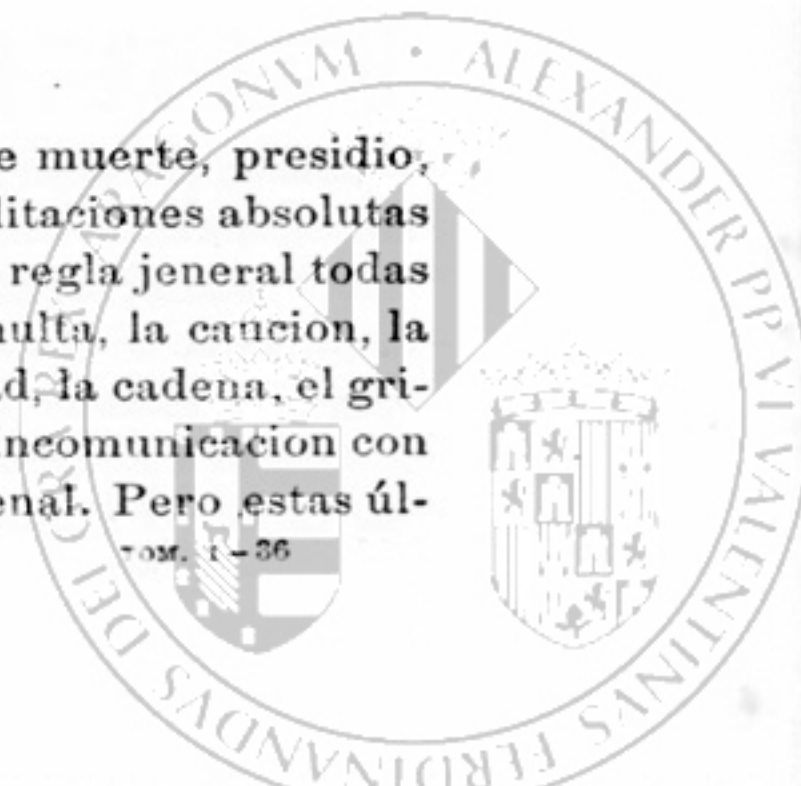
\* Cuando hubiere que hacer subdivisiones en los grados de la tabla anterior, los tribunales aplicarán discrecionalmente la pena en cuanto a aquellas, dentro de los límites fijados por la lei. \*

I.

412. Hé aquí el sistema que el código viene anunciando desde la primera vez que habló de grados en las penas; sistema que, enteramente opuesto al de la antigua legislación española que imponía penas fijas e inflexibles cuando no dejaba su elección a la arbitrariedad judicial, es la mas importante innovacion de la penalidad moderna. Este sistema, que sigue la mayoría de los códigos modernos, complementa las utilidades de las penas divisibles, pues si éstas permiten al legislador proporcionarlas con la gravedad de cada hecho, el sistema concede al tribunal la facultad de imponer el grado de pena que sea tambien mas proporcionada a la infinidad de circunstancias que hacen mayor o menor la delincuencia en cada caso, como ser la mayor o menor perversidad manifestada por los agentes, el daño i la alarma que se ocasionen, accidentes que el legislador no puede tomar en cuenta de un modo concreto. El mismo sistema convierte ademas en relativamente divisibles las penas indivisibles por su naturaleza, pues se consideran como grados de una compuesta de dos o mas; de suerte que puede decirse que las penas indivisibles en sí no tienen los graves inconvenientes que las condenan en teoría, salvo los casos en que se impongan sin compañía de otros grados.

II.

413. Con escepcion de las penas de muerte, presidio, reclusion i relegacion perpétuas, inhabilitaciones absolutas i especiales perpétuas i de comiso, por regla jeneral todas las demas son divisibles, inclusive la multa, la caucion, la sujecion a las vijilancias de la autoridad, la cadena, el grillete, el encierro en celda solitaria i la incomunicacion con personas estrañas al establecimiento penal. Pero estas úl-



timas no están divididas en grados ni comprendidas en la disposición del art. 56: ellas, sin embargo, son divisibles, porque tienen mas o ménos estension, lo que permite al tribunal imponerlas mayores o menores segun las circunstancias, i porque las reglas especiales a que están sometidas dejan a los jueces mas latitud que si estuvieran divididas en grados, objeto que se tuvo en vista para escluir de la division del art. 56 a las penas de multa, de caucion i de sujecion a la vijilancia de la autoridad que en la primera redaccion estaban tambien divididas en grados (1). Son tan variables los accidentes i circunstancias que pueden ocurrir en los delitos que se castigan con dichas penas que solamente, dejando a los tribunales las facultades concedidas, pueden proporcionarse con la gravedad de cada caso.

#### ARTÍCULO 57.

Cada grado de una pena divisible constituye pena distinta.

#### ARTÍCULO 58.

En los casos en que la lei señala una pena compuesta de dos o mas distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la mas leve de ellas el mínimo i la mas grave el máximo.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 84. En los casos en que la lei señala una pena compuesta de tres distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la mas leve de ellas el mínimo, la siguiente el medio, i la mas grave el máximo.

Cuando la señale en una forma no prevista especialmente en este libro 1.º, la aplicarán los Tribunales, guardando la posible economía, dentro de los límites que se prefijen, i del modo que se prevenga en las disposiciones jenerales del Código.

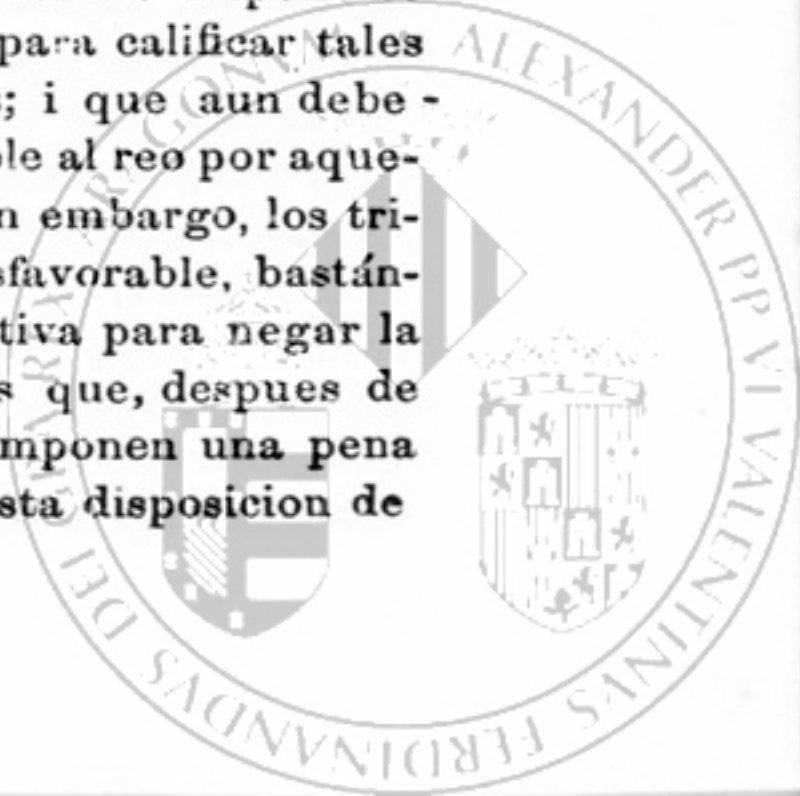
(2) Acta de la sesion del 20 de Junio de 1870.



I

414. Las reglas de estos artículos facilitan el sistema de las agravaciones i atenuaciones. Por el art. 57, por ejemplo, ha podido decir sin impropiedad el 67 que si la pena asigna la al delito es *un solo grado de una divisible*, se producirán tales o cuales efectos; i por la del 58 ha podido el 68 hablar de grados, tratándose de penas indivisibles que por su naturaleza no los tienen.

415. Pero esta disposicion del art. 57 hace mas conveniente otra que determine el modo lejítimo de hacer la clasificacion de los hechos en aquellos casos en que la lei impone penas que son de crímenes por sus grados superiores i de simples delitos por los inferiores, clasificacion de que provienen consecuencias diversas e importantes, como sucede cuando se trata de saber si las penas son o no afflictivas para los efectos legales i de la prescripcion de acciones penales. El art. 3.º, en efecto, califica los hechos de crímenes, de simples delitos i de faltas segun la pena que es é asignada i la clasificacion del art. 21, i el 37 considera afflictivas a las penas de crímenes en jenera!; i como sucede con frecuencia que la lei designa uno o mas grados de una pena de crimen i uno o mas de simple delito i este art. 57 considera cada grado de una pena compuesta como una distinta, en vez de considerarlos como simples fracciones de una sola pena, resulta que, ántes de imponerse la correspondiente, hai la misma razon para calificar tales hechos de crímenes o de simples delitos; i que aun deberíamos elejir la clasificacion mas favorable al reo por aquello de « odiosa sunt restringenda. » I sin embargo, los tribunales elijen casi siempre lo mas desfavorable, bastándoles que una sola de las penas sea afflictiva para negar la escarcelacion, resultando muchas veces que, despues de haber negado dicha escarcelacion, solo imponen una pena que no es afflictiva. En consecuencia, esta disposicion de





art. 57 pone mas en transparencia la necesidad de otra que deje siquiera a la discrecion de los tribunales la facultad de apreciar las cesas segun las circunstancias i antecedentes del proceso no solo para los efectos de la escarcelacion sino tambien de la prescripcion de las acciones penales.

ARTÍCULO 59.

Para determinar las penas que deben imponerse segun los arts. 51, 52, 53 i 54: 1.º a los autores de crimen o simple delito frustrado; 2.º a los autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado i encubridores de crimen o simple delito consumado; 3.º a los cómplices de tentativa de crimen o simple delito i encubridores de crimen o simple delito frustrado, i 4.º a los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, el tribunal tomará por base las siguientes escalas graduales:

Escala núm. 1

*Grados.*

1.º—Muerte.				
2.º—Presidio o reclusion perpetuos.				
3.º—Presidio o reclusion mayores en sus grados			máximos.	
4.º— Id.	id.	id.	id.	medios.
5.º— Id.	id.	id.	id.	mínimos.
6.º—Presidio o reclusion menores			id.	máximos.
7.º— Id.	id.	id.	id.	medios.
8.º— Id.	id.	id.	id.	mínimos.
9.º—Prision			en su grado	máximo.
10.º— Id.			id.	medio.
11.º— Id.			id.	mínimo.

Escala núm. 2

*Grados.*

1.º—Relegacion perpétua.				
2.º—Relegacion mayor en su grado			máximo.	
3.º— Id.	id.	id.	medio.	
4.º— Id.	id.	id.	mínimo.	
5.º—Relegacion menor			máximo.	
6.º— Id.	id.	id.	medio.	
7.º— Id.	id.	id.	mínimo.	
8.º—Destierro			máximo.	
9.º— Id.			medio.	
10.º— Id.			mínimo.	



Escala num. 3

*Grados.*

1.º—	Confinamiento o estrañamiento mayores en sus gdos.				máximos
2.º—	Id.	id.	id.	id.	medios.
3.º—	Id.	id.	id.	id.	mínimos.
4.º—	Confinamiento o estrañamiento menores				id. máximos.
5.º—	Id.	id.	id.	id.	medios.
6.º—	Id.	id.	id.	id.	mínimos.
7.º—	Destierro				en su grado máximo.
8.º—	Id.			id.	medio.
9.º—	Id.			id.	mínimo.

Escala num. 4

*Grados.*

1.º—	Inhabilitacion absoluta perpétua.				
2.º—	Inhabilitacion absoluta temporal en su grado máximo.				
3.º—	Id.	id.	id.	id.	medio.
4.º—	Id.	id.	id.	id.	mínimo.
5.º—	Suspension				id. máximo.
6.º—	Id.			id.	medio.
7.º—	Id.			[id.	mínimo.

Escala num. 5.

*Grados.*

1.º—	Inhabilitacion especial perpétua.				
2.º—	Inhabilitacion especial temporal en su grado máximo.				
3.º—	Id.	id.	id.	id.	medio.
4.º—	Id.	id.	id.	id.	mínimo.
5.º—	Suspension				id. máximo.
6.º—	Id.			id.	medio.
7.º—	Id.			id.	mínimo.

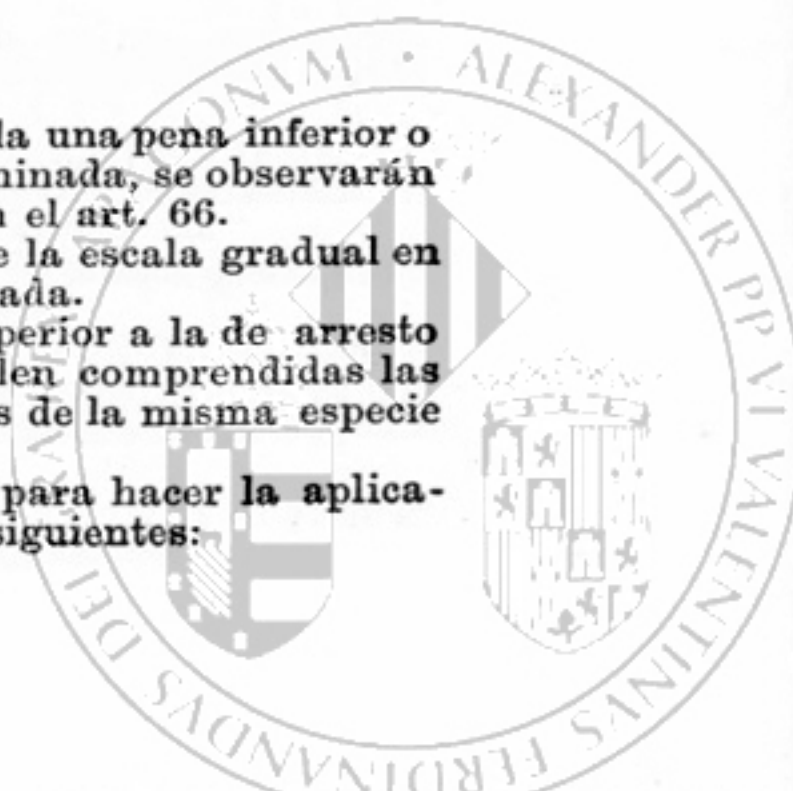
CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 79.** En los casos en que la lei señala una pena inferior o superior en uno o mas grados a otra determinada, se observarán para su graduacion las reglas prescritas en el art. 66.

La pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

Cuando haya de aplicarse una pena superior a la de arresto mayor, se tomará de la escala en que se hallen comprendidas las penas señaladas para los delitos mas graves de la misma especie que el castigado con arresto mayor.

Los tribunales en estos casos atenderán para hacer la aplicacion de las penas inferior o superior a las siguientes:



ESCALAS GRADUALES.

Escala num. 1.

*Grados.*

- 1.º Muerte
- 2.º Cadena perpétua
- 3.º Cadena temporal
- 4.º Presidio mayor
- 5.º Presidio menor
- 6.º Presidio correccional
- 7.º Arresto mayor.

Escala num. 2.

*Grados.*

- 1.º Reclusion perpetua
- 2.º Reclusion temporal
- 3.º Prision mayor
- 4.º Prision menor
- 5.º Prision correccional
- 6.º Arresto mayor

Escala num. 3.

*Grados.*

- |                            |   |
|----------------------------|---|
| 1.º Relegacion perpétua    | 7.º Destierro                                 |
| 2.º Estrañamiento perpétuo | 8.º Sujecion a la vijilancia de la autoridad. |
| 3.º Relegacion temporal    | 9.º Reprension pública                        |
| 4.º Estrañamiento temporal | 10.º Caucion de conducta                      |
| 5.º Confinamiento mayor    |   |
| 6.º Confinamiento menor    |   |

Escala num. 4.

*Grados.*

- |   |   |   |
|---|---|---|
| 1.º Inhabilitacion absoluta perpétua, para..... | } cargos .....  | { derechos políticos.                                   |
| 2.º Inhabilitacion especial perpétua, para..... |   |   |
| 3.º Inhabilitacion especial temporal, para..... | } cargo público { derechos políticos, profesion u oficio. |   |
| 4.º Suspension de algun...                      |   | } cargo público { derecho político, profesion u oficio. |

I.

416. La analogía entre el delito i la pena es una de las condiciones mas importantes de la buena penalidad, causa que obliga á los lejisladores a imponer diversas clases de penas, segun la naturaleza de los delitos que es tan diversa. Pues bien, si las circunstancias atenuantes i agravantes no cambian la esencia del delito i si todos los delincuentes a que se refieren los arts. 50, 51, 52, 53 i 54 deben ser, en jeneral, castigados con pena de igual naturaleza, es necesario establecer escalas graduales que permitan subir i bajar las penas sin ocurrir a otras de distinta naturaleza: tal es el objeto del art. 59.

II.

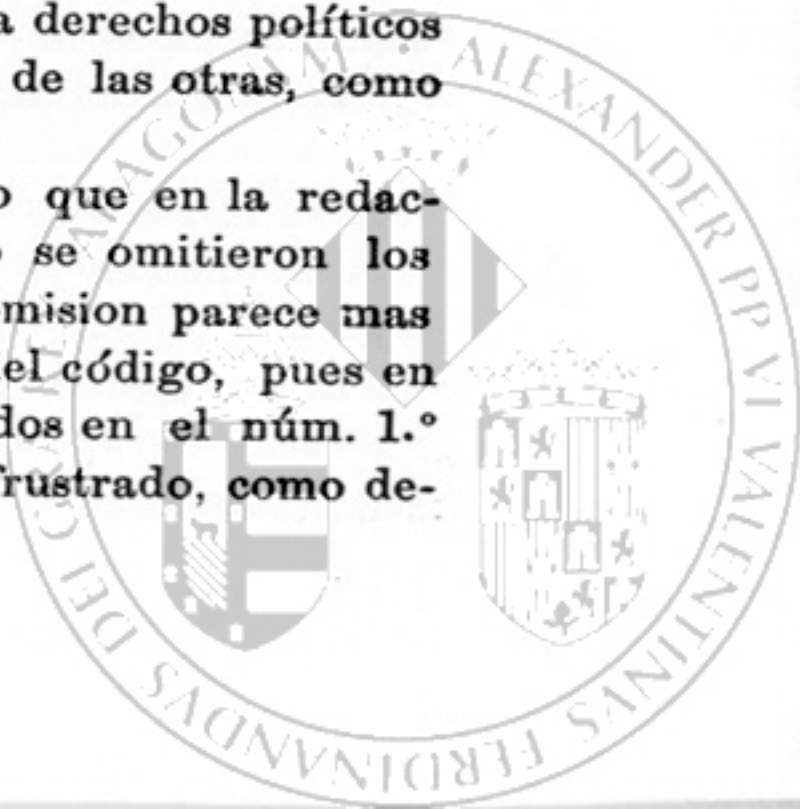
417. Es natural que la pena de muerte, la mas grave de todas, encabece la primera escala. Deben seguir el presidio i la reclusion perpétuas que son las penas mas graves despues de la de muerte, que se usan con esta en la jeneralidad de los casos i que son las mas análogas con las otras de la escala, pues privan del mismo bien.

418. La segunda escala empieza con la relegacion perpétua que por su duracion es mas grave que las de confinamiento i estrañamiento. Estas dos últimas seguian a la relegacion perpétua en la escala que primero se habia aprobado; pero preferimos el acuerdo de trasladarlas a la tercera escala, tanto porque las otras relegaciones son mas análogas con la perpétua que con el confinamiento i estrañamiento, como porque el grado máximo de la relegacion mayor habria quedado como pena inferior al grado mínimo del confinamiento i estrañamiento mayores, a pesar de ser de mucha mas entidad.

419. Estas dos últimas penas i el destierro forman la tercera escala: las dos primeras son las mas análogas entre sí, pues privan de habitar el suelo que nos vió nacer; i aunque la de destierro tiene mas analogía con la relegacion, tambien es análoga con aquellas.

420. Las dos últimas escalas comprenden a las inhabilitaciones i suspensiones i en ellas solo es digno de notar-se que la inhabilitacion perpétua para derechos políticos no puede ser sustituida por ninguna de las otras, como veremos en el estudio del art. 61.

421. Por lo demas, se habrá notado que en la redaccion de la primera parte del artículo se omitieron los cómplices del delito consumado: esta omision parece mas bien que se cometió en la impresion del código, pues en las actas los encontramos comprendidos en el núm. 1.º conjuntamente con los reos de delito frustrado, como debe ser.



ARTÍCULO 60.

La multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales.

Para fijar su cuantía respectiva se adoptará la base establecida en el art. 25, i en cuanto a su aplicación a cada caso especial se observará lo que prescribe el art. 70.

El producto de las multas se aplicará a fondos municipales del departamento o territorio municipal donde se cometió el delito que se castiga. Si un reo es condenado por dos o mas delitos cometidos en diversos territorios municipales, la multa se dividirá por iguales partes entre las municipalidades respectivas.

CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

Art. 93. « La multa se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores. Cuando se hubiera impuesto en este concepto la responsabilidad subsidiaria correspondiente a ella por insolvencia del culpable establecida en el art. 50, no podrá esceder del tiempo de duración correspondiente a la pena inmediatamente superior de la escala respectiva. »

I.

422. La multa es la única pena que, sin graves inconvenientes, puede imponerse a delitos de distinta naturaleza i la única tambien propia para complemento de todas las escalas graduales; i como debe recaer sobre delitos leves por considerarse la última de cada escala, esta circunstancia atenúa tanto los defectos que pudieran resultar de aplicarla a delitos tan diversos que ellos casi no son dignos de atención. Ha hecho, pues, mui bien el código en considerarla como la última de cada escala, i como complemento en caso necesario.

423. Sin embargo, habria sido justo que se hubiese restringido la facultad de los tribunales para fijar la cuantía de la multa cuando la impongan por no haber grado in-

ferior en la escala correspondiente; porque, si por el art. 49 el reo insolvente i condenado a una multa debe sufrir un dia de reclusion por cada peso, es justo que, debiendo sufrir dicha reclusion en lugar de una multa impuesta por no haber grado inferior en la escala que corresponde, dicha pena no pueda esceder en duracion a la última de la escala. Supóngase un delito que se castigue con destierro en su grado mínimo i en que haya un autor i un cómplice. En este caso, el cómplice debe ser penado con una multa que, por los arts. 21 i 25, puede llegar hasta mil pesos, pues el destierro es pena de simple delito; i como esta multa debe convertirse en reclusion, si no se paga i a razon de un dia por cada peso, resulta que el tribunal puede imponer una multa que esceda de doscientos pesos o de doscientos dias de reclusion, pena que es mui superior a la del autor. La restriccion de que hablamos es, por lo tanto, conveniente; i el código pudo fácilmente redactarla en la forma del inciso 2.º del art. 93 del Español de 1870 con que hemos concordado el artículo. Mas, debemos esperar que, notándose este defecto, los tribunales no impondrán jamas multas que convertidas en reclusion escedan en duracion a la pena mínima de cada escala, pues esta regla es de estricta justicia.

#### ARTÍCULO 61.

La designacion de las penas que corresponde aplicar en los diversos casos a que se refiere el art. 59, se hará con sujecion a las siguientes reglas:

1.º Si la pena señalada al delito es una indivisible o un solo grado de otra divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado i a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado.

Para determinar las que deben aplicarse a los demas responsables relacionados en el art. 59, se bajará sucesi-

vamente un grado en la escala correspondiente respecto de los comprendidos en cada uno de sus números, siguiendo el orden que en ese artículo se establece.

2.ª Cuando la pena que se señala al delito consta de dos o mas grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles o bien una o dos indivisibles i uno o mas grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado i a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la lei.

Para determinar las que deben aplicarse a los demas responsables se observará lo prescrito en la regla anterior.

3.ª Si se designan para un delito penas alternativas, sea que se hallen comprendidas en la misma escala o en dos o mas distintas, no estará obligado el tribunal a imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza.

4.ª Cuando se señalan al delito copulativamente penas comprendidas en distintas escalas o se agrega la multa a las de la misma escala, se aplicarán unas i otras, con sujecion a las reglas 1.ª i 2.ª, a todos los responsables; pero cuando una de dichas penas se impone al autor de crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demas, no se hará estensiva a estos.

5.ª Si al poner en práctica las reglas precedentes no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores o por no ser aplicables la de inhabilitacion o suspension, se impondrá siempre la multa.



Aplicacion práctica de las reglas anteriores.

REGLAS.	Pena señalada al crimen o simple delito.	Pena de los autores de crimen o simple delito frustrato i cómplices de crimen o simple delito consumado.	Pena de los autores de tentati-va de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrato i encubierto de crimen o simple delito consumado.	Pena de los cómplices de tentativa de crimen o simple delito i encubridores de crimen o simple delito frustrato.	Pena de los encubridores de tentativa de crimen o simple delito.
1. <sup>a</sup>	Relegacion perpetua.	Relegacion mayor en su grado máximo.	Relegacion mayor en su grado medio.	Relegacion mayor en su grado mínimo.	Relegacion menor en su grado máximo.
2. <sup>a</sup> —EN EL CASO DE PENA COMPUESTA DE 2 GRADOS.	Presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.	Presidio mayor en su grado medio.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado medio.
2. <sup>a</sup> —EN EL CASO DE PENA COMPUESTA DE 3 GRADOS.	Inhabilitacion absoluta temporal en su grado medio a inhabilitacion absoluta perpetua.	Inhabilitacion absoluta temporal en su grado mínimo.	Suspension en su grado máximo.	Suspension en su grado medio.	Suspension en su grado mínimo.
2. <sup>a</sup> . EN EL CASO DE PENA COMPUESTA DE 4 GRADOS.	Reclusion menor en su grado máximo a reclusion mayor en su grado máximo.	Reclusion menor en su grado medio.	Reclusion menor en su grado mínimo.	Reclusion menor en su grado máximo.	Prision en su grado medio.
3. <sup>a</sup>	Presidio mayor en su grado medio o confinamiento mayor en su grado máximo.	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio menor en su grado máximo.	Confinamiento menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado mínimo.
4. <sup>a</sup>	Reclusion mayor en su grado mínimo inhabilitacion absoluta perpetua i multa.	Reclusion menor en su grado máximo i multa de 400 pesos.	Reclusion menor en su grado medio i multa temporal en su grado medio i multa de 200 pesos.	Reclusion menor en su grado mínimo i multa de 100 pesos.	Prision en su grado máximo i multa de 50 pesos.
5. <sup>a</sup>	Suspension en sus grados medio a máximo.	Suspension en su grado mínimo.	Multa de 80 pesos.	Multa de 40 pesos.	Multa de 20 pesos.





## CODIGO ESPAÑOL.

Art. 66. Para graduar las penas que en conformidad a los artículos 61, 62, 63 i 64 corresponde imponer a los autores de delito frustrado o tentativa, i a los cómplices i encubridores se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola e indivisible, la correspondiente a los autores de delito frustrado i a los cómplices del delito consumado es la inmediatamente inferior, sea ésta divisible o indivisible; i la correspondiente a los autores de tentativa de delito i a los encubridores, es la inferior en dos grados, la cual se impondrá en su grado mínimo, medio o máximo, segun las circunstancias.

2.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles, la correspondiente a los autores de delito frustrado i a los cómplices del delito consumado se compondrá de la pena mas baja de aquellas i de los grados máximo i medio de la inferior; i la correspondiente a los autores de tentativa i a los encubridores, será la misma pena inferior en su grado mínimo, i la inmediata siguiente en sus grados máximo i medio.

3.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles i el grado máximo de otra divisible, la correspondiente a los autores de delito frustrado i a los cómplices del delito consumado es la última de aquellas tres penas en toda su extension; i la correspondiente a los autores de tentativa i a los encubridores del delito, es la inmediata inferior, igualmente en toda su extension.

4.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola divisible, la correspondiente a los autores de delito frustrado i a los cómplices del delito consumado es la inmediatamente inferior; i la correspondiente a los autores de tentativa i a los encubridores, es la inferior en dos grados.

5.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de tres divisibles, la correspondiente a los autores de delito frustrado i a los cómplices de delito consumado se compondrá de las dos mas bajas de aquellas i de la inmediatamente inferior; i la correspondiente a los autores de tentativa i a los encubridores, se compondrá de la mas baja de aquellas i de las dos inferiores en grado.

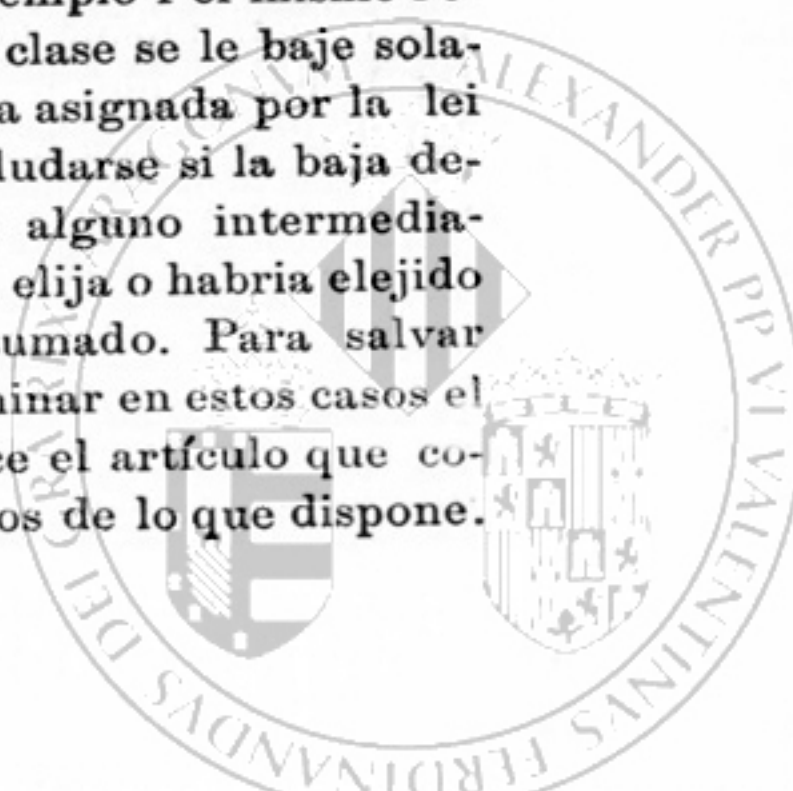


NOTA.— APLICACION PRÁCTICA DE LAS REGLAS PRECEDENTES.

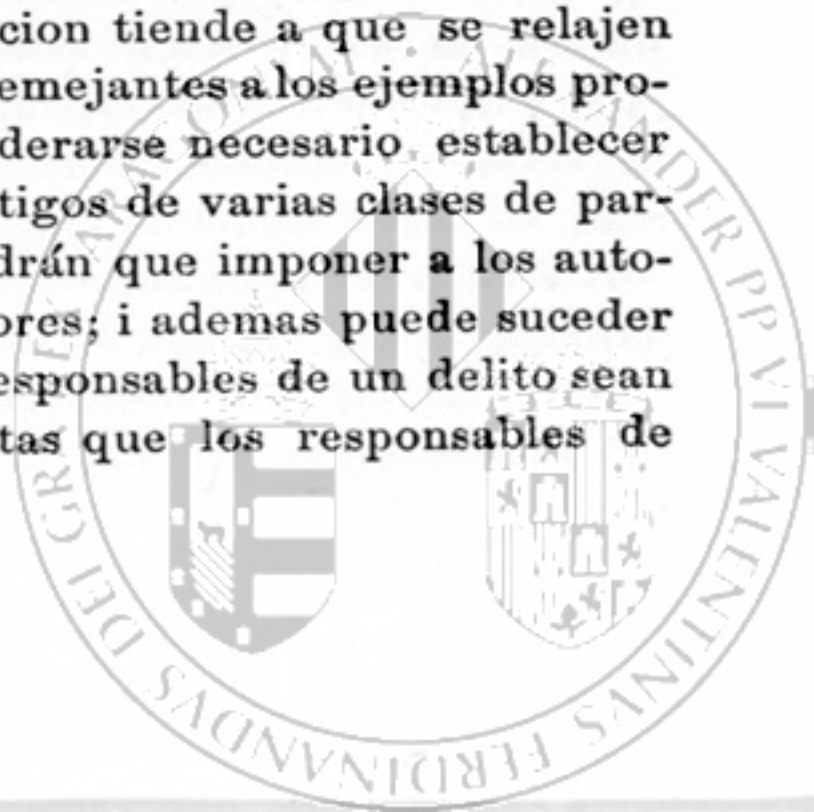
	Pena señalada para el delito.	Pena correspondiente al autor de delito; frustrado i cómplice de delito consumado.	Pena correspondiente al autor de tentativa i encubridor.
1 <sup>er</sup> CASO	Muerte.....	Cadena perpétua	Cadena temporal
2 <sup>o</sup> CASO	{ Cadena perpetua á muerte.....	{ Cadena temporal en su grado medio, a cadena perpétua.....	{ Presidio mayor en su grado medio, á cadena temporal en su grado mínimo.
3 <sup>er</sup> CASO	{ Cadena temporal en su grado máximo, a muerte.)	Cadena temporal	Presidio mayor.
4 <sup>o</sup> CASO	Cadena temporal	Presidio mayor..	Presidio menor.
5 <sup>o</sup> CASO	{ Presidio menor a cadena temporal .....	{ Presidio correccional, a presidio mayor.....	Arresto mayor, a presidio menor.

I.

424. Cuando la pena asignada al delito sea una indivisible o un solo grado de otra divisible no habrá dificultad para aplicar las reglas de los arts. 50 a 54 inclusive: así cuando la pena sea de muerte, al autor se impone esta pena; a los delincuentes del art. 51 la de presidio o reclusion perpétuos; a los del 52 la de presidio i reclusion mayores en sus grados máximos; a los del 53 las mismas penas en sus grados medios; i a los del 54 tambien las mismas en sus grados mínimos. La progresion descendente, como se nota, es suave en este ejemplo i el mismo resultado habrá siempre que a cada clase se le baje solamente un grado. Mas, cuando la pena asignada por la lei conste de dos o mas grados, puede dudarse si la baja deberá empezar desde el inferior o de alguno intermedio o desde el grado que el tribunal elija o habria elejido para castigar al autor del delito consumado. Para salvar toda duda era, pues, necesario determinar en estos casos el punto de partida i esto es lo que hace el artículo que comentamos. Examinemos los resultados de lo que dispone.



425. El núm. 2.º manda que la baja empiece desde el grado mínimo de los designados por la lei; pero esta regla rompe la proporcion entre la pena del autor del delito consumado i de los demas responsables i tiene otros graves inconvenientes que despues indicaremos. Hai, en efecto, algunas penas que constan de dos, tres, cuatro i hasta de cinco grados; i, por consiguiente, en los casos en que el tribunal elija el grado superior para castigar a los autores, debe resultar que a los cómplices solamente puede imponerles dos, tres, cuatro o cinco grados inferiores al autor i así sucesivamente a los demas responsables. Para patentizar lo que decimos, supóngase que se trate de un robo acompañado de un homicidio tan alevoso i alarman- te que el tribunal conceptúe justo imponer al autor la pena de muerte. En este caso, como la pena asignada al delito es la de presidio mayor en su grado mínimo a muerte por el art. 433, el tribunal no podrá imponer a un cómplice, que concertado para la ejecucion del crimen hubiese suministrado armas no empleadas por un accidente cualquiera, sino el presidio menor en su grado máximo, esto es, cinco grados inferiores al autor. Del mismo modo en un homicidio frustrado, en que la víctima libra su vida con mutilaciones gravísimas, solo podrá imponerse la pena de presidio mayor en su grado mínimo, es decir, cuatro grados ménos que la de muerte que el tribunal habria impuesto al delito consumado como lo suponemos. Por otra parte, esta misma desproporcion tiende a que se relajen las penas, pues en casos semejantes a los ejemplos propuestos i en que ha de considerarse necesario establecer cierta proporcion en los castigos de varias clases de participantes, los tribunales tendrán que imponer a los autores los grados medios o inferiores; i ademas puede suceder que los cómplices i demas responsables de un delito sean castigados con penas mas altas que los responsables de otro relativamente mayor.



426. Confesamos que no hemos podido penetrar las razones que tuvo la comision para adoptar la regla del núm. 2.º relativa al modo de bajarse las penas de los cómplices i demas responsables de un delito cuando la pena asignada consta de dos o mas grados, i otra regla tan diversa para bajarlas cuando concurren circunstancias atenuantes. Para nosotros es conforme al espíritu i letra de los arts. 51, 52, 53 i 54 que a cada clase de los delincuentes de que hablan se le considere revestida de una circunstancia atenuante relativamente a la inmediata superior; i nos parece, en consecuencia, que debió haberse adoptado en el núm. 2.º del artículo de que hablamos la misma regla del 68: así habrian resultado penas que, a mas de evitar los inconvenientes i anomalías ya indicados, fuesen por lo ménos tan arreglados como las que resultan de las reglas de las atenuaciones en lugar de las desproporcionadas de los ejemplos propuestos (1).

## II.

427. La misma razon que la lei ha tenido para dejar al arbitrio de los jueces la eleccion entre dos o mas penas distintas, puede existir tambien para que una pena sea mas propia que otra de las designadas al castigo de tal o cual responsable. Así, en los delitos que penan los arts. 123 i 124 puede ser que uno de los delincuentes sea una persona que, por su carácter e importancia política, haga temer una evasion o que continúe fraguando conspiraciones si fuere condenado a reclusion; i que otro, por el contrario, no inspire este temor por ser un hombre de escasos recursos, sin importancia alguna i para quien la pena de confinamiento o estrañamiento sea mas grave que la de reclusion. Dadas estas circunstancias, la eleccion se hará sin vacilar: para el primero el confinamiento o estrañamiento i para el segundo la reclusion. Del mismo modo si

(1) El Código Penal Belga apoya nuestra opinion en sus arts. 52 i 69.

de dos empleados responsables del delito que pena el art. 153, uno fuese de alguna importancia i de recursos i otro un subalterno que sin trabajo forzado no pudiese satisfacer sus gastos, el primero deberia ser condenado a reclusion i el segundo a presidio. La regla del núm. 3.º es, pues, lójica i conveniente; pero ella impone a los jueces el deber de observar las reglas que rijen la eleccion de las penas.

### III.

428. En los frecuentes casos en que el código impone penas copulativas i comprendidas en diferentes escalas se aplicarán, segun el núm. 4.º, a todos los responsables; i se bajarán tambien con sujecion a las reglas 1.ª i 2.ª, salvo que, como en el caso del art. 371, una de dichas penas se impusiese al autor por una circunstancia particular que no concurre en los demas. En teoria, la regla es sencilla i fundada; mas en la práctica puede ofrecer ciertas dificultades por la naturaleza de algunas penas. ¿Cuál será, por ejemplo, la pena correspondiente a un reo de tentativa en lugar de la inhabilitacion absoluta perpétua para derechos políticos que impone al autor el art. 207? La multa en nuestro concepto, considerando que la inhabilitacion para derechos políticos es una pena siempre perpétua e indivisible; que ella no tiene ninguna relacion con las otras de la escala respectiva i que la de inhabilitacion absoluta temporal para cargos i oficios públicos, que alguién puede creer que debe imponerse por la regla del núm. 4.º, es una de las asignadas al delito de que trata el artículo citado. Propiamente hablando, la inhabilitacion absoluta perpétua para derechos políticos no se encuentra comprendida en ninguna de las escalas, ni es una pena determinada expresamente por el art. 21; pues ella no es la que encabeza la escala núm. 4.º, porque ésta comprende tambien los cargos i oficios públicos i profesiones titulares, ni tampoco la especial perpétua de la escala núm. 5.º, tanto porque la lei

la califica de absoluta como porque la de dicha escala, por el art. 21, comprende solo los cargos i oficios públicos i profesiones titulares. En realidad, dicha inhabilitacion es solamente un fragmento de la pena absoluta perpétua de la escala núm. 4.º; i como no puede ser temporal ni tiene relacion alguna con las otras temporales de esa misma escala, resulta que no puede reemplazarse sino por la multa. Pero sea lo que fuere, lo cierto es que el código debió prescribir algo a este respecto, como lo hace el núm. 5.º, art. 76, del Código Español de 1870.

#### IV.

429. Pero la cuestión mas seria que surge del núm. 4.º consiste en saber si la regla rije o nó con las penas accesorias que llevan consigo las principales a que se refieren los arts. 27, 28, 29 i 30. I la cuestion es seria en realidad, porque los resultados prácticos son mui diversos, segun la resolucion que se le dé. Si la regla 4.ª, en efecto, rije con las penas accesorias, éstas bajarán de grado en grado, aunque las principales sean de aquellas que llevan consigo otras accesorias distintas; i, por el contrario si dicha regla no se refiere a las accesorias, los responsables de que hablan los artículos citados no gozarán de una disminucion progresiva de las penas accesorias, sino que éstas bajarán o nó segun sean las principales. Por consiguiente es necesaria una disposicion que clara i esplicitamente determine si la susodicha regla rije o nó con las penas accesorias; necesidad que se patentiza mas todavía considerando que si el núm. 4.º se hubiese referido tambien a las accesorias se habria establecido, sin la claridad i precision debidas, una escepcion a lo dispuesto por los artículos arriba indicados. Pero, a falta de esta disposicion, nos inclinamos a creer que la regla 4.ª no se refiere a las indicadas penas; porque habiendo el código mandado espresamente que tales penas principales lleven consigo determinadas acceso-

rias, habria sido menester un mandato espreso para establecer una excepcion a reglas jenerales claramente espresadas, pues, como lo hemos dicho, las penas accesorias que resultan de hacer rejir con ellas la indicada regla 4.ª no son siempre las que llevan consigo las principales de que hablan los arts. 27, 28, 29 i 30, opinion que se fortalece mas todavía considerando que la tabla demostrativa del código no ha tomado en cuenta las penas accesorias ni hai en las actas una palabra que indique siquiera que pasó por la mente de alguno de los redactores la idea de considerarlas en dicha tabla.

430. La cuestion propuesta se ha evitado en el Código Español de 1870 mandándose por el art. 77: «que si la «pena señalada al delito estuviese incluida en dos escalas, «se hará la graduacion determinada por la escala que com- «prenda las penas con que están castigados la mayor par- «te de los delitos de la seccion, capítulo o título donde «esté contenido el delito.» Aunque esta disposicion no se refiere espresamente a las penas accesorias, como no es contraria a lo que disponen los artículos que concuerdan con los 27, 28, 29 i 30 del nuestro, salva toda dificultad; pues tratándose de penas que llevan consigo otras accesorias solamente debe bajarse la principal para los cómplices i demas responsables i las accesorias bajarán o nó segun la principal que vaya correspondiendo.

V.

431. Es un hecho que, imponiéndose al delito consumado las penas de prision, destierro o suspension en sus grados máximos, faltarán grados inferiores para los delincuentes comprendidos en los arts. 53 i 54; que, si se imponen las mismas penas en sus grados medios, las inferiores de las respectivas escalas no alcanzarán para los comprendidos en el art. 52; i que, si aquellas penas se asignan en sus grados mínimos, no habrá tampoco grados inferiores para

los delincuentes del art. 51. Por otra parte, las circunstancias atenuantes pueden bajar tanto la pena asignada que llegue a faltar grados inferiores para los otros responsables, aun cuando aquella sea una superior a cualquiera de las indicadas; i tambien puede ser que se impongan al delito consumado las penas de inhabilitacion o suspension i que éstas no sean aplicables a uno o mas de los participantes, porque no tengan la ciudadanía activa ni cargos, empleos, oficios o profesiones de que puedan ser inhabilitados o suspensos. En todos estos casos, para evitar la impunidad, debe imponerse la multa, en conformidad al mandato del núm. 5.º, salvo en casos excepcionales en que el código imponga otra pena, como en el art. 304 que asigna la de prision en su grado mínimo cuando la del reo que se fuga sea tal que, bajando tres grados al delincuente de que habla, se agotasen las inferiores de la escala correspondiente.

#### ARTÍCULO 62.

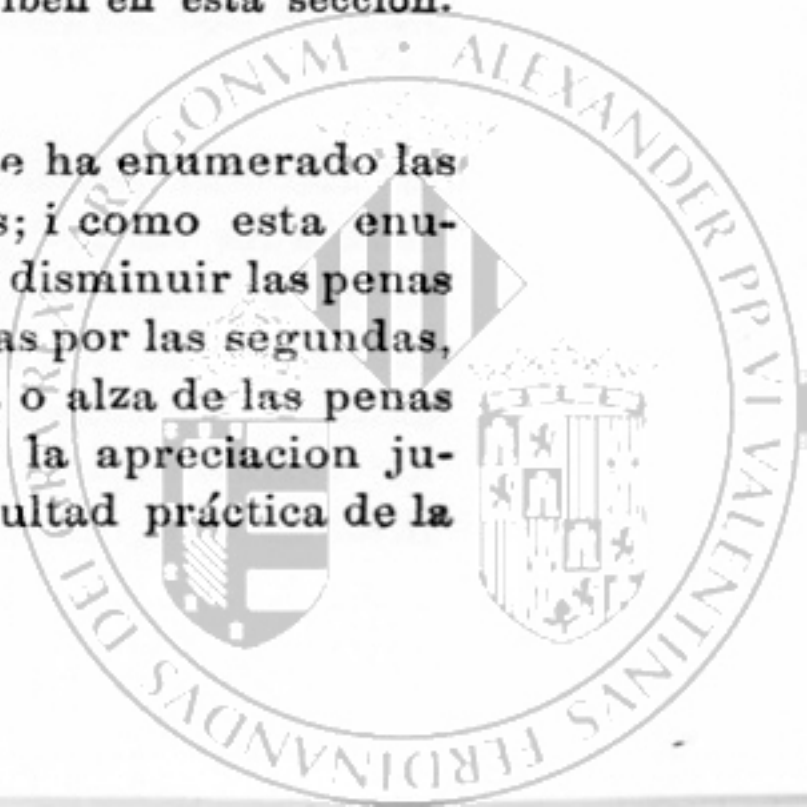
Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideracion para disminuir o aumentar la pena en los casos i conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 67. Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideracion para disminuir o aumentar la pena, en los casos i conforme a las reglas que se prescriben en esta seccion.

#### I.

432. Hasta aquí el código solamente ha enumerado las circunstancias atenuantes i agravantes; i como esta enumeracion debe haber tenido por objeto disminuir las penas concurriendo las primeras i aumentarlas por las segundas, i como el modo de verificarse esta baja o alza de las penas jenerales no era conveniente dejarlo a la apreciacion judicial, entre otros motivos, por la dificultad práctica de la





materia, el código ha necesitado establecer el sistema de reglas que se anuncia en este artículo. Si la lei al penar algunos delitos no hubiese tomado en cuenta determinadas circunstancias agravantes ni formado de estas delitos especiales en algunos casos; si no hubiera sido necesario imponer varios grados de pena a ciertos delitos por la variedad de accidentes i circunstancias que pueden concurrir; i si las atenuaciones i agravaciones fuesen todas de la misma entidad, mui breves i mui sencillas serian las reglas de que vamos a ocuparnos; pero, siendo lo contrario, dichas reglas forman la parte mas importante i difícil de la penalidad. Examinaremos en los artículos siguientes el modo como se ha desempeñado nuestro código, con la atencion profunda que merece la importancia del asunto.

#### ARTÍCULO 63.

No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la lei, o que ésta haya espresado al describirlo i penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 68. No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la lei, o que esta haya espresado al describirlo i penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no pueda cometerse.

#### I.

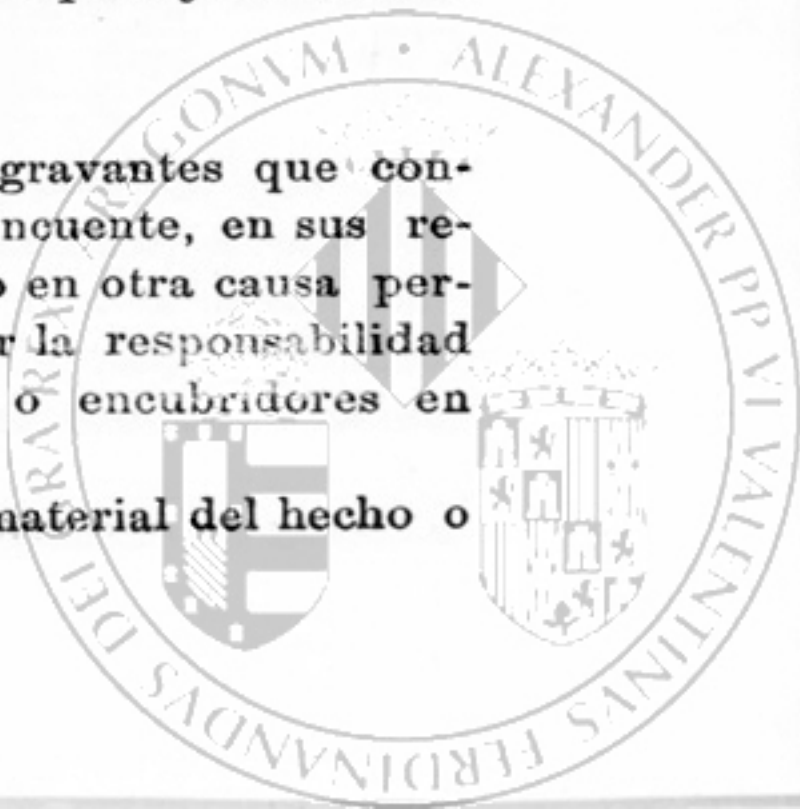
433. Como escepciones al sistema jeneral, hai casos en que una o mas circunstancias agravantes forman parte de un delito o son tan inherentes a él que sin su concurren-

cia no puede cometerse; algunos en que una o mas de esas circunstancias forman con el delito comun otro especialmente penado; i otros, en fin, en que se ha tomado en cuenta una o mas agravaciones para imponer la pena. Es evidente que en todos estos casos no pueden rejir las reglas jenerales del sistema, pues esto seria aumentar dos veces la pena por una misma circunstancia: hé aquí lo que prevee el art. 63. Ahora, para manifestar la justicia de esta disposicion bastará recorrer el libro segundo i notar los casos en que se aplica el artículo que comentamos. En el párrf. 2.º tít. 8.º i en los arts. 358, 361 i 363, en efecto, la circunstancia agravante del núm. 6.º art. 12, es tan inherente a los delitos que en ellos se penan que no se conciben sin dicha circunstancia; en los arts. 335 i 364 hai delitos especiales formados, el del 335 con la circunstancia agravante del núm. 10.º, art. 12, i el del 364 con la del art. 13; en los 347, 348, 350, 351, 352, 364, 371 i 390 varios delitos cuya pena se impone en consideracion al parentesco; en los 368, 469 i 470 se toma en cuenta el abuso de confianza; en el 391 las circunstancias 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª i 5.ª del art. 12; en el 401 la del núm. 18; en el 433 la de los núms. 11 i 12 i ademas la concurrencia de dos delitos; en el 440 las agravaciones de los núms. 11, 12 i 19; en el 442 esta última circunstancia; en el 449 la del núm. 17; i, por fin, en el 485 las agravaciones de los núms. 3.º, 12 i 18: tales son los casos en que rije el art. 63.

#### ARTÍCULO 64.

Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

Las que consistan en la ejecucion material del hecho o



en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas ántes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 69. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad de solos aquellos autores, cómplices o encubridores, en quienes concurren.

Las que consistan en la ejecución material del hecho, o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción, o de su cooperación para el delito.

#### I.

434. El art. 59 del Código Penal Frances dice: « los cómplices de un crimen o de un delito serán castigados con la misma pena que los autores. » Por causa de esta disposición se ha discutido latamente la responsabilidad de los cómplices cuando concurren circunstancias atenuantes o agravantes, i como base para la discusión han dividido estas circunstancias en estrínsecas o personales i en intrínsecas o que forman parte del mismo delito.

#### II.

435. Respecto de las primeras varios criminalistas sostienen que los cómplices deben responder de las agravaciones que provengan de una causa personal de los autores: « el cómplice de un delito agravado por la condición del autor, dice Leselleyer, participa, en cuanto de él depende, de la agravación que resulta de esa condición. « En este sentido podemos decir que se atribuye la calidad de autor i se hace responsable de sus consecuencias. (1). » Bertauld agrega que: « la condición personal del que comete un crimen constituye una agravación inhe-

(1) Obra citada, núm. 682.

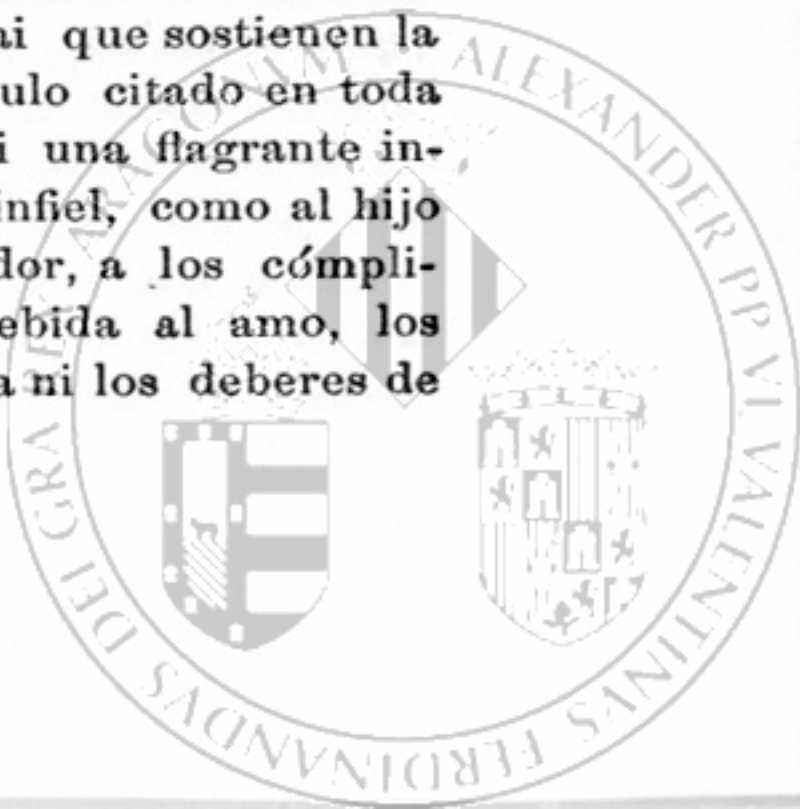
«rente al mismo crimen, porque aumenta su inmoralidad; i  
«que, en consecuencia, el cómplice que se asocia al crimen,  
«por el mismo hecho, se asocia a su carácter agravante (1).»  
Trebutien dice, en fin: «las circunstancias que modifican  
«el elemento material de la infraccion o que cambian su  
«naturaleza i calificacion, cambian, por una consecuencia  
«forzosa, la naturaleza i calificacion de los hechos de la  
«complicidad e independientemente del conocimiento del  
«cómplice. (2).»

436. Pero el principio sancionado por nuestro código en el inciso 1.º del artículo que comentamos i por los de España, Nápoles i Perú es aceptado, en cuanto a las atenuaciones, por la jurisprudencia francesa i aun por los mismos autores que sustentan una opinion contraria cuando se trata de agravaciones. Bertauld, hablando de las atenuaciones, se espresa así: «supóngase que el autor  
«principal reuna las atenuaciones de la edad i de haber  
«sorprendido a su mujer en flagrante delito de adulterio,  
«atenuaciones que no cambian la naturaleza del hecho  
«punible: en el primer caso, la atenuacion se funda en  
«la falta de intelijencia, fundamento que no existe en fa-  
«vor de un cómplice mayor de edad; en el segundo se su-  
«pone que una justa indignacion ha hecho obrar al mari-  
«do ¿i puede suponerse igual grado de indignacion en un  
«extraño?; de consiguiente las atenuaciones no son mas  
«comunicables a los cómplices que las causas de exencion  
«de responsabilidad (3).» I autores hai que sostienen la doctrina del inciso 1.º de nuestro artículo citado en toda su estension i en su apoyo dicen: «hai una flagrante in-  
«justicia en penar como al doméstico infiel, como al hijo  
«parricida o como al empleado estafador, a los cómpli-  
«ces que no han traicionado la fé debida al amo, los  
«sentimientos sagrados de la naturaleza ni los deberes de

(1) Obra citada, páj. 491.

(2) Id. páj. 199.

(3) Obra citada, páj. 494.



« los funcionarios públicos; i seria absurdo que una agra-  
« vacion, como la reincidencia, que se funda en los hábitos  
« de un delincuente, pudiera estenderse a los cómplices que  
« no tengan los mismos hábitos. Otro tanto debe decirse  
« cuando la agravacion proviene de una causa enteramen-  
« te privada, como del carácter de tutor o de funcionario  
« público; porque no es posible imputar a los cómplices  
« la perversidad que esos agentes manifiestan al traicio-  
« nar obligaciones tan estrechas (1). »

### III.

437. En cuanto a las circunstancias intrínsecas que agravan las penas hai tambien diverjencia de opiniones, i en la jurisprudencia francesa ha prevalecido el principio contrario al del inciso 2.º del artículo que comentamos; pero, con Boitard, preferimos nuestra lei. La complicidad, en efecto, no puede existir sin conocimiento del hecho criminal; i si ésto es necesario para incurrir en penas, la lójica exige que se tenga igual conocimiento de las circunstancias que aumentan la pena comun para que se responda de ellas. Si el que sirve de centinela mientras se comete un rapto, creyendo que se ejecuta otro acto lícito, no tiene ninguna responsabilidad, no vemos por qué ha de responder de un asesinato el que cree coperar a un simple hurto. I de aceptar la doctrina contraria resultan consecuencias soberanamente injustas: asi un hombre que prestase su baston para que se golpee a otro tendria que responder del asesinato que con él se cometiera, a pesar de que nadie puede asegurar que este cómplice, si hubiese imaginado siquiera el asesinato, hubiera siempre prestado el instrumento, debiéndose presumir, por el contrario, que la conciencia, el temor a la sociedad i a la pena lo hubiesen retraido de ese acto de complicidad: la intencion en todo caso es la que determina la responsabilidad penal.

(1) Chauveau i Hélie, núm. 713.

IV.

438. Es un principio que sin autores de delito no hai cómplices ni encubridores. «*Socius delicti non intelligitur sine autore delicti,*» es una máxima respetada por todos los criminalistas. Se sigue que, sin una disposición expresa, los cómplices de un suicida no deben ser penados, pues que el suicidio no es un delito en el sentido legal de la palabra. Pero aquel principio puede ocasionar ciertas dudas i cuestiones, según sea la extensión que se le dé, cuando se trate de hechos que, por una causa personal eximen de responsabilidad a los autores; i como sobre este punto no hai una resolución expresa necesitamos ocurrir a la teoría. Veamos los principios de esta i las cuestiones que pueden surgir.

439. Las causas de exención de responsabilidad penal son todas estrínsecas i de ello se sigue que no deben exentar de la pena sino a los responsables en quienes concurren, por las mismas razones que existen para que las atenuaciones personales aprovechen solamente a los delinquentes en quienes también concurren. El principio de que hemos hablado solo exige que haya un autor de delito determinado por la ley, aunque por motivos especiales esté exento de pena; i por esto es que los co-actores i cómplices del marido que mata a su mujer sorprendida en infraganti delito de adulterio; los de un hurto cometido por un hijo de familia a su padre; i los de un homicidio cometido por un loco o demente, deben ser castigados con las penas correspondientes; pues los hechos son delitos en sí i las causas que eximen de responsabilidad al marido, al hijo i al loco o demente son puramente personales. No sucede otro tanto cuando se trata del suicidio ó de antiguo crimen de bestialidad; porque estos hechos no son delitos i son jenerales las razones que las leyes han tenido en

vista para no clasificarlos entre ellos: por esto es que el código ha necesitado imponer espresamente una pena a los que ayudan al suicida (1).

440. Si en teoría los principios indicados son de evidente claridad, por la naturaleza de algunos delitos i por las reglas especiales que rijen ciertos incidentes que suelen ocurrir, resultan en la práctica algunas cuestiones dignas de estudiarse: ¿Qué suerte corren los cómplices de un rapto, si el raptor se casa con la robada?; ¿que sucede si dicho matrimonio se declara nulo?; i ¿cuál es la suerte de los cómplices de un adulterio cuando el marido se desiste de la acusacion o perdona la pena de sus autores?

441. PRIMERA CUESTION.—Solamente el espíritu del art. 369 puede resolver este punto, porque si la exencion de responsabilidad que establece fuese por un motivo puramente personal i relativo al autor, los cómplices no gozarian de la exencion; pero como la verdad es que se eximen de responsabilidad a los raptores con el objeto de estimularlos a cubrir el honor de la mujer i de la familia, satisfecho este objeto por medio del matrimonio, se cumple el fin de la lei con mas decoro i eficacia que con los castigos, i la pena para los cómplices viene á ser enteramente supérflua. Se sigue que no siendo personal la exencion de que hablamos, debe rejir con todos los responsables.

442. SEGUNDA CUESTION. El art. 357 del Código Penal Frances dispone: «que en caso que un raptor se case con «la rapta no podrá ser enjuiciado ni por acusacion de las «personas que, segun el Código Civil, tienen derecho para «demandar la nulidad del matrimonio; ni condenado sino «cuando la nulidad se haya declarado.» Este artículo, como se vé, resuelve en la legislacion francesa la cuestion propuesta; i nos parece que esta resolucion es la única aceptable tambien en la nuestra. Porque, si la lei exime de responsabilidad al autor i demas responsables por cau-

(1) Art. 393.

sa de ser superflua la pena cuando un matrimonio válido, cubriendo el honor de la mujer i de la familia, satisface el fin de la lei; i si el matrimonio solamente cubre de la pena a dichas personas sin que por esto el rapto se haya convertido en un hecho lícito, es lójico que, declarada la nulidad principal por causa del mismo rapto o por falta del consentimiento de la mujer o de la familia para el matrimonio, producido ya el escándalo y el deshonor, la lei no deba eximir de responsabilidad ni al autor ni a los demas responsables: el núm. 5.º del art. 369 no puede referirse sino al matrimonio válido i por mas jenerales que sean sus términos no se oponen a que reviva la responsabilidad cuando se declara nulo. Se sigue que ántes de la declaracion de nulidad el raptor, sus cómplices i demas responsables están cubiertos de toda pena, i que cesa la causa de la exencion cuando la nulidad se declare.

443. TERCERA CUESTION.—Los autores de un adulterio pueden exonerarse de la pena o por desistimiento del marido acusador o por remision de la pena impuesta. El desistimiento de la acusacion cubre no solamente a los autores sino al mismo delito presumiéndose, como se ha espresado la Corte de Casacion de Francia, que él no ha existido. Por otra parte, la lei que concede solamente al marido una accion privada, considera que el adulterio es un delito de tal naturaleza que la sociedad no tiene un interes directo e inmediato en su castigo, i que es menester no descubrir estas miserias de la vida privada ni el deshonor de la mujer i de su familia, salvo el caso que el marido estime por conveniente hacerlo; i de aqui se sigue que, si fuera lícito al marido castigar a los cómplices a pesar de haberse desistido de la acusacion en contra de los autores i para ello probar el adulterio, se contrariaría la presuncion legal i los fines que se han tenido en cuenta para conceder solo una accion privada i la facultad de desistirse en cualquier tiempo. Mas



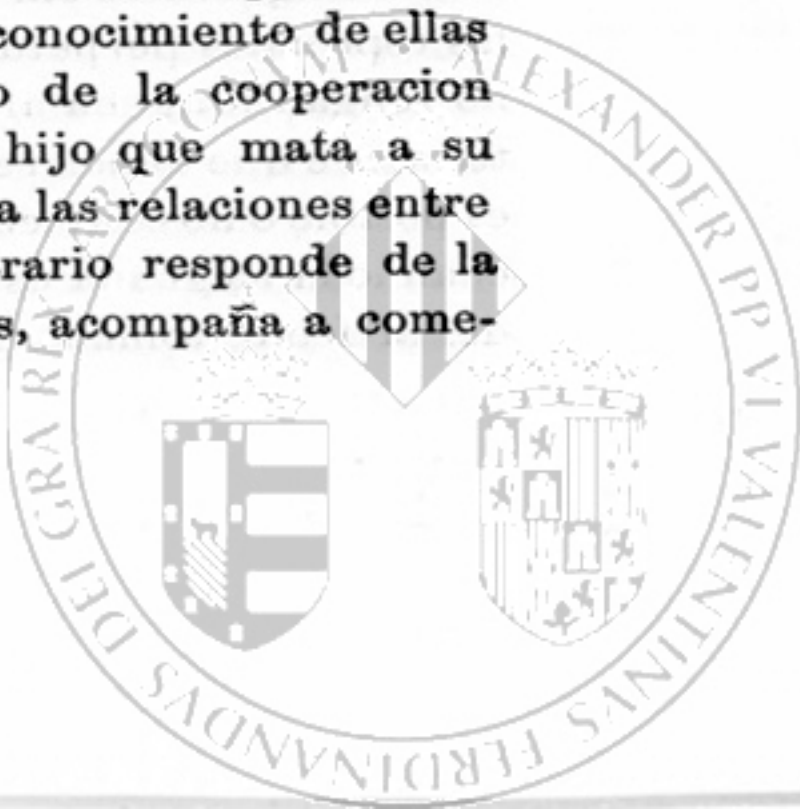
cuando el hecho está probado i se ha producido ya el deshonor y demas consecuencias que la lei tiende á evitar; cuando la pena está impuesta i el marido perdona a los dos agentes del adulterio, no existen las causas anteriores para que se aprovechen los cómplices del desistimiento en favor de los autores. Sin embargo, considerando que la lei obliga a perdonar al hombre, autor del adulterio, a fin de evitar colusiones entre el marido i la mujer en contra de él, i que esta colusion puede tambien fraguarse en contra de terceros, parece que dicho perdon debe estenderse a todos los demas responsables que no pueden quedar de de peor condicion que los mismos autores.

## V.

444. Conocidos los fundamentos del art. 64 i resueltas las principales cuestiones prácticas que de él pueden surgir, examinemos su tenor literal i sus relaciones. El inciso 1.º habla de tres clases de atenuaciones i agravaciones; unas que consisten en la disposicion moral del delincuente; otras en sus relaciones particulares con el ofendido i las últimas en las demas causas personales. Atenuaciones de la primera clase son las comprendidas en los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º i 5.º del art. 11 que son precisamente las que tienen el verdadero carácter de atenuaciones legales, es decir, cierta disposicion moral del delincuente en el acto en que delinque; de la segunda es el parentesco en ciertos casos i de la tercera son todas las demas, inclusive las dos clases anteriores, pues no se concibe una atenuacion que no sea personal. Agravaciones de la primera clase, que no consistan en la ejecucion material del hecho son las de los núms. 2.º, 5.º, 14.º, 15.º i 16.º art. 12 que se fundan en una perversidad mayor i puramente personal de aquellos en quienes concurren; de la segunda es el parentesco que por el art. 13 puede ser atenuante o

agravante, i de la tercera, en fin, las de los núms. 6.º, 7.º, 8.º i todas las que provienen de cargos, empleos, oficios i profesiones, como de la condicion de sacerdote, médico, abogado, empleado público, maestro guardador, aya, matrona i sirviente doméstico.

445. El segundo inciso habla de dos clases de agravaciones i atenuaciones; unas que consisten en la ejecucion material del hecho i otras en los medios empleados para realizarlo. No alcansamos a concebir atenuaciones de estas clases i en realidad no existen, porque todas provienen de cierta disposicion del alma i ninguna de la ejecucion del delito, ni de los medios empleados. Por el contrario, como la jeneralidad de las agravaciones se fundan en la culpa especial que suele concurrir con la elemental en la ejecucion misma del hecho o en los medios empleados, es natural que la mayoría de las agravaciones sean de las clases de que habla el segundo inciso, i por esto es que, con escepcion de las comprendidas en el inciso anterior i de otras personales que están esparcidas en el código, las demas se rijen por este inciso. I la distincion es importantísima, porque las atenuaciones i agravaciones del primer inciso no aprovechan ni perjudican a los co-actores cómplices i encubridores en quienes no concurren, aunque sepan que en el delito va a existir una o mas de dichas circunstancias; mientras que las agravaciones del inciso 2.º perjudican tambien a los co-actores, cómplices i encubridores sin mas condicion que el conocimiento de ellas ántes o en el momento de la accion o de la cooperacion para el delito: asi el co-actor de un hijo que mata a su padre no es un parricida, aunque sepa las relaciones entre el ofendido i el ofensor; i por el contrario responde de la agravacion el co-actor que, sin armas, acompaña a cometer un robo a hombres armados.



ARTÍCULO 65.

Cuando la lei señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideracion a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho. Pero si hai dos o mas circunstancias atenuantes o una mui calificada i no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en grado.

CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 70.** En los casos en que la lei señala una sola pena indivisible, la aplicarán los tribunales sin consideracion a las circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en el hecho.

Cuando la lei señale una pena compuesta de dos indivisibles, los tribunales impondrán la mayor, a no ser que concorra alguna circunstancia atenuante.

Se exceptúan de estas disposiciones los casos de que se trata en los tres artículos siguientes:

I.

446. En raros casos el código impone penas indivisibles sin acompañarlas de otras. De dichas penas, la de muerte no admite agravacion; la de presidio i reclusion perpetuos solo pueden agravarse con la de muerte, pena que, segun los principios teóricos que el mismo código ha aceptado, debe reservarse para determinados crímenes mui graves; las inhabilitaciones absolutas perpetuas no pueden agravarse sin salir de la escala correspondiente; i las especiales perpetuas solamente imponiendo otras que no tengan ninguna analogía con la naturaleza de los delitos sobre que deben recaer. Hé aquí las causas porque no es posible o no conviene que las agravaciones suban la pena cuando la asignada es una sola indivisible; i la disposicion del artículo, tomada literalmente del Código Español, es, por lo tanto, lójica i conveniente en cuanto a las agravaciones.

447. ¿Debemos decir lo mismo de la parte del artículo

relativo a los efectos de las atenuaciones? Confesamos que el respeto que nos merece el señor Pacheco (1), cuya opinion fué talvez la que indujo a la comision a modificar en este punto lo dispuesto por el artículo concordante del Código Español, nos hizo considerar al principio como justa i lójica dicha modificacion; mas, analizando los casos en que las atenuaciones pueden aplicarse, nos hemos persuadido de que el mandato del Código Español de 1850 i que ha conservado la reforma de 1870, no tiene por oríjen el espíritu de severidad sino el resultado de un análisis profundo de los delitos en que puede recaer: haciendo este análisis veremos como el principio sintético del Español sanciona el resultado lójico de él.

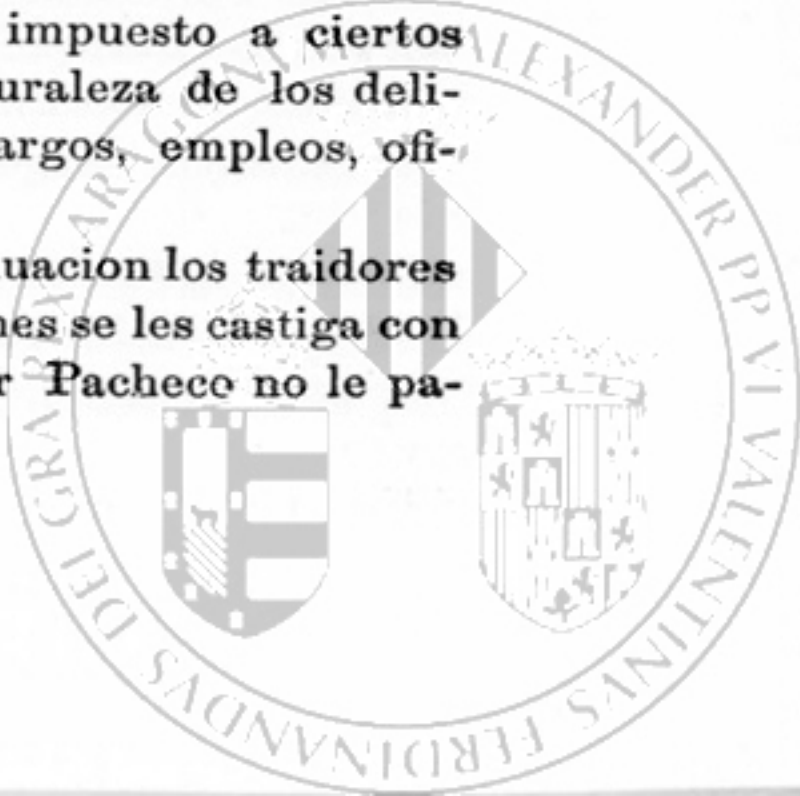
448. Sabemos que son cuatro las penas indivisibles que el código aplica sin compañía de otros grados: la muerte, el presidio perpetuo, la inhabilitacion absoluta perpetua para cargos i oficios públicos i profesiones titulares i las especiales perpetuas. Tambien sabemos que la de muerte solo se ha aceptado para castigar a los traidores a la patria que induzcan a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile siempre que se sigan hostilidades, para los delincuentes que comprende el art. 326 i para los parricidas (2); que la de presidio perpetuo solo se ha impuesto al que en causa criminal perjura en contra del acusado si a consecuencia del perjurio se le impone la misma pena o la de muerte (3); i que la inhabilitacion absoluta i las especiales perpetuas solamente se han impuesto a ciertos delincuentes que, atendiendo a la naturaleza de los delitos, se hacen indignos de ejercer los cargos, empleos, oficios o profesiones de que ellas privan.

449. Ahora bien, ¿merecen una atenuacion los traidores a la patria i demas delincuentes a quienes se les castiga con la muerte como pena única? Al señor Pacheco no le pa-

(1) Obra citada, tomo 1º, páj. 401.

(2) Arts. 106 i 390.

(3) Art. 208.



rece inaceptable la negativa cuando se trata de los parricidas atendiendo a la monstruosidad del hecho i aun acusa de inconsecuente al código de su país, porque impone a los parricidas la pena de muerte acompañada de otros grados i solo la primera a los traidores a la patria, crimen ménos monstruoso que el parricidio. Pues bien, si no se créé conveniente bajar en ningun caso la pena de este crimen, a pesar de que, por su naturaleza, admite la concurrencia de circunstancias atenuantes mui dignas de consideracion, ¿será prudente que se baje la pena de muerte a los traidores de que hablamos i a los criminales del art. 326 que no pueden alegar ninguna atenuacion digna de considerarse? Es necesario tener presente que las circunstancias atenuantes de los números 1.º i 2.º del art. 11 no son rejidas por el art. 65, sino por los 72 i 73 que contienen reglas especiales; que estas mismas circunstancias no se conciben en el crimen de traicion que no puede cometerse sino por personas en su sano juicio, en completo uso de su libertad i que tengan cierta importancia que les dé el poder de inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra i hostilizar al país; i que las tres siguientes tampoco pueden invocarse en contra de la nacion, pues ésta no puede provocar a sus hijos, ni ofenderlos ni darles motivo justo para que procedan en su contra impulsados de sentimientos poderosos que deban producir arrebató u obcecacion: Alcibiades i Coroliano, condenados por sus propios conciudadanos que votaban personalmente i con libertad mas ámplia que en las naciones modernas, son dos tipos de traidores; i sus imitadores deberán ser mas execrables todavia en los pueblos modernos en donde es tan difícil que se manifieste la opinion libre i responsable de la mayoría siquiera de una nacion. Restan las otras atenuaciones, pero son de tan poca entidad, aun aplicadas a los delincuentes vulgares, que sería hasta ridículo atenuar la pena de los traidores i criminales del

art. 326 por la conducta anterior irreprochable i por cualquiera de las otras; de suerte que si el crimen de parricidio por su enormidad debería castigarse, segun el señor Pacheco, con otra pena mayor que la de muerte si la hubiera i si en los otros grandes crímenes de que hablamos no caben atenuaciones dignas de bajar la pena de muerte, concluimos con dar preferencia a la disposicion española.

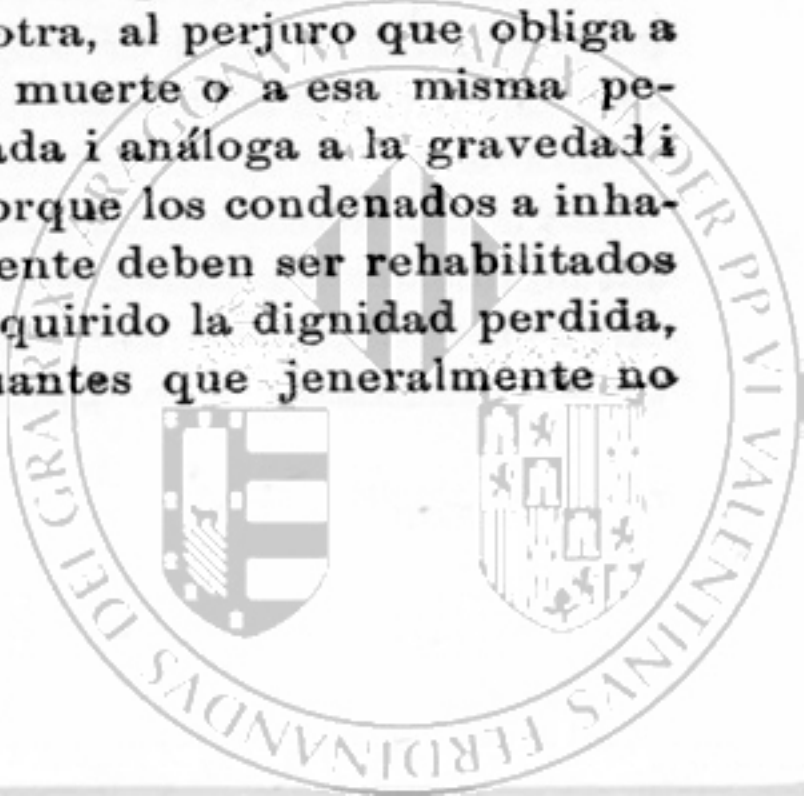
450. « *Animam pro anima, oculum pro oculo dentem pro dente, manum pro mano, pedem pro pede exijes* (1) »: tal era la antigua lei de los judios que nuestro código, en su art. 208, aplica al falso testimonio con una razon i una justicia que no puede ponerse en duda. Tú que injurias a tu Dios, dice la lei al criminal; que faltas a tu conciencia i que por un móvil mísero e infame haces condenar a un inocente, debes sufrir la misma pena que por tu crimen le ha impuesto la justicia humana; pero en atencion á que he reservado, por causas poderosas, la pena de muerte para otros delitos, cuando esta sea la pena impuesta al inocente por tu perjurio i aunque tú la mereces, te impongo solo la de presidio perpétuo. I con estas razones de la lei ¿será dable que se pretenda que por circunstancias atenuantes que pudieran ocurrir en favor del criminal, ninguna de las cuales puede ser de entidad por la naturaleza del delito, se baje todavia un grado del presidio perpétuo que solo gracia la lei le ha impuesto? Se sigue que en el único caso en que la lei impone el presidio perpétuo como pena única, no debe haber baja por la concurrencia de atenuaciones de un órden secundario como son las que se pueden alegar.

451. Por otra parte, el código no ha impuesto las penas de inhabilitacion absolutas o especiales perpetuas sin atender a la naturaleza de los delitos; i como las circunstancias atenuantes no pueden cambiar esta naturaleza

(1) Deuteron. Cap. XIX, verso 21.

parece fuera de duda que, en los casos en que la lei impone una de estas inhabilitaciones sin compañía copulativa de otras, atendiendo a que el penado es indigno de todo cargo, empleo, oficios públicos i profesiones titulares o de alguno de estos derechos especiales, no deba reemplazarlas con otras menores i temporales por concurrir atenuaciones que no pueden ser de entidad i que no dan garantías de que al fin de cierto tiempo el delincuente llegue a ser digno de los cargos, oficios i profesiones de que fué privado perpetuamente i con pleno conocimiento de causa. ¿Seria aceptable, por ejemplo, que a un juez que ha prevaricado por cohecho i que ha sido condenado a inhabilitacion absoluta perpetua para cargos, oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares, sin exámen prévio de su conducta posterior i solamente por haber tenido antes una conducta irreprochable o haberse denunciado a la justicia i confesado el delito, o por no resultar otro antecedente en su contra que su espontánea confesion, se le bajase la pena, i se le impusiese una inhabilitacion temporal que le permitiese un dia volver a ser juez, ejercer su profesion i desempeñar una diputacion?

452. En resúmen, cuando la pena asignada al delito sea una sola indivisible no deben tomarse en cuenta las atenuaciones: 1.º porque se romperia la proporcion de las penas con la gravedad de los delitos que se castigan con indivisibles; 2.º porque la pena de presidio perpetuo solo se impone, sin compañía de otra, al perjuero que obliga a condenar un inocente a la de muerte o a esa misma pena que es la mas proporcionada i análoga a la gravedad i naturaleza del delito; i 3.º, porque los condenados a inhabilitaciones perpétuas solamente deben ser rehabilitados cuando aparezca que han adquirido la dignidad perdida, i no por circunstancias atenuantes que jeneralmente no son dignas de considerarse.



## II.

453. Pero sea lo que fuere, la lei ha dispuesto en jeneral que por dos o mas circunstancias atenuantes o por una mui calificada, el tribunal podrá bajar un grado de la pena indivisible. Como se nota, aquí por primera vez la lei hace la distincion que nosotros habiamos hecho ya de atenuaciones de mayor o menor entidad; mas, como la lei no dice cuales sean estas o aquellas, vamos a manifestar cuales son las atenuaciones mui calificadas a que el artículo puede referirse:

454. Desde luego podemos asegurar que las atenuaciones de los números 1.º i 2.º del art. 11, que son las mas importantes, no caen bajo la disposicion del artículo, porque ellas producen, sin ninguna escepcion i cualquiera que sea la pena impuesta a un delito, efectos especiales i mas favorables a los delincuentes por los artículos 72 i 73: así al parricida menor de diez i seis años se le deberá imponer dos grados inferiores por lo ménos. Las atenuaciones de los núms. 6.º, 7.º, 8.º i 9.º no pueden considerarse como mui calificadas, pues que no merecen siquiera su calificativo de atenuaciones legales i todas juntas valen menos que cualquiera de las otras, de manera que para que puedan bajar un grado a una pena indivisible es menester que concurren dos o mas. Por fin, las restantes de los núms. 3.º, 4.º i 5.º, que tienen el verdadero fundamento de las atenuaciones legales, son las que pueden considerarse como mui calificadas en ciertas circunstancias para los efectos del artículo que comentamos.

### ARTÍCULO 66.

Si la lei señala una pena compuesta de dos indivisibles i no acompañan al hecho circunstancias atenuantes ni agravantes, puede el tribunal imponerla en cualquiera de sus grados.





Cuando solo concurre alguna circunstancia atenuante, debe aplicarla en su grado mínimo, i si habiendo una circunstancia agravante, no concurre ninguna atenuante, la impondrá en su grado máximo.

Siendo dos o mas las circunstancias atenuantes sin que concorra ninguna agravante, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo de los señalados por la lei, segun sea el número i entidad de dichas circunstancias.

Si concurrieren circunstancias atenuantes i agravantes, las compensará racionalmente el tribunal para la aplicacion de la pena, graduando el valor de unas i otras.

### CODIGO ESPAÑOL.

(Véase el artículo que concuerda con el anterior.)

#### I.

455. El art. 58 determina que señalándose una pena compuesta de dos o mas distintas, cada una de éstas forme un grado de penalidad, la mas leve el mínimo i la mas grave el máximo. Esta disposicion esplica que este artículo pueda hablar de grados tratándose de dos penas indivisibles, espresion que significa que no admiten division ni grados. Salvada la aparente anomalía que a primera vista se nota en estos términos, veamos lo que el artículo dispone.

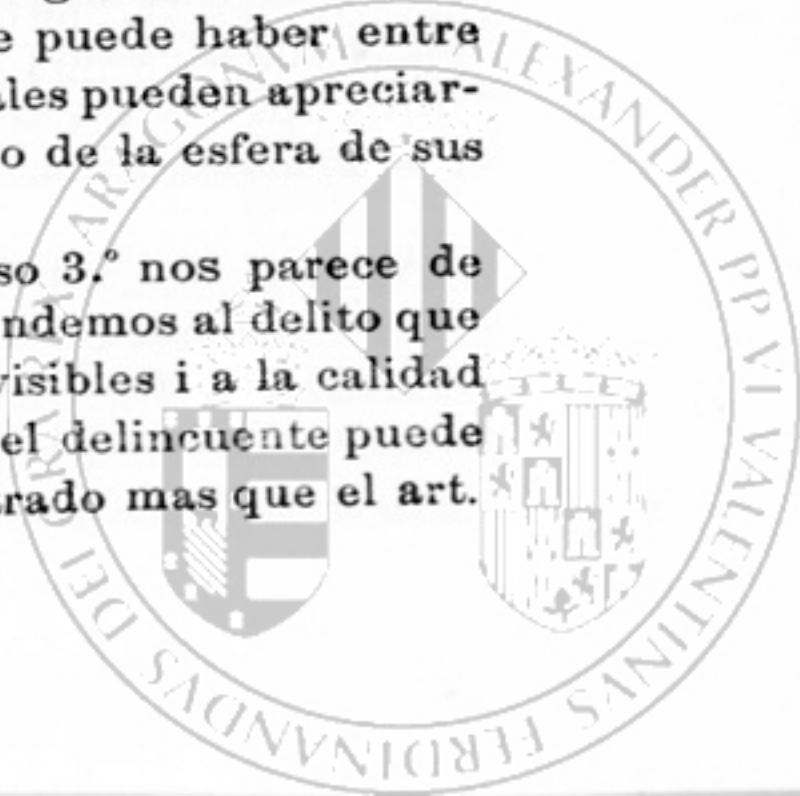
456. El primer inciso nos parece superior a la disposicion concordante de los códigos españoles. La lei que impone conjuntamente dos penas indivisibles considera que el delito, independientemente de las agravaciones i atenuaciones, puede merecer la mayor o la menor, i en consecuencia, que es necesario facultar al tribunal para que elija la mas proporcionada: por esto es que no encontramos ni razon ni lójica en las disposiciones del inciso 2.º, art. 70 del Código Español de 1850 ni en el número 2.º, art. 80 del reformado. Imponer dos penas indivisibles

i obligar a los tribunales a elegir la mayor en los casos comunes, cuando no concurren atenuaciones ni agravaciones, equivale a que solo se hubiese impuesto esta pena; i mandar, por el contrario en el mismo caso i como el Código Español de 1870, que se elija la menor, es lo mismo que haber impuesto solo esta última, lo que habria sido mas simple.

457. El 2.º inciso de nuestro artículo es tambien perfectamente lójico: si concurren, dice, una agravacion limito las facultades de los tribunales i los obligó a imponer la pena indivisible mayor; i por la inversa, si concurre una atenuacion los obligó a imponer la menor. De manera que en los casos comunes, los tribunales pueden imponer cualquiera de los dos grados; pero habiendo una agravacion que, si se hubiese considerado al imponer las penas se habria elegido la mayor, el tribunal debe imponerla; i concurrendo una atenuacion que habria inducido a suprimir el grado máximo, es justo que se mande imponer la menor: en el inciso hai, pues, lójica i armonia.

458. Con satisfaccion decimos otro tanto del inciso 4.º; porque si los delincuentes por una circunstancia agravante merecen la pena mayor de las designadas i por una atenuante la menor, es lójico i armónico que concurrendo ambas i destruyéndose en sus efectos, resulte el caso comun en que no hai atenuaciones ni agravaciones. I en cuanto a la diferencia de entidad que puede haber entre dichas circunstancias, solo los tribunales pueden apreciarla para hacer la compensacion dentro de la esfera de sus facultades.

459. Pero la disposicion del inciso 3.º nos parece de una lenidad que nada justifica, si atendemos al delito que el código castiga con dos penas indivisibles i a la calidad de las circunstancias atenuantes que el delincuente puede alegar. I en efecto, no hemos encontrado mas que el art.



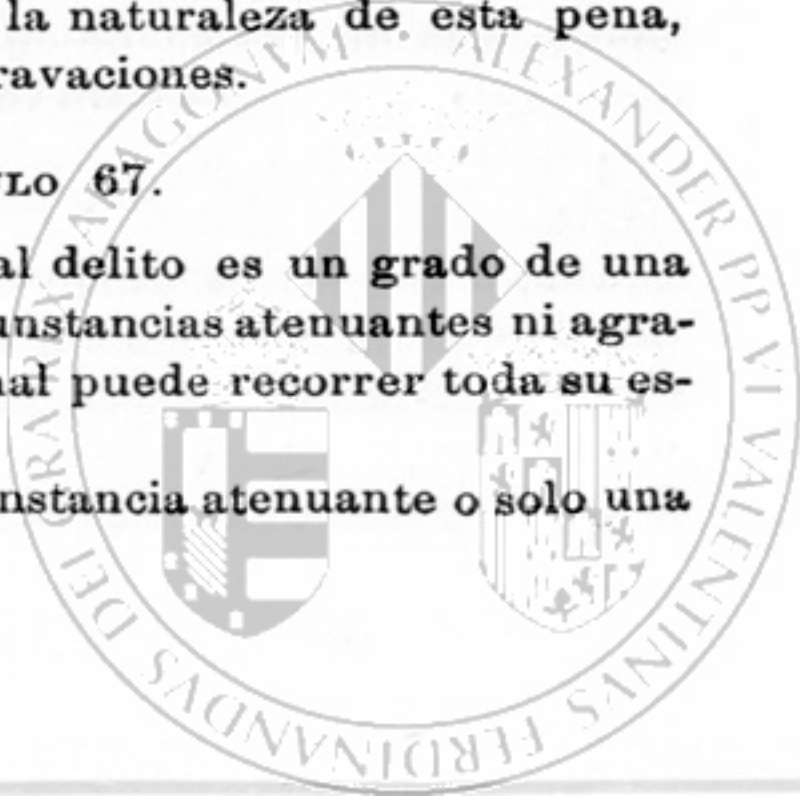
108 que imponga dos penas indivisibles, i casualmente el delito de que trata no admite ninguna atenuacion de entidad i digna de considerarse: por el contrario dos o mas de las que pueden concurrir no valen tanto como una de las otras ni merecen, en consecuencia, producir un efecto favorable al reo. Para hacer armas en contra de Chile, amenazando la independencia o integridad del territorio i sin proceder a nombre ni con autorizacion de una potencia extranjera, se requiere que el delincuente sea mucho mas que un hombre vulgar; i, por lo tanto, no se concibe que pueda alegar las atenuaciones primera i segunda ni tampoco las tres siguientes, i ya hemos manifestado que las otras no valen mas que tantas otras circunstancias que solo sirven para que los tribunales impongan una pena relativamente menor, sin salir del grado o grados asignados al delito. Felizmente la disposicion del tercer inciso es solo facultativa i los tribunales podrán apreciar estas consideraciones en lo que valgan.

460. A primera vista se estraña que el código no haya dado la regla recíproca para el caso de concurrir dos o mas agravaciones; pero el análisis detenido de los delitos que se castigan con penas indivisibles nos manifiesta que esa regla no era necesaria ni habria tenido efecto práctico; porque las dos penas indivisibles que se imponen son casualmente el presidio perpétuo i la muerte, i como por la concurrencia de una agravacion debe aplicarse la de muerte, es indiferente, por la naturaleza de esta pena, que concurren una o mil agravaciones.

ARTÍCULO 67.

Cuando la pena señalada al delito es un grado de una divisible i no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal puede recorrer toda su estension al aplicarla.

Si concurre solo una circunstancia atenuante o solo una



agravante, la aplicará en el primer caso en su *mínimum* i en el segundo en su *máximum*.

Para determinar en tales casos el *mínimum* i el *máximum* de la pena, se divide por mitad el período de su duración: la mas alta de estas partes formará el *máximum* i la mas baja el *mínimum*.

Siendo dos o mas las circunstancias atenuantes i no habiendo ninguna agravante, podrá el tribunal imponer la inferior en uno o dos grados, segun sea el número i entidad de dichas circunstancias.

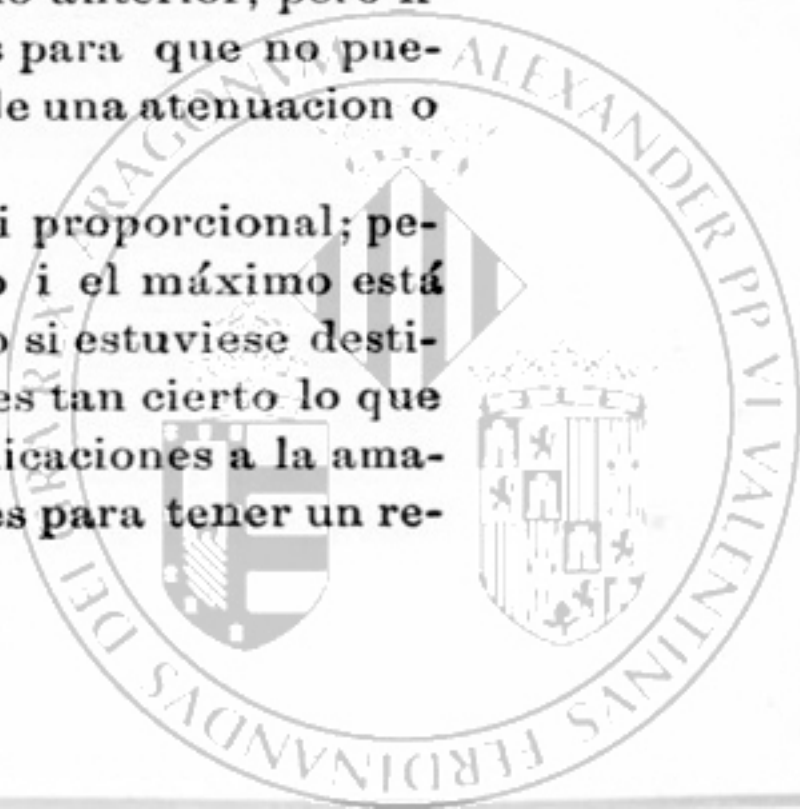
Si hai dos o mas circunstancias agravantes i ninguna atenuante, puede aplicar la pena superior en un grado.

En el caso de concurrir circunstancias atenuantes i agravantes, se hará su compensacion racional para la aplicacion de la pena, graduando el valor de unas i otras.

## I. . .

461. En el Código Español de 1850 no se previeron los casos en que la pena impuesta fuese un grado de una pena divisible. La reforma tomó en consideracion estos casos i dispuso que la pena se considere dividida en tres períodos iguales; que cada uno se cuente como un grado i que se apliquen las reglas prescritas para los casos en que la pena impuesta al delito conste de tres grados. Nuestro código se ha separado en este punto del Español i ha seguido la misma regla adoptada en el artículo anterior, pero limitando las facultades de los tribunales para que no puedan salir del grado por la concurrencia de una atenuacion o agravacion.

462. Este sistema nos parece lógico i proporcional; pero la regla para determinar el *mínimo* i el *máximo* está redactada en términos de oráculo, como si estuviese destinada solo para los dioses del Olimpo. I es tan cierto lo que decimos que ha sido menester pedir esplicaciones a la amabilidad de uno de los señores redactores para tener un re-



sultado práctico de la regla (1). Por nuestra parte encontramos que la única esplicacion que se aproxima algo a la letra de la lei es la que considera que la mente de la comision redactora, al decir «que se dividiera por mitad el período de su duracion», fué que debía dividirse por mitad la suma del mínimo con el máximo de la pena: así, en el supuesto de que la pena sea de quince a veinte años de presidio, el mínimo principiará en quince años i subirá hasta los diez i siete i medio, mitad de la suma total; i el máximo empezará a los diez i siete i medio años i subirá hasta los veinte años. Pero, sea que se haga la determinacion por la regla del señor redactor aludido o por la nuestra, i aunque en ámbos casos el resultado sea igual indudablemente al que la comision se propuso, no habría estado demas que se hubiera escrito el inciso en lengua profana, ya que el código está destinado a ser entendido aun por las intelijencias mas vulgares.

463. Si una circunstancia atenuante obliga a imponer el grado mínimo de la pena i una agravante el máximo, es natural que dos o mas atenuaciones bajen mas la pena i dos o mas agravaciones la aumenten hasta cierto grado superior. Pues bien, los incisos 4.º i 5.º facultan a los tribunales para bajar la pena uno o dos grados i para subirla uno segun que concurren dos o mas atenuaciones o agravaciones, con tal que los efectos favorables de las primeras no se destruyan o debiliten con los contrarios de las segundas, cosa que los mismos tribunales tienen que apreciar discrecionalmente. I en estos puntos la lei ha sido prudente en limitarse a dar una regla jeneral i en conceder a los jueces facultades discrecionales; porque las circunstancias atenuantes i agravantes son de mui diversa entidad i tanto que una atenuante puede valer mas que dos agravantes, o por la inversa una agravante mas que dos o tres atenuantes.

(1) Nota del Código Penal explicado i anotado por don Pedro Javier Fernandez, en el art. 67

ARTÍCULO 68.

Cuando la pena señalada por la lei consta de dos o mas grados, bien sea que los formen una o dos penas indivisibles i uno o mas grados de otra divisible; o diversos grados de penas divisibles, el tribunal al aplicarla podrá recorrer toda su estension, si no concurren en el hecho circunstancias atenuantes ni agravantes.

Habiendo una sola circunstancia atenuante o una sola circunstancia agravante, no aplicará en el primer caso el grado máximo ni en el segundo el mínimo.

Si son dos o mas las circunstancias atenuantes i no hai ninguna agravante, el tribunal podrá imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la lei, segun sea el número i entidad de dichas circunstancias.

Cuando, no concurriendo circunstancias atenuantes, hai dos o mas agravantes, podrá imponer la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la lei. Si el grado máximo de los designados lo formare en tal caso la pena de muerte, se aplicará ésta precisamente.

Concurriendo circunstancias atenuantes i agravantes, se observará lo prescrito en los artículos anteriores para casos análogos.

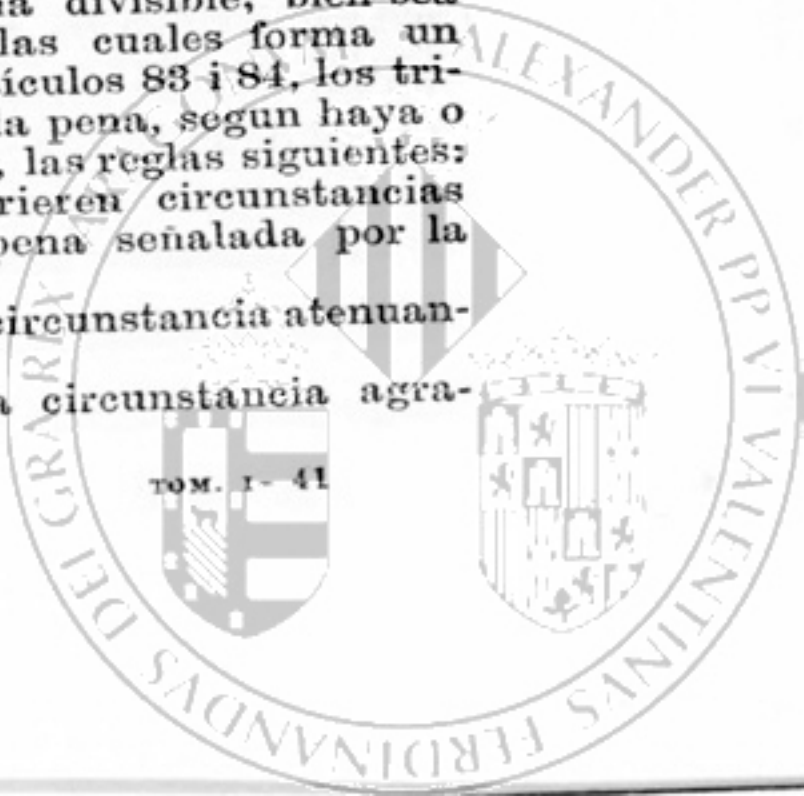
CODIGO ESPAÑOL.

Art. 74. «En los casos en que la pena señalada por la lei contenga tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado con arreglo a lo prevenido en los artículos 83 i 84, los tribunales observarán para la aplicacion de la pena, segun haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

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

«2.ª Cuando concurre solo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en el grado mínimo.

«3.ª Cuando concurre solo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.



« 4.ª Cuando concurrieren circunstancias atenuantes i agravantes, las compensarán racionalmente para la designacion de la pena, graduando el valor de unas i otras.

« 5.ª Cuando sean dos o más, i mui calificadas, las circunstancias atenuantes, i no concorra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la lei, en el grado que estimen correspondiente, segun el número i entidad de dichas circunstancias.

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

## I.

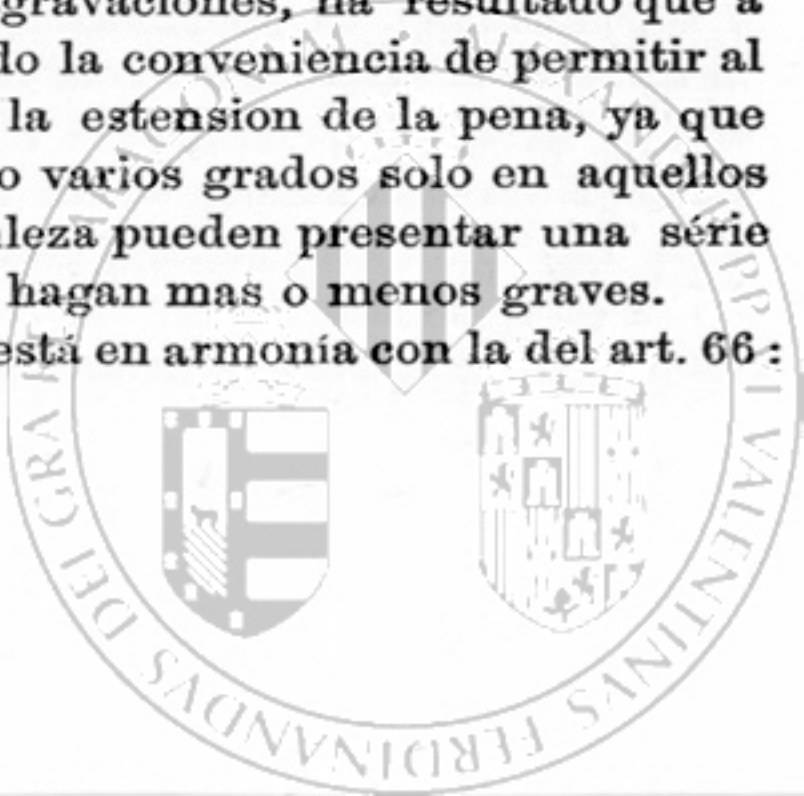
464. Este artículo dispone que cuando la pena señalada por la lei conste de dos o mas grados, bien sea que la formen una o dos penas indivisibles i uno o mas grados de otra divisible, presidio menor en su grado medio a muerte (1), o presidio mayor en su grado mínimo a muerte (2); o diversos grados de penas divisibles, presidio mayor en cualquiera de sus grados (3), el tribunal, al aplicar la pena, podrá recorrer toda su estension si no concurren atenuaciones ni agravaciones. Esta regla, que tambien se aplica en los dos artículos anteriores, nos parece mas lógico que las concordantes de los arts. 74 del Código Español de 1850 i 82 del reformado que mandan imponer en tales casos el grado medio; porque, si el resultado ha de ser que se aplique solo el grado medio, es inútil que la lei señale los otros grados; i si esto se hizo, como parece, para tener una base de las reglas que deben observarse en los efectos de las atenuaciones i agravaciones, ha resultado que a este objeto se ha sacrificado la conveniencia de permitir al tribunal que recorra toda la estension de la pena, ya que la lei debe haber impuesto varios grados solo en aquellos delitos que por su naturaleza pueden presentar una serie de circunstancias que las hagan mas o menos graves.

465. La regla segunda está en armonía con la del art. 66:

(1) Art. 391 N. 1.º

(2) Art. 433.

(3) Art. 367.



si concurre una atenuacion se limita en favor del reo la facultad del tribunal que no puede imponerle el grado máximo de la pena; i si concurre una agravacion la limitacion es en contra del reo que puede ser penado con cualquiera de los grados, menos el mínimo. La misma lójica i armonía existe en la regla tercera.

466. Tratando del art. 66 hicimos notar que no habia una regla especial para el caso en que, señalando la lei dos penas indivisibles, concurriesen dos o mas agravaciones i que esto provenia de que, siendo las penas de presidio perpétuo i muerte las que el código impone sin compañía de otros grados i produciendo una sola agravacion el efecto de obligar al tribunal a imponer la de muerte, era del todo indiferente que concurriesen una o mil agravaciones. Más no sucede lo mismo cuando esas penas van acompañadas de uno o mas grados de otras divisibles; pues en tal caso dos o mas agravaciones pueden subir la pena a un grado mas alto que una sola: así cuando la pena sea la de presidio mayor en su grado máximo a muerte, una sola agravacion hará que se imponga el presidio perpétuo segun la regla 2.ª, i dos o mas que se imponga la muerte. Esta progresion necesaria es la establecida por el inciso 5.º

## II.

467. Hasta aquí el código ha dado reglas para los efectos de las atenuaciones i agravaciones cuando la pena es una sola indivisible, o compuesta de dos indivisibles i un solo grado de una divisible, o compuesta de dos o mas grados, sea que formen la pena una o dos indivisibles i uno o mas grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles; pero notamos que falta una regla para los muchos casos en que se imponen dos o mas penas copulativas: ¿las atenuaciones i agravaciones en estos casos producen sus efectos sobre todas las penas o solamente sobre

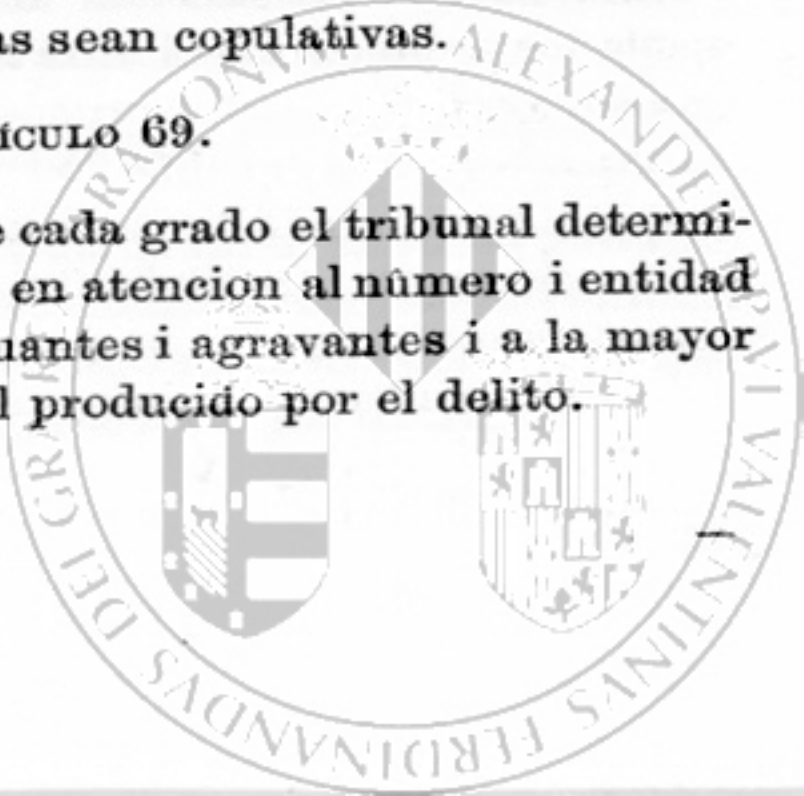


la principal? Hé aquí lo que debió determinarse claramente como se hizo respecto a los cómplices i demas responsables de que hablan los arts. 59 i 61; pero a falta de una regla espresa tendremos que ocurrir a la analogía i opinar que la regla 4.ª del art. 61 debe aplicarse tambien a las atenuaciones i agravaciones: asi, en caso que las penas impuestas sean las de presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitacion absoluta perpetua (1) concurriese una atenuacion mui calificada, segun el art. 68 no podria imponerse el grado máximo de la primera i segun el art. 65 podria bajarse la segunda a la temporal en su grado máximo; i por el contrario, si concurre una sola agravacion la pena indivisible no sufrirá variacion alguna i la de presidio no podrá aplicarse sino en sus grados medio i máximo, resultando que las penas copulativas deben considerarse independientemente las unas de las otras i rejidas por los artículos respectivos. La adopcion del sistema del Código Español de 1870, relativo al modo de aplicarse las penas copulativas a los cómplices i demas responsables de delito i del cual hemos hablado en nuestros estudios del art. 61, habria tenido la ventaja de no bajar las inhabilitaciones a grados inferiores del asignado al delito; pero teniendo presente que dicho art. 61 ha sancionado el sistema contrario para un caso de tanta analogia, debemos seguir lógicamente este sistema, i nó el del Español, para determinar los efectos de las circunstancias atenuantes i agravantes cuando las penas sean copulativas.

#### ARTÍCULO 69.

Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atencion al número i entidad de las circunstancias atenuantes i agravantes i a la mayor o menor estension del mal producido por el delito.

(1) Art. 223.



CODIGO ESPAÑOL.

ARTICULO 74.

« 7.º Dentro de los límites de cada grado, los tribunales determinarán la cuantía de la pena, en consideracion al número i entidad de las circunstancias agravantes i atenuantes, i a la mayor o menor estension del mal producido por el delito.

I.

468. A mas de los efectos que acabamos de ver producir a las atenuaciones i agravaciones, este artículo les atribuye otro todavía: « estas circunstancias, dice, serán atenuadas para determinar la pena dentro cada grado segun su número i entidad. » Supongamos que dos reos de un mismo delito, que deben ser penados con presidio mayor en cualquiera de sus grados, prueben una atenuacion legal cada uno. En tal caso, la pena que debe imponerse a los dos reos es la de presidio mayor en su grado medio; pero si la atenuacion de uno es de mas entidad que la del otro, el tribunal tendrá que imponerle una pena menor dentro del grado correspondiente. Vemos, pues, que dos atenuaciones no solo han producido el efecto comun de todas ellas, sino que la mayor entidad de una ha servido ademas para que el tribunal tenga que elejir una pena menor dentro de los límites que él puede recorrer.

II.

469. La lei considera para imponer las penas el daño esencial que siempre se produce en la ejecucion de un delito, pero el daño especial, mayor o menor que resulte de un hecho ilicito, no puede tomarlo en cuenta, porque sus reglas son fijas i de efectos determinados. A estos daños se refiere el artículo cuando manda que los tribunales, que son los que pueden apreciarlos en cada caso, los consideren para imponer mayor o menor pena dentro de cada grado. El delito de estupro, por ejemplo, produce siempre un daño absoluto e indeterminado a la ofendida i a su fami

lia o por lo ménos a la moralidad pública; pero si recae sobre una mujer de una familia de posicion social i de sentimientos de órden i moralidad, producirá mas daño que si recayese sobre una mujer grosera de nuestro pueblo; i aun en el primer caso ¿cuántas circunstancias pueden ocurrir que hagan que el daño sea mayor o menor? Del mismo modo, en el crimen de asesinato de un padre de familia, que con su muerte la deja en la miseria, hai mas daño que en el de otro que, imposibilitado para el trabajo, no hace falta alguna. Es claro que el mal relativo en ámbos casos debe merecer una mayor pena; pero exclusivamente dentro de los límites de las facultades comunes de los jueces que solo pueden apreciarlo en cada caso. La lei que impone al infanticida, por ejemplo, una pena menor que a los homicidas, teniendo presente que los niños valen ménos que los hombres « que son una gloria para su patria o de quienes depende el porvenir de una o mas jeneraciones, » considera un mal relativo especial que puede o no existir i traspasa los límites propios de la lei e invade el campo de las atribuciones judiciales. I esto es tan exacto que, con la misma falta de lójica, podriamos hacer que el infanticida fuese penado con mas severidad que los homicidas, sin mas que cambiar el término de la comparacion i decir: un niño vale mas que un idiota i que un asesino conocido, luego la lei debe castigar mas severamente al infanticida que al homicida.

ARTÍCULO 70.

En la aplicacion de las multas el tribunal podrá recorrer toda la estension en que la lei le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes i agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 75. En la aplicacion de las multas, los tribunales podrán

recorrer toda la extension en que la lei les permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes i agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable.

I.

470. La desigualdad de la multa es uno de sus defectos mas notables i que ha obligado al legislador a tratarla con especialidad. La lei no puede evitar que una misma cantidad de multa sea ruinosa para algunos e ineficaz para otros, sino concediendo a los tribunales amplias facultades para que puedan imponerla mayor o menor segun la fortuna de cada condenado i las circunstancias atenuantes o agravantes del delito. De esta disposicion i del art. 60 se deduce que con las multas no rijen las reglas de las atenuaciones i agravaciones, ni las que determinan las penas de las cuatro clases de delincuentes a que se refieren los números del art. 59. Esta pena, en efecto, no ha sido dividida en períodos o grados, como la mayor parte de las otras, i cuando la lei impropiamente habla de bajarle o subirle grados su mandato solo puede producir el efecto de que se imponga mayor o menor en conformidad a los arts. 25, 60 i 70, considerándose la série de circunstancias que, en jeneral, determinan las penas dentro de los límites siempre estensos de nuestro sistema penal.

471. Pero las mismas condiciones a que está sometida la pena de que hablamos deben producir sérias dificultades en su aplicacion, sobre todo cuando la lei manda que se bajen uno, dos i mas grados a esta pena que no los tiene determinados; i por esto habria sido muy conveniente una regla especial que facilitase a los tribunales el modo de fijarla. En la primitiva redaccion del código se habia dividido dicha pena en los mismos grados que las otras; i ya que se creyó que no era oportuno limitar las facultades de los tribunales con esta division, bien se pudo dictar alguna regla que, sin estrechar mas de lo conveniente las

facultades de los tribunales, lo auxiliasen en la determinacion de su cuantía. Esta regla se habria encontrado en el Código reformado de España que tambien concede a sus tribunales las mismas facultades que el nuestro en materia de multas. « Cuando sea necesario elevar o bajar « la pena de multa, uno o mas grados, dice este código, « se aumentará o se bajará respectivamente, por cada uno « la cuarta parte del máximo de la cantidad determinada por la lei. (1) » Es cierto que esta regla aplicada en nuestro código haria subir la multa algunas veces mas arriba del máximo de cinco mil pesos que fija el art. 25; i que, calificándose los hechos de crímenes, simples delitos o faltas solo por la pena, con ella se convertirian algunas faltas en simples delitos i algunos de estos en crímenes, o por la inversa; pero lo primero solo seria una escepcion bien justificada por las reglas escepcionales a que la multa está sometida i ademas este defecto habria podido evitarse mandando que en ningun caso pudiese subir del máximo indicado de cinco mil pesos; i lo segundo es propio del sistema de las atenuaciones i agravaciones i de la clasificacion de los hechos en crímenes, simples delitos i faltas segun la gravedad de las penas: ¿dos agravaciones no convierten en presidio, pena de simple delito, la de prision, pena de falta, que impone el art. 494?; ¿i el simple delito de hurto, que castiga el art. 436, no se convierte en crimen cuando concurren dos o mas agravaciones? Siendo así, no encontramos inconveniente en que se hubiese sancionado la regla del artículo del Código Español con la modificacion tambien espresada; pero habria sido necesario que la regla mandase bajar o subir la cuarta parte precisamente, esto es, una cuarta parte por cada grado; por que hai por lo ménos un caso en que la lei manda bajar cuatro grados de la pena asignada al delito (2) como tam-

(1) Art. 95.

(2) Art. 54.

bien sucede en el Código Español que por este motivo eligió la cuarta parte i no la tercera elejida por otros códigos.

## II.

474. En los delitos privados la parte ofendida tiene la facultad de condonar la pena; pero tratándose de multas, que se destinan a las municipalidades i no a la parte ofendida, puede dudarse si las pagadas ya deben o no restituirse por el perdon del ofendido; pero la duda se disipa recorriendo los delitos privados que se castigan con multas, porque los únicos que tienen esta pena son los de calumnias e injurias i para estos delitos existe la disposicion del art. 428 contraria a la restitucion; i es lójico que esta regla deba aplicarse por analogía si hubiese otro delito privado que se castigase con multas.

### ARTÍCULO 71.

Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del núm. 8.º del art. 10 para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el art. 490.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 71. Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del número 8 del artículo 8 para eximir de responsabilidades, se observará lo dispuesto en el artículo 480.

## I.

475. El núm. 8.º del art. 10.º exime de responsabilidad a los que, con ocasion de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causan un mal por mero accidente; i el núm. 1.º del art. 11 considera como circunstancias atenuantes a las espresadas en el anterior cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. En el análisis que hicimos de esta disposicion insinuamos que, cuando falta alguno de los requisitos del núm. 8.º, hai un cuasi-delito; i como no los cuasi-delitos, en jeneral, son penados por los

arts. 490 i siguientes, es lójico que, cuando falte alguno de los requisitos que componen la causa de exencion del número i artículo a que el 71 se refiere, el mal que resulte se castigue con las penas de los cuasi-delitos: esto es lo que dispone el art. 71 en conformidad a los Códigos Españoles de 1850 i 1870.

476. Por lo demas, si de referirse el artículo solo al 490 debia resultar-que, faltando alguno de los requisitos del núm. 8.º art. 10.º, no habria pena sino en caso de imprudencia temeraria, la verdad es que en los arts. 491 i 492, a que debió tambien referirse como lo hacia la primera redaccion, existe una imprudencia que debe calificarse de temeraria; i que, por la tanto, solamente en apariencias hai aquí una omision.

477. Por lo demas son bien notables las diferencias que resultan de aplicarse la regla del art. 71 o las que rigen en materia de atenuaciones: así, aplicando las segundas al homicidio cometido por imprudencia, la pena seria de presidio mayor en grado mínimo, mientras que por el art. 71, debe ser la de reclusion o relegacion menores a sus grados mínimos o medios (1).

#### ARTÍCULO 72.

Al menor de diez i seis años i mayor de diez, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional; pero siempre inferior en dos grados, por lo ménos, al mínimo de los señalados por la lei para el delito de que fuere responsable.

Al mayor de diez i seis años i menor de diez i ocho se aplicará siempre una pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los designados por la lei para el delito.

(1) Art. 68—regla 2.ª, 391 N. 2.º i 490.

CODIGO ESPAÑOL.

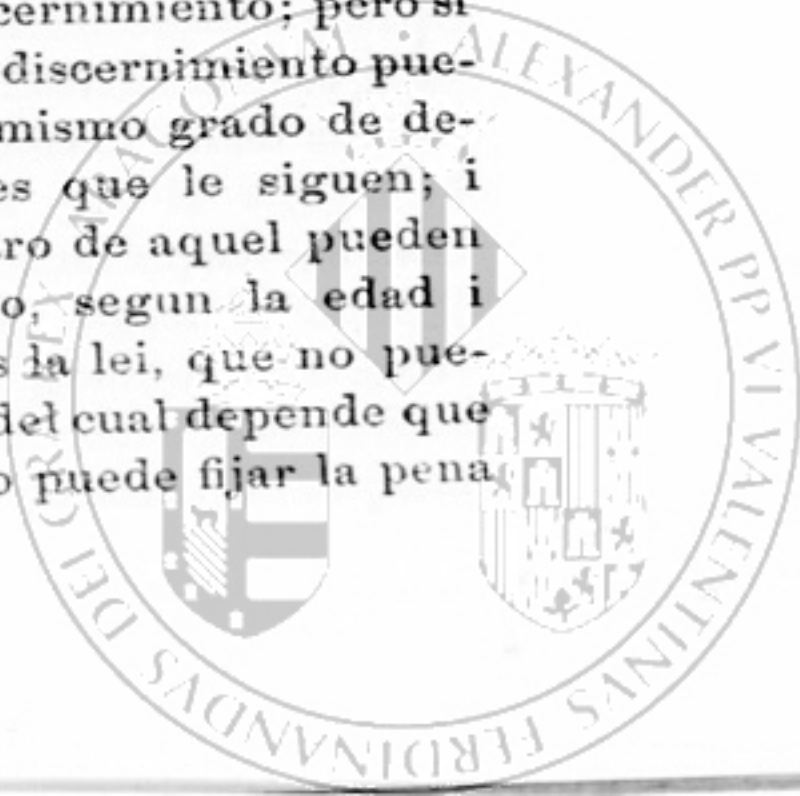
Art. 72. Al menor de quince años, mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad, por haber declarado el tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo ménos a la señalada por la lei al delito que hubiere cometido.

Al mayor de quince años, i menor de diez i ocho se aplicará siempre, en el grado que le corresponda, la pena inmediata inferior a la señalada por la lei.

I.

478. Impugnando uno de los motivos con que un honorable Senador defendió en pleno senado la exencion de responsabilidad del núm. 11.º art. 10, dijimos: « que si el « código hubiese establecido, como regla absoluta e inva-  
« riable, que las atenuaciones solo bajen un grado de la  
« pena asignada al delito, se habrian igualado en sus efec-  
« tos ciertas atenuaciones mui calificadas con las comunes,  
« i entónces el sistema del código habria sido soberana-  
« mente injusto.» Pues bien, el código en este artículo, como en el anterior i siguiente, confirma nuestra observacion; pues, calificando de una entidad escepcional a las atenuaciones de que habla, manda que, cuando concurran, rija lo dispuesto por el art. 490, o se imponga una pena discrecional, o se bajen dos o tres grados.

479. Ya se sabe que los mayores de diez años i menores de diez i seis solo son responsables en caso que el tribunal declare que han obrado con discernimiento; pero si en este período de la vida humana el discernimiento puede existir, jeneralmente no tiene el mismo grado de desarrollo que en los dos períodos legales que le siguen; i aun las personas comprendidas dentro de aquel pueden tener mayor o menor discernimiento, segun la edad i otras circunstancias. Por estas causas la lei, que no puede medir el grado de discernimiento del cual depende que el castigo sea mas o ménos grave, no puede fijar la pena





i se ve obligada a facultar a los tribunales para que impongan una discrecional.

480. Mas, cuando se trata de delincuentes mayores de diez i seis años i menores de diez i ocho, período mas corto que el anterior i en que la diferencia de discernimiento entre las personas comprendidas en él no puede ser tan variable, la lei no necesita dejar la pena a discrecion de los tribunales; pues basta darles mas amplitud que la comun para que puedan apreciar discrecionalmente las variedades del discernimiento en dicho período: esto es lo que ha hecho el inciso 2.º del art. 72.

#### ARTÍCULO 73.

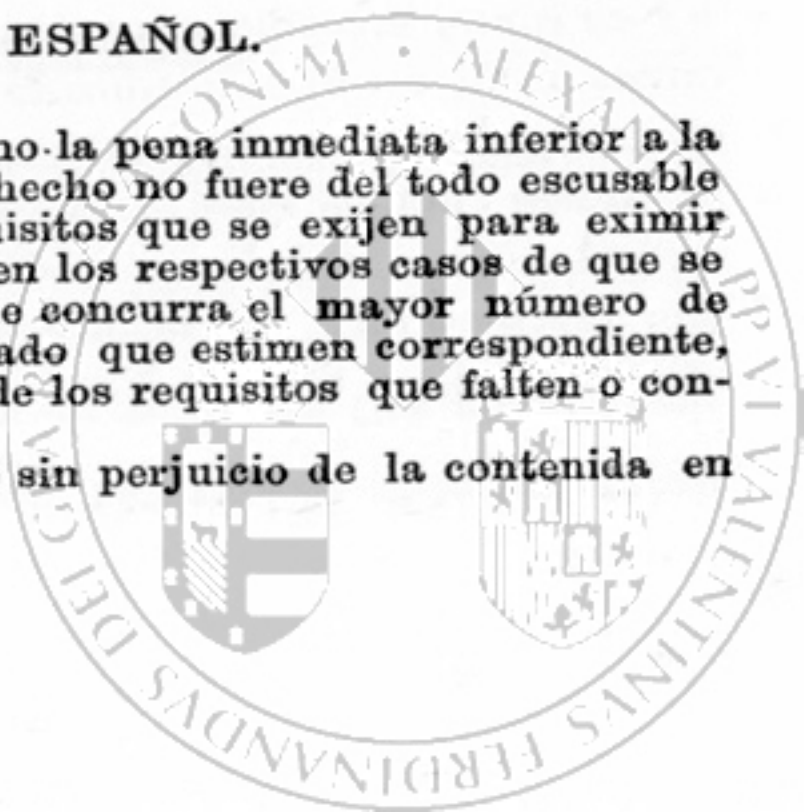
Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la lei, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número i entidad de los requisitos que falten o concurran.

Esta disposicion se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 73. Se aplicará asimismo la pena inmediata inferior a la señalada por la lei, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.º, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que estimen correspondiente, atendido el número i entidad de los requisitos que falten o concurran.

Esta disposicion se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71.



I.

481. Analizando los casos del art. 10.º a que puede referirse la circunstancia atenuante del número 1.º art. 11, dijimos que hacia referencia a la parte segunda del número 1.º i a los números 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º i 11.º en todos los cuales concurren circunstancias copulativas. Pues bien, este art. 73, que solamente trata de ciertos efectos excepcionales de la circunstancia atenuante del número i artículo indicados, no tiene relacion sino con dichos números, ménos con el 8.º que escluye el inciso final por haberlo considerado espresamente el 71.

482. Pero, debe notarse que rijiendo el artículo que comentamos solamente en los casos en que concurren mayor número de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad segun el art. 10.º, resulta que, cuando no falten la mayor parte de esos requisitos i cuando, por ser dos solamente, no puede haber mayoría, debe rejir la regla comun de las atenuaciones. Así, en la parte segunda del número 1.º del art. 10.º, que solo exige para la exencion de responsabilidad criminal que el delincuente se halle privado totalmente de la razon i que esto sea por una causa independiente de su voluntad, nunca podrá tener aplicacion la regla del art. 73; pues si concurren las dos circunstancias no hai pena i si una sola no hai mayoría. Por lo demas, la disposicion es lójicamente proporcionada; por que si la lei, para eximir de responsabilidad, exige la concurrencia copulativa de ciertas circunstancias, es lójico que la delincuencia i la pena sean menores a medida que concurren mayor número de ellas; i como por la existencia de una sola atenúa la pena, en conformidad a las reglas jenerales, debe bajarlas mas todavia cuando concurren dos o mas. Por otra parte, como los requisitos que falten o concurren pueden ser de mayor o menor entidad, lo que los tribunales únicamente pueden apreciar

en cada caso, la lei ha hecho bien en concederles una facultad discrecional para que bajen dos o tres grados de la pena asignada al delito, segun el número i entidad de los que falten o concurran.

#### ARTÍCULO 74.

Al culpable de dos o mas delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en órden sucesivo, principiando por las mas graves o sea las mas altas en la escala respectiva, escepto las de confinamiento, estrañamiento, relegacion i destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual num. 1.

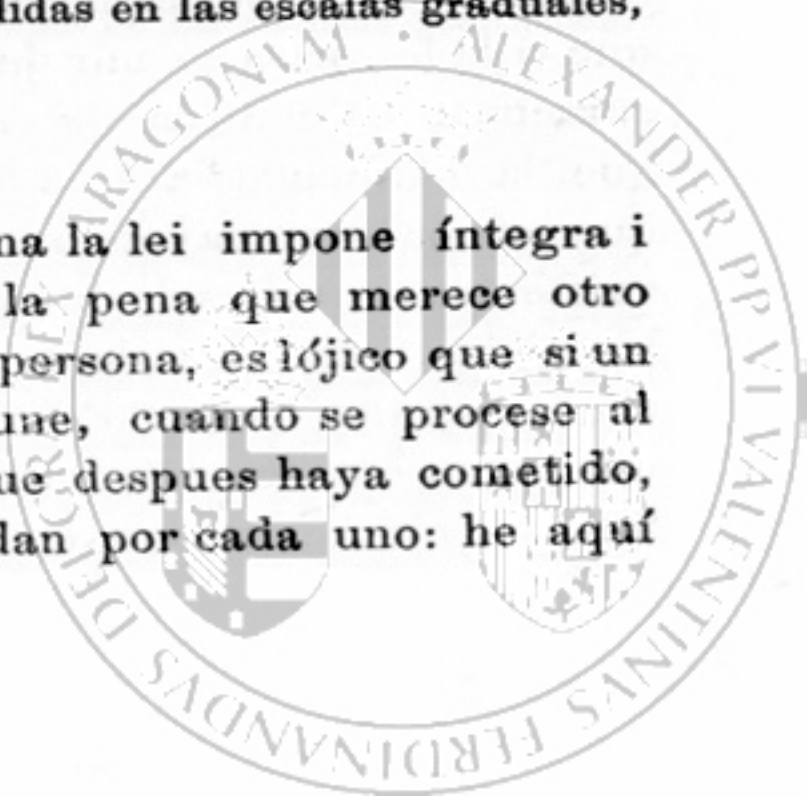
#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 76. Al culpable de dos o mas delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, sin perjuicio en el primer caso de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 2.º

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en órden sucesivo, principiando por las mas graves, o sean las mas altas en la escala jeneral, escepto las de estrañamiento, confinamiento i destierro, las cuales se ejecutarán despues de haber cumplido cualquiera otra pena de las comprendidas en las escalas graduales, números 1.º i 2.º

#### I.

483. Si cumplida una condena la lei impone íntegra i aun agravada en ciertos casos la pena que merece otro delito cometido por la misma persona, es lójico que si un primer delito ha quedado impune, cuando se procese al delincuente por él i por otro que despues haya cometido, sufra las penas que correspondan por cada uno: he aquí



el sistema que siguen nuestro código, el Español de 1850, el del Brasil (1) i de Nápoles (2).

484. Pero las penas anómalas que pueden resultar de este sistema acumulativo i otras elevadas consideraciones, han inducido a formar otro sistema que evita las consecuencias extremas de la lójica inflexible que es la base del primero. En la legislación francesa cuando concurren varios delitos que se castigan con penas de la misma naturaleza o cuando la de uno es menor que la de los otros, solo se impone la mayor (3): una regla semejante encontramos en el Código Penal de Austria (4) i en el de Instrucción Criminal de Bélgica (5). Los Penales de Prusia (6) i del Perú (7), aunque imponen tambien la pena mayor, la agravan por cada uno de los delitos; i el Español de 1870, que impone todas las penas, limita la duración total al triple del tiempo que dure la mas grave sin que pueda exeder de cuarenta años (8). Estos seis códigos están de acuerdo en la necesidad de limitar la excesiva duración de las penas del otro sistema, esa acumulacion que puede hacer subir la suma total hasta un grado superior á la vida humana como si las penas pudiesen recaer sobre animales antediluvianos. Examinemos los motivos, — ventajas é inconvenientes de los medios adoptados para evitar la acumulacion.

485. « A la lentitud de la justicia i a la impotencia de la « lei, dicen los defensores de los códigos que solamente « imponen la pena mayor, se debe imputar esa acumulacion de delitos; porque, si luego que un culpable cometiese su primer delito fuese aprehendido, probablemente no cometeria los otros i sus faltas por consiguiente, de ben ser

(1) Art. 61.

(2) Art. 53.

(3) Arts. 365 i 379 del Código de Instrucción Criminal.

(4) Art. 28.

(5) Art. 365.

(6) Art. 57.

(7) Art. 45.

(8) Arts. 88 i 89.



«atenuadas por la misma inaccion de la lei. Por otra parte, «la vindicta pública no exige mas que un castigo que sea «bastante para la espiacion; de suerte que los demas vienen «a ser inútiles para los fines de la justicia social.» Estas razones son dignas de considerarse como impugnaciones del sistema acumulativo i limitado; pero no justifican la prescindencia de los delitos secundarios i de sus penas que es un estímulo para delinquir: ¿qué motivo tendrá un ladron i asesino para no seguir cometiendo hurtos i robos sabiendo que, si es aprehendido, solamente debe sufrir la pena del primer crimen? Ninguno social indudablemente i, por lo tanto, el sistema frances, austriaco i belga es hasta in-moral en sus consecuencias prácticas.

486. No tiene este vicio radical el método usado por los Códigos de Prusia i del Perú; porque si cada delito agrava la pena que merece el mayor, ninguno queda impune. En teoria preferimos como el señor Pacheco este sistema (1); pero no lo encontramos aceptable para nuestro código por las reglas que rijen las agravaciones. Segun ellas, en efecto, muchos delincuentes serian penados con demasiada lenidad i otros con una severidad inmerecida así el autor de diez hurtos de cincuenta pesos cada uno no podria ser castigado sino con presidio menor en su grado medio, segun los arts. 67 i 446; i esta pena seria igual a la que asigna el número segundo de este último al que hurta en una sola vez de cincuenta i uno a quinientos pesos. Por el contrario, todos los delincuentes comprendidos en el art. 109, cuya culpabilidad es tan diversa, tendrian que sufrir la pena de muerte, segun la regla inflexible del art. 68 inciso 4.º, si ademas hubiesen cometido dos o mas hurtos. Dadas, por consiguiente, las reglas de las agravaciones no es aceptable en nuestro código el sistema de que hablamos, pues con él las penas serian in-

(1) Obra citada, art. 76 núm. 12 páf. 421.

deficientes en algunos casos i excesivamente severas en otros.

487. El sistema del Código Español de 1870, que solamente se diferencia del nuestro en que evita esa duracion excesiva de las penas acumuladas, no tiene ninguno de los inconvenientes de los otros. El castiga con bastante severidad los delitos secundarios, evitando así que se puedan cometer impunemente como en el sistema frances; e impide la desproporcion que resulta entre los delitos i las penas en el de Prusia i del Perú. En una palabra, dicho sistema es tan lójico como el de nuestro código; i, como limita las penas, salva las consecuencias exajeradas de la misma lójica i hace honor a las razones tan dignas de considerarse que alegan los defensores del sistema frances. Sin embargo, nos parece preferible que el límite máximo de la pena fuese el de treinta años, porque el de cuarenta casi equivale a la perpetuidad.

## II.

488. ¿Cuáles son las penas que, segun el inciso 2.º, deben simultanearse i cuáles las que deben imponerse sucesivamente?: hé aquí la única cuestion que puede surgir del indicado inciso i que no será difícil resolver atendiendo a la escala gradual del art. 59 i al contexto del mismo inciso. La pena de muerte, que debe sufrirse primero que cualquiera otra por ser la mas grave, no puede simultanearse con ninguna corporal, pero sí con el comiso i la multa (1). El presidio i la reclusion perpétuos i temporales i la prision pueden simultanearse con todas las penas de las escalas 4.ª i 5.ª, con la multa, comiso, accesorias del art. 21 i con la caucion, mas no con las penas de las escalas 2.ª i 3.ª que deben cumplirse despues de aquellas por sus propias naturalezas; i si es verdad que estas penas podrian ser consideradas como simultaneas en

(1) Art. 93 N.º 1.º

el sentido sutil que dá el señor Pacheco al adverbio *simultáneamente*, nuestro código ha mandado que se cumplan en órden sucesivo, porque de lo contrario resultaría ilusoria alguna de ellas. Finalmente las penas de las escalas 2.<sup>a</sup> i 3.<sup>a</sup> deben cumplirse despues de las comprendidas en la 1.<sup>a</sup>, i pueden sufrirse al mismo tiempo que la multa, el comiso i las inhabilitaciones i suspensiones.

489. No podemos ménos de congratularnos de la esquisita delicadeza que ha dictado la disposicion de que se cumplan primero las penas mas altas cuando concurren varias en un mismo delincuente; porque habria sido un espectáculo digno de un pueblo bárbaro que un reo, condenado a muerte por un delito i a ser azotado i a presidio por otro, hubiese tenido que sufrir primeramente los azotes, i en seguida esperar años en una penitenciaría la llegada del dia fatal. Nó: la lei, que por necesidad tiene a veces que ser severa, no puede complacerse en el martirio inútil de los que caen bajo la sancion penal: satisfecha la vindicta pública toda otra pena es cruel i bárbara.

#### ARTÍCULO 75.

La disposicion del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o mas delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

En estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito mas grave.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 77. La disposicion del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o mas delitos, o cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.

En estos casos solo se impondrá la pena correspondiente al delito mas grave, aplicándola en su grado máximo.

I.

490. En el comentario del artículo anterior hicimos notar que en varias legislaciones domina el sistema de castigar al culpable de dos o mas delitos solo con la pena mas grave i que este sistema tiene el peligro de estimular a que se cometan los delitos menores. Mas, cuando se comete un delito como medio necesario de perpetrar otro o cuando un solo hecho constituye dos o mas delitos no existe ese peligro; i, por lo tanto, el sistema mas perfecto es el de imponer solamente la pena mayor que basta para los fines de la justicia social. Pero no es esta razon la única que apoya al art. 75 que sanciona dicho sistema: es tambien el principio justo i conveniente de la proporcionalidad. Si penetramos, en efecto, en el interior del hombre en los momentos en que concibe el pensamiento de un primer delito grave, un homicidio por ejemplo, veremos las resistencias que la razon i la conciencia, sostenidas por el amor a la libertad i a la vida, ponen en cada uno de los actos de la jeneracion a las inclinaciones que estimulan a cometerlo, vacilaciones i temores que hacen temblar la mano del hombre en el momento de la ejecucion. Mas, si este homicida queda impune e intenta un segundo, notaremos que la jeneracion del último se opera con menos resistencia, que aquella mano torpe i temblorosa es ya mas diestra i firme, i que todos los obstáculos que Dios i la sociedad han opuesto al crimen, se han debilitado en la razon i conciencia del criminal: hé aquí causas poderosas que obligan al legislador a castigar con mas severidad al autor de dos o mas delitos distintos que a los del art. 75 que conciben o ejecutan conjuntamente los hechos a que se refiere.

491. Sin embargo, la escepcion del art. 75, sancionada indudablemente en favor de los delincuentes, puede producir en la práctica una pena mas severa que la que re-



sultaria de aplicar la regla jeneral del art. 74. Si aplicásemos, por ejemplo, el art. 74 al incendio o naufragio de un buque con el objeto de estafar a una casa aseguradora resultaria que por el incendio o naufragio, suponiendo muertes, podria ser castigado el autor con presidio mayor en su grado máximo, segun el art. 474, i por la estafa tendria que sufrir la de presidio o relegacion menores en sus grados mínimos i multa de ciento a mil pesos; mientras que por el art. 75 tendria que sufrir precisamente la pena de muerte. Este resultado, contrario al espíritu del art. 75 pudo evitarse sancionando, en lugar de la regla del segundo inciso que lo produce, la disposicion del art. 57 del Código Prusiano o del 45 del Peruano que mandan que se imponga la pena del delito mayor i que los otros delitos se consideren como circunstancias agravantes.

492. Felizmente el artículo es de mui poca aplicacion por la naturaleza de las cosas i porque el código ha asignado penas especiales en algunos de los casos en que pudiera aplicarse (1). Ejemplos de un solo hecho que constituya dos delitos son el adulterio i la violacion entre parientes comprendidos dentro de los grados del art. 364; i de un delito que se cometa como medio necesario para consumir otro son el incendio i naufragio de un buque para estafar a una casa de seguros. Por lo demas creemos que el artículo, cuando habla de «medios necesarios,» no se refiere a la necesidad accidental i pasajera, como la de quebrantar la condena para cometer un delito fuera de la prision, sino a la absoluta que proviene de la naturaleza de las cosas. I para ello nos fundamos en que el art. 75, al imponer una pena menor que el 74, ha considerado que es mé nos inmoral el delincuente que, para cometer un delito tie ne forzosamente que perpetrar otro que probablemente no habria cometido si no hubiese tenido necesidad

(1) Véase las falsificaciones.

absoluta, consideracion que no tiene aplicacion cuando se trata de la accidental i pasajera.

ARTÍCULO 76.

Siempre que el tribunal imponga una pena que lleve consigo otras por disposicion de la lei, segun lo prescrito en el § III de este título, condenará tambien al reo espresamente en estas últimas.

CODIGO ESPAÑOL.

Art. 78. Siempre que los tribunales impongan una pena que lleve consigo otras por disposicion de la lei, segun lo que se prescribe en la Seccion segunda del capítulo anterior, condenarán tambien espresamente al reo en estas últimas.

I.

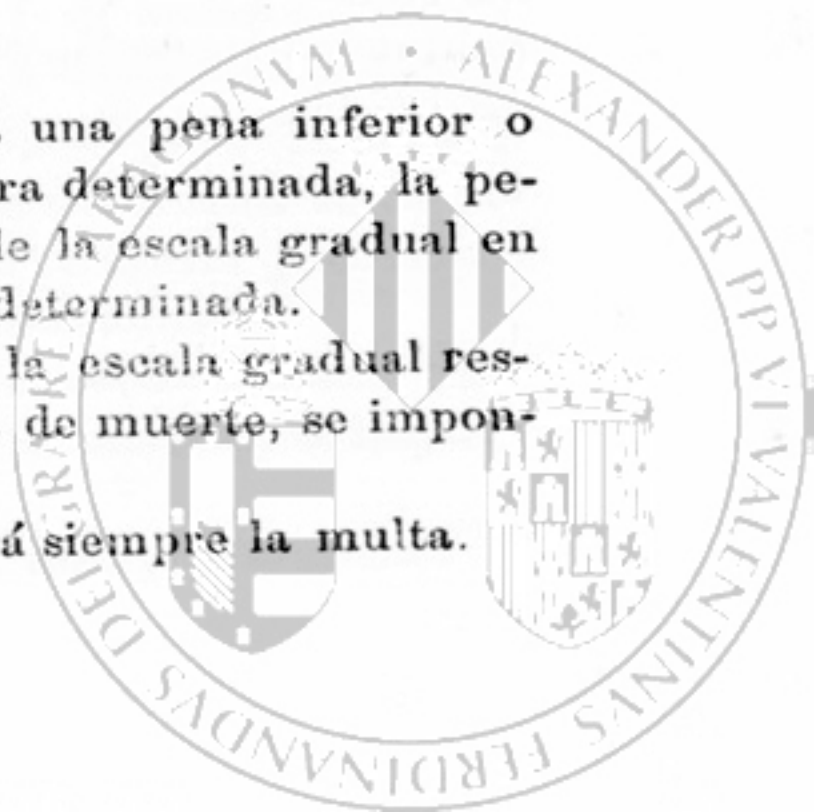
493. Los quebrantamientos de sentencias tienen penas asignadas por la lei; i aunque es una presuncion de derecho que todo habitante de la República debe saber la lei, la verdad es que la gran mayoria no conoce sus disposiciones entre las cuales hai mas de una de difícil intelijencia. Por esto es que la equidad manda que se dé a conocer a los condenados todas sus penas a fin de que no incurran por ignorancia en quebrantamientos, cosa que no puede servirles de excusa ni siquiera de atenuacion: lo dispuesto por este artículo es, por lo tanto, en favor de los delincuentes.

ARTÍCULO 77.

En los casos en que la lei señala una pena inferior o superior en uno o mas grados a otra determinada, la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

Si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva o la pena superior fuere la de muerte, se impondrá el presidio perpétuo.

Faltando pena inferior se aplicará siempre la multa.



Cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas o especiales perpétuas a grados superiores, se agravarán con la reclusion menor en su grado medio.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 79. En los casos en que la lei señala una pena inferior o superior en uno o mas grados a otra determinada, se observarán para su graduacion las reglas prescritas en el art. 66.

La pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

Art. 80. En los casos en que la lei señala una pena superior a otra determinada, sin designar especialmente la que se deba imponer, si no hubiere pena superior en la escala gradual respectiva, o la pena superior fuere la de muerte, se impondrá la de cadena perpétua.

Art. 81. Cuando sea necesario elevar la inhabilitacion absoluta perpétua a otro grado superior, se agravará la inhabilitacion con la prision menor.

Cuando haya de pasarse de aquella pena a otra inferior, se impondrá la de inhabilitacion absoluta temporal, i de ésta se bajará a la suspension.

### I.

494. Las escalas graduales del art. 59 sirven para determinar las penas de las cuatro clases de delincuentes que enumera el mismo artículo; i como la lei observa tambien una regla progresiva ascendente o descendente para las agravaciones i atenuaciones, es natural que las mismas escalas rijan en todos los casos en que deben imponerse penas superiores o inferiores en uno ó mas grados por circunstancias agravantes o atenuantes. Por otra parte, como los cómplices i demas participantes de un delito deben ser castigados jeneralmente con penas de la misma naturaleza que la asignada por la lei al autor; i como las agravaciones i atenuaciones no deben cambiar la naturaleza de la pena impuesta al delito comun, se sigue que siempre que la lei señala una pena inferior en uno o mas grados a otra determinada o que mande bajar o subir cierto número de grados, la pena superior e inferior se debe tomar de la escala gradual en que se halle comprendida la determinada, i que comprende penas de la misma naturaleza.

495. La pena de muerte está reservada para ciertos traidores a la patria i homicidas i pudiendo suceder que las agravaciones suban una pena hasta la muerte, resultand oque, sin la escepcion del segundo inciso del artículo, podria imponerse la pena de muerte por otros delitos, el indicado inciso manda que, en caso de ser la pena de muerte la que deba aplicarse segun la regla del inciso 1.º, se imponga solo el presidio perpetuo.

496. «Faltando pena inferior se aplicará la multa; i «cuando sea preciso elevar las inhabilitaciones absolutas «o especiales perpetuas a grados superiores, se agravarán «con la reclusion menor en su grado medio»: esto mandan los incisos 3.º i 4.º del artículo que comentamos. La primera regla está de acuerdo con la del número 5.º del art. 59, i ya hemos dicho que la multa es la única pena que por su naturaleza puede servir para complemento de todas las escalas; pero nos parece que la reclusion menor en su grado medio, que se destina para agravar las inhabilitaciones absolutas i temporales perpetuas, es demasiado severa, de poca estension i de distinta naturaleza; i que, por estas causas los tribunales harán bien en no aplicarla en ninguno de los dos casos en que pueden hacerlo. Las penas antedichas, en efecto, o se imponen solas o acompañadas con grados inferiores: en el primer caso, por ser indivisibles, los tribunales no pueden subirlas, cualquiera que sean las agravaciones que concurren, i en el segundo la lei no obliga sino que faculta al tribunal para subir un grado del máximo determinado, siempre que concurren dos o mas agravaciones. Ahora, en los dos delitos en que dichas inhabilitaciones forman el grado máximo de la pena asignada, hai en uno seis grados inferiores que poder recorrer i tres en el otro; i seria un mero capricho imponer precisamente la inhabilitacion especial perpetua del primero o la absoluta del segundo, i ademas la reclusion menor, por la concurrencia de dos agravacio-

nes (1). En consecuencia, valia mas que la lei hubiese guardado silencio sobre la agravacion de dichas penas; o que, conformándose al Código Español de 1870, hubiese determinado que debian quedar las mismas aun cuando, por el sistema de las agravaciones, resultase que podian subir un grado.

#### ARTÍCULO 78.

Siempre que sea necesario determinar la correspondencia entre las penas de este Código i las impuestas con anterioridad a su vijencia, se hará tomando en cuenta la naturaleza de éstas i el período de su duracion. Asi, por ejemplo, cuatro años de presidio o de penitenciaria equivalen a presidio menor en su grado máximo.

#### I.

497. La mayor parte de las penas del artículo 21 se aplicaban en la antigua legislacion española; pero si ellas corresponden en muchos delitos con las de nuestro código, en otros no hai ninguna correspondencia; i como un recuerdo histórico de las antiguas vamos a enumerar los casos en que se aplicaban las principales comparándolas con las actuales.

#### II.

##### Pena de muerte.

498. Las leyes 2.<sup>a</sup> tít. 21, Part. 7.<sup>a</sup> i 1.<sup>a</sup> tít. 30 lib. 12 de la Nov. Recop. imponian esta pena a los reos de bestialidad *quemándolos en llamas de fuego*; las 1.<sup>a</sup> i 2.<sup>a</sup> tít. 20 lib. 12 de la Nov. Recop. a los que provocaban a duelo i mataban a su adversario; la 18 del tít. 14 part. 7.<sup>a</sup> a los jueces i oficiales reales que defraudaban los tesoros públicos; la 5.<sup>a</sup> tít. 24 part. 2.<sup>a</sup>, a los capitanes de buques que los hacian naufragar; las 1.<sup>a</sup> i 4.<sup>a</sup> tít. 21 lib. 12 de la Nov.

(1) Arts. 231 i 232.

Recop. a los homicidas; la 1.<sup>a</sup> tít. 2.<sup>o</sup> lib. 8.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo a los incendiarios; la 7.<sup>a</sup> tít. 2.<sup>o</sup> lib. 6.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo i 3.<sup>a</sup> tít. 23 lib. 4.<sup>o</sup> del Fuero Real a los infanticidas; la 4.<sup>a</sup> tít. 8.<sup>o</sup> lib. 12 de la Nov. Recop. a los monederos falsos; la 12 tít. 8.<sup>o</sup> part. 7.<sup>a</sup> a los parricidas; la 22 tít. 14 part. 7.<sup>a</sup> a los que cometian el delito de plajio; la 3.<sup>a</sup> tit. 20 part. 7.<sup>a</sup> a los raptos i violadores de relijiosas i de mujeres vírjenes, casadas o viudas de buena fama; la 2.<sup>a</sup> tít. 21 part. 7.<sup>a</sup> i 1.<sup>a</sup> tít. 30 lib. 12 de la Nov. Recop. a los sodomíticos; la 14 tít. 29 part. 7.<sup>a</sup> a los que cooperaban con violencia a la evasion de reos condenados a muerte; la 5. tít. 10.<sup>o</sup> lib. 12 de la Nov. Recop. a los que resistian a la justicia, matando o aprisionando a uno de sus agentes; i los arts. 73, 141, 142, 143, 144 i 145, tít. 84 de la Ordenanza Jeneral del Ejército a los que cometian los crímenes de infidencia, sedicion, motin i tumulto, delitos que, por el art. 12 del mismo título, debian juzgarse con arreglo a ella, aunque fuesen cometidos por hombres del estado civil.

499. El código ha sido mas benigno i ha reservado la pena de muerte para los crímenes principales en contra de la seguridad exterior del Estado, para los que destruyen o descomponen una vía ferrea o colocan obstáculos que puedan producir el descarrilamiento i con tal que se ocasionen la muerte de alguna persona; para los homicidios i robos acompañados de muerte o de otras circunstancias gravísimas; para los jefes de cuadrillas armadas con el objeto de robar; para los piratas e incendiarios que causan muertes; i, en fin, para los que ocasionan estragos por medio de sumersiones o varamientos de naves, inundaciones, destrucciones de puentes, esplosiones de minas i máquinas a vapor o por otros agentes tan poderosos como estos. Mas, como pena única, la muerte solo se aplica al traidor a la patria que induce a una potencia estrangera a declarar la guerra a Chile siempre que se sigan hostilidades; a los que

destruyen o descomponen una vía férrea o colocan obstáculos que producen el descarrilamiento i la muerte de alguna persona; i, por fin, a los parricidas (1).

### III.

Presidio i reclusion perpétuos.

500. Estas penas no tienen correspondencia en la antigua legislación, por que la lei 7.<sup>a</sup> título 40 libro 12 de la Nov. Recop. habia abolido la perpetuidad de las penas. El código las usa con tal prudencia que solo en el art. 208 aplica el presidio perpetuo sin compañía de otros grados i en lugar de la muerte que, por la lei del talion, corresponderia con justicia en el caso especial de que trata. En los otros delitos vá esta pena acompañada de grados inferiores i en algunos casos con la superior de muerte.

### IV.

Presidio i reclusion mayores.

501. Tampoco el grado máximo de estas penas tiene correspondencia con las leyes españolas, porque las penas temporales no podian esceder de diez años, segun las leyes 7.<sup>a</sup> i 8.<sup>a</sup> tít. 40 libro 12 de la Nov. Recop.; pero la correspondencia existia con la lei patria del 7 de Agosto de 1849. Los otros dos grados corresponden con las penas de los delitos siguientes: *adulterio*, lei 1.<sup>a</sup> tít. 28 libro 12 de la Nov. Recop.; *bigamia*, 9.<sup>a</sup> tít. 28 libro 12 de la Nov. Recop.; *desfraudaciones* al fisco, lei del 7 de Agosto de 1849, art. 68 de la Ordenanza Jeneral de Estanco i Real Orden del 14 de mayo de 1807; *desacato*, 20 i 21 tít. 9.<sup>o</sup>, partidas 7.<sup>a</sup>, i 3.<sup>a</sup> i 5.<sup>a</sup> tít. 10.<sup>o</sup> libro 12 de la Nov. Recop.; *hurtos i robos*, lei del 7 de Agosto de 1849; *incestos*, 2.<sup>o</sup>, tít. 18, part. 7.<sup>a</sup>; *lenocinio*, 2.<sup>a</sup>, tít. 18 lib. 12 de la Nov.

(1) Arts. 106, 107, 108, 109, 326, 390, 391, 432, 434, 494 i 480.

Recop; *perjurio*, 5.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup> libro 12 de la Nov. Recop.; *plajio*, 22, tít. 14, part. 7.<sup>a</sup>; *quebrantamientos de condenas*, 10.<sup>a</sup>, tít. 31, part. 7.<sup>a</sup>; i *cooperacion violenta para evasion de presos condenados a algunas de estas penas*.

502. El código, en jeneral, ha disminuido las penas de estos delitos, ménos las correspondientes a la malversacion de caudales públicos i de hurtos i robos que son mayores en algunos casos i a la del perjurio cuando por él se impone al acusado una pena mas grave que la de presidio mayor en su grado mínimo que no sea la de muerte; pues en tal caso la lei 4.<sup>a</sup>, tít. 6.<sup>o</sup>, libro 12 de la Nov. Recop. mandaba aplicar al perjuro irremisiblemente esta última, miéntras que el código la reemplaza por presidio perpétuo.

## V.

### Presidio i reclusión menores i prision.

503. Estas penas se imponian a la jeneralidad de los delitos del párrafo anterior mediando ciertas circunstancias, o cuando la pena era hasta cierto punto arbitraria. De los delitos que no hemos enumerado i que se castigaban con alguna de estas penas podemos mencionar: 1.<sup>o</sup>, el *amancebamiento público*, leyes 21, tít. 9.<sup>o</sup>, part. 7.<sup>a</sup>, i 3.<sup>a</sup> i 8.<sup>a</sup>, tít. 26, lib. 12 de la Nov. Recop.; 2.<sup>o</sup>, la *provocacion a duelo*, leyes 20 i 21, tít. 9.<sup>o</sup>, part. 7.<sup>a</sup>; 3.<sup>o</sup>, *las injurias*, leyes 20 i 21, tít. 9.<sup>o</sup>, part. 7.<sup>a</sup>; 4.<sup>o</sup>, *los juegos prohibidos*, lei 1.<sup>a</sup>, tít. 23, libro 12 de la Nov. Recop. i supremo decreto del 22 de Enero de 1847; 5.<sup>o</sup>, el delito de *cargar armas prohibidas i de sacarlas con intencion de herir*, Senado Consulto del 20 de Marzo de 1824; 6.<sup>o</sup>, *mengua de guarda*, lei 18, tít. 38, libro 12 de la Nov. Recop.; 7.<sup>o</sup>, *quiebras fraudulentas*, lei 12, tít. 16, part. 7.<sup>a</sup>; 8.<sup>o</sup>, *raptos, estupro i seducciones sin fuerza*, leyes 5.<sup>a</sup> i 21, tít. 9.<sup>o</sup>, part. 7.<sup>a</sup>; 9.<sup>o</sup>, *vagancia*, leyes 4.<sup>a</sup> i 14, tít. 31, libro 12 de la Nov. Recop.



i lei del 17 de Octubre de 1844; 10.º, en fin, ciertas *vejaciones* cometidas por autoridades, lei 21, tít. 9.º, partida 7.ª

504. Las penas del código jeneralmente no coinciden con las enumeradas: así el amancebamiento no se castiga sino cuando es de hombre casado que mantiene a la manceba en la casa conyugal; la provocacion a duelo, que se castigaba arbitrariamente o como una injuria por estar abolida la confiscacion que ántes se aplicaba, se pena con reclusion menor en su grado mínimo; las injurias, que se penaban tambien arbitrariamente, no pueden castigarse con mas de reclusion menor en sus grados mínimos a medios i multa; los juegos de envite, suerte o azar solo se prohiben en casas destinadas a este objeto; el delito de hacer evadirse intencionalmente a un preso tiene la misma pena que en la antigua lei, salvo los casos en que por aquella correspondia la de muerte; la pena del delito de mengua de guarda puede ser mas grave en nuestro código; los quebrados fraudulentos o culpables, que tenian pena arbitraria, no pueden ser castigados con una mayor de presidio o estrañamiento menores en sus grados máximos; los raptos i estupro, con el consentimiento de la robada, no son delitos sino cuando las mujeres son menores de veinte años; la vagancia i la mendicidad, que por la lei 4.ª, tít. 31, lib. 12 de la Nov. Recop., podian ser castigadas con azotes i diez años de galeras, no se penan sino con reclusion menor en su grado mínimo, pena que se puede evitar ademas dándose fianza; i las vejaciones cometidas por funcionarios públicos, en fin, solo se castigan con suspension i multa.

## VI.

Relegacion, confinamiento, estrañamiento i destierro.

505. Estas penas tambien se usaron en la antigua legislacion, aunque no estaban definidas en el mismo sentido que lo hace el código; i jeneralmente el término de su duracion era arbitrario. Los delitos en que se aplicaron

dichas penas fueron los siguientes: *adulterio*, cuando el marido lo solicitaba, lei 1.ª tít. 18 lib. 12 de la Nov. Recop. i sentencias 1670 año de 1863 i 1727 año 1866; el *daño causado por curanderos* que recibian paga, lei 6.ª tít. 8.ª part. 7.ª; *engaños*, lei 12 tít. 16 part. 7.ª i sentencias 1131 año de 1862 i 2063 del mismo año; *falsificaciones* que no fuesen de carta-privilejio, bula, moneda o sello, lei 6.ª tít. 7.º part. 7.ª i sentencias 976 i 1766 año de 1865; *fuerza*, lei 8.ª tít. 10.ª part. 7.ª i sentencias 1657 año 1868 i 2433 del siguiente; *circular falsa moneda*, lei 4.ª tít. 17 lib. 9.º de la Nov. Recop. i sentencias 1378 año 1863 i 240 del siguiente; *desacato i resistencia* a la justicia, lei 4.ª tít. 10.º lib. 12 de la Nov. Recop., i sentencias 2513 año de 1862 i 2029 año de 1864; *injurias*, lei 21 tít. 9. part. 7.ª, i sentencias 2236 año de 1867 i 518 del siguiente; *homicidios meramente culpables*, lei 5. tít. 8.º part. 7.ª i sentencias 2671 año de 1864, i 2116 del siguiente; *incestos*, lei 2.ª tít. 18 part. 7.ª i sentencia 134 año de 1864; i, finalmente, *estupros, raptos i seducciones* sin fuerza, leyes 2.ª tít. 19 i 20 i 21 tít. 9.º part. 7.ª i sentencias 272 año 1862, 274 del mismo i 880 del año de 1867.

506. De los delitos antedichos, el código solo castiga con relegacion el engaño, ciertas falsificaciones i los homicidios meramente culpables, empleando para los demas otras clases de penas mas propias. La misma pena la usa tambien en contra de uno de los delitos que atacan la seguridad interior del Estado, de los funcionarios eclesiásticos i civiles que autorizan matrimonios prohibidos por la lei o sin las solemnidades legales i de los reos de ciertas lesiones (1); el confinamiento lo aplica a los delitos en contra de la seguridad interior del Estado (2); i el estrañamiento a los que ejecutan en la república cualesquiera órdenes o disposiciones de un gobierno extranjero que ofendan

(1) Art. 133, 388, 399, 400, 401, 402 i 403.

(2) Arts. 121 a 130 inclusive.

la independencia o seguridad del Estado, a los mismos delitos en que se impone el confinamiento i a los quebrados fraudulentos o culpables (1); i el destierro, en fin, a la manceba de un hombre casado que habite en la casa conyugal (2).

## VII.

### Inhabilitaciones i suspensiones.

507. Jeneralmente en la jurisprudencia de los tribunales encontramos destituciones, inhabilidades i suspensiones por delitos de distintas clases cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos conforme á los aranceles judiciales, a la lei del 7 de agosto de 1849, a la Ordenanza Jeneral de Estanco i a las leyes 6.<sup>a</sup> tít. 9.<sup>o</sup>, 12 tít. 16, 21 tít. 9.<sup>o</sup> i 8.<sup>a</sup> tít. 10 part. 7.<sup>a</sup> Tambien se imponian estas penas a los delitos siguientes: *duelo*, lei 2.<sup>a</sup> tít. 20 lib. 12 de la Nov. Recop. i sentencia 256 año 1869; *abuso de abogados* en el ejercicio de su profesion, lei 7.<sup>a</sup> tít. 6.<sup>o</sup> part. 3.<sup>a</sup>, senado-consulta de 1819 i sentencia 392 año de 1868; *heridas*, senado-consulta de 1824 i sentencia 500 año 1867; *malversacion* de caudales públicos, real órden del 14 de marzo de 1807 i sentencia 2103 año de 1867; *mengua* de guarda, lei 12 tít. 29 part. 7.<sup>a</sup> i sentencia 1621 año de 1865; i, finalmente, quiebra que inhabilitaba para ser comerciante, sentencia 1445 año 1870.

508. Las inhabilitaciones i suspensiones se imponen en el código como accesorias de otras; i como principales, en jeneral, a todos los empleados públicos que cometen crímenes o simples delitos en el desempeño de sus funciones (3) i, en particular, a los que aceptan cargos o empleos de los sublevados en caso de guerra civil (4), a los

(1) Arts. 118, 119, 121 a 130 inclusive, i 463, 464 i 465.

(2) Art. 381.

(3) Arts. 119, 134, 135, 199, tít. 5.<sup>o</sup> lib. 2.<sup>o</sup>, i art. 299.

(4) Art. 136.

perjuros (1), a los particulares que encargados de la guarda de presos o detenidos los dejan evadirse en connivencia con ellos o por negligencia; a los que estraen de las cárceles o de los establecimientos penales a las personas presas o detenidas, o les proporcionan la evasion, o usan de violencia o sorpresa en contra de los guardianes con el mismo fin (2); i á los ascendientes, guardadores, maestros i demas personas que, con abuso de autoridad o encargo, cooperan como cómplices a los delitos en contra del pudor (3).

§ 5.º

**De la ejecucion de las penas i de su cumplimiento.**

**ARTÍCULO 79.**

No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada.

**ARTÍCULO 80.**

Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la lei, ni con otras circunstancias o accidentes que los espresados en su testo.

Se observará tambien ademas de lo que dispone la lei, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo i demas circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir i del réjimen alimenticio.

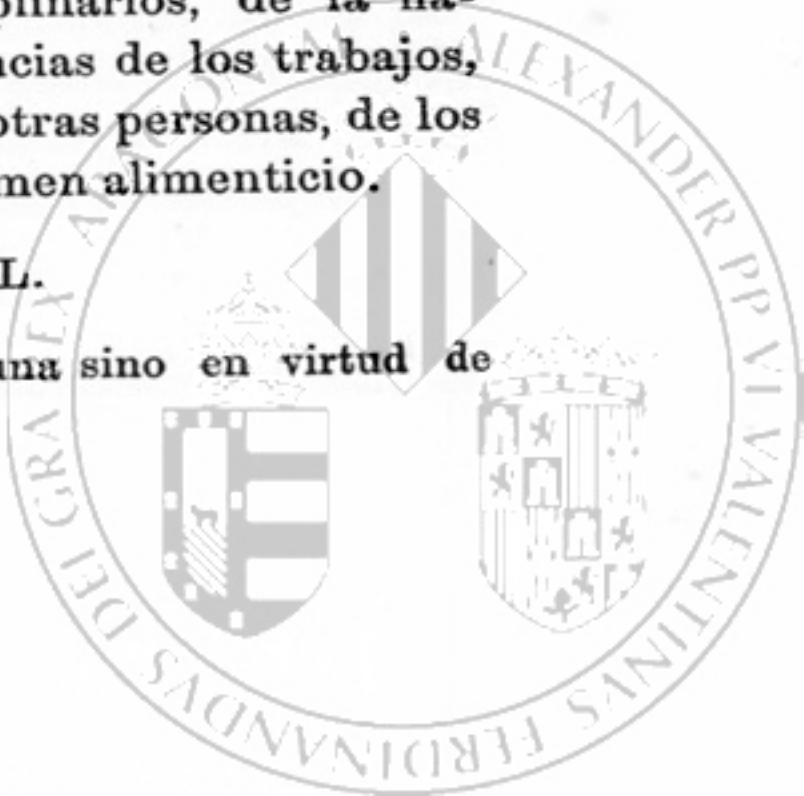
**CODIGO ESPAÑOL.**

Art. 86. No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada.

(1) Art. 207.

(2) Art. 301.

(3) Art. 371.



Art. 87. Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la lei, ni con otras circunstancias o accidentes que los espresados en su texto.

I.

509. El art. 18 garantiza el derecho de que ningun habitante de la república pueda ser condenado por hechos que de antemano las leyes no hayan clasificado entre los delitos. En complemento de esta garantia i de acuerdo con el art. 108 de la Constitucion, que confiere la facultad de juzgar las causas civiles i criminales solamente al poder judicial, el 79 del código manda que no pueda ejecutarse pena alguna sino en virtud de una sentencia ejecutoriada. Mas, como estas garantias no son bastantes, pues de la forma de ejecucion de las penas o de las circunstancias o accidentes que la acompañen depende que sean mas o menos dolorosas, ha sido menester que la lei determine la forma de ejecucion i prohiba que concurren circunstancias o accidentes que no hayan sido determinados por ella: esto es lo que manda el código que, conformándose con la idea moderna, no puede aceptar ni los sufrimientos inhumanos ni los aparatos afrentosos.

510. Por otra parte, las penas que son del dominio de la lei, no deben jamas depender de la autoridad administrativa; i en consecuencia, corresponde a la primera determinar los castigos disciplinarios que sean necesarios para mantener el órden de las prisiones, i a la indicada autoridad solamente reglamentar en las prisiones todo aquello que no sea penalidad, como la naturaleza, tiempo i demas circunstancias de los trabajos, las relaciones de los penados con otras personas, los socorros que pueden recibir i el régimen alimenticio.

511. El código, en el inciso 3.º del art. 80, ha desempeñado acertadamente su mision, determinando cuales son las penas que pueden imponerse en los reglamentos i fijando el máximo de su duracion; i el de la Penitencia de

Santiago, dictado en 1876, completa la obra de la lei; pues él confiere al Superintendente la facultad de determinar las industrias que deben explotarse, la de distribuir el trabajo en los talleres comunes o en las calles o celdas de cada reo i de fijar la forma de la comida i demas menesteres domésticos; ordena que del producto del trabajo debe destinarse un ochenta por ciento para cubrir los gastos jenerales de la casa, i el resto para hacer efectivas las responsabilidades pecuniarias provinientes de delitos, para fondos de auxilios i gratificaciones a los reos proporcionalmente a la conducta, intelijencia i laboriosidad de cada uno; permite a los reos tener visitas, escribir i recibir cartas una vez al mes bajo una vijilancia especial, aceptar socorros o regalos que no sean prohibidos i, con permiso especial del Superintendente, tener luz en sus celdas: tal es el modo como están reglamentadas en Santiago las materias a que se refiere el inciso 2.º del artículo 80.

#### ARTÍCULO 81.

Si despues de cometido el delito cayere el delincuente en estado de locura o demencia, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la locura o demencia sobrevenga, antes de pronunciarse la sentencia de término, se suspenderán los efectos de ésta sin aplicarse al reo pena alguna corporal hasta que recobre la razon, observándose lo que para tales casos se determine en el Código de procedimientos.

2.ª Cuando tenga lugar despues de pronunciarse dicha sentencia, si ella le impone pena de crimen, el tribunal dispondrá su traslacion a uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, i si la pena fuere menor podrá acordar, segun las circunstancias, o bien que sea entregado a su familia bajo fianza de custodia i de tenerle a disposicion del mismo tribunal o que se le recluya en un hospital de insanos.

En cualquier tiempo que el loco o demente recobre el juicio se hará efectiva la sentencia; pero si ella le impusiere privacion o restriccion temporal de libertad, se imputará a su duracion el tiempo de la locura o demencia.

### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 88. Los delincuentes que, despues del delito, cayeren en estado de locura o demencia, no sufrirán ninguna pena, ni se les notificará la sentencia que se les imponga hasta que recobren la razon, observándose lo que para este caso se determine en el Código de Procedimientos.

El que perdiese la razon despues de la sentencia en que se le imponga pena afflictiva, será constituido en observacion dentro de la misma cárcel, i cuando definitivamente sea declarado demente, se le trasladará a un hospital, en donde se le colocará en una habitacion solitaria.

Si en la sentencia se le impusiere una pena menor, el tribunal podrá acordar que el loco o demente sea entregado a su familia, bajo fianza de custodia, i de tenerlo a disposicion del mismo tribunal; o que se le recluya en un hospital, segun estimare.

En cualquier tiempo que el demente recobre el juicio se ejecutará la sentencia. Esta disposicion se observará tambien cuando la locura o demencia sobrevenga, hallandose el sentenciado cumpliendo la condena.

#### I.

512. A pesar de que este artículo fué largamente discutido por la comision, nos parece que su número 1.º no pudo ser mas infeliz; porque si un loco o demente no puede alegar las circunstancias que le eximen de responsabilidad o que le atenúen la pena, si no puede, defenderse, no se concibe con qué derecho la lei pueda condenarlo. Es cierto que deben hacerse efectivas solamente las penas pecuniarias, por ejemplo, las costas procesales i las personales de los abogados i procuradores, i la multa que servirá para los jardines i paseos de la ciudad (1); pero ¿acaso estos pagos no son castigos? El Código de Procedimientos, que sin duda mandará abrir de nuevo el juicio si el enfermo recobra la razon i devolverle las penas pecu-

(1) Véase el acta de la sesion del 12 de Mayo de 1873.

niarias cuando salga absuelto, haria bien en derogar la disposicion.

513. El inciso 2.º del número 2.º contiene un mandato humanitario: que se compute al loco o demente, condenado ántes de sobrevenirle la enfermedad a cualquiera pena que prive o restrinja la libertad, todo el tiempo de la locura o demencia. Pero era de esperarse que en obsequio tambien de la humanidad se hubiese mandado que la pena de muerte, por ejemplo, se reemplazase por la de presidio perpetuo cuando tuviera que aplicarse por haber recobrado su razon el loco o demente: ¿no seria, en efecto, un espectáculo que sublevaria la conciencia pública el de presenciar la ejecucion de la pena de muerte de un hombre que hubiese estado años en un hospital de insanos entre la comision del delito i la aplicacion de la pena i que esta se llevase a cabo cuando ya no puede ser necesaria para los fines de la justicia? Es verdad que el indulto vendrá jeneralmente, pero es mejor no escribir en la lei penas que no deben cumplirse. Por lo demas, cuando el artículo habla de penas que privan o restringen la libertad, se refiere no solamente a las prisiones sino á la relegacion, confinamiento, estrañamiento, destierro i, en jeneral, a todas las que ponen un límite a la libertad comun (1).

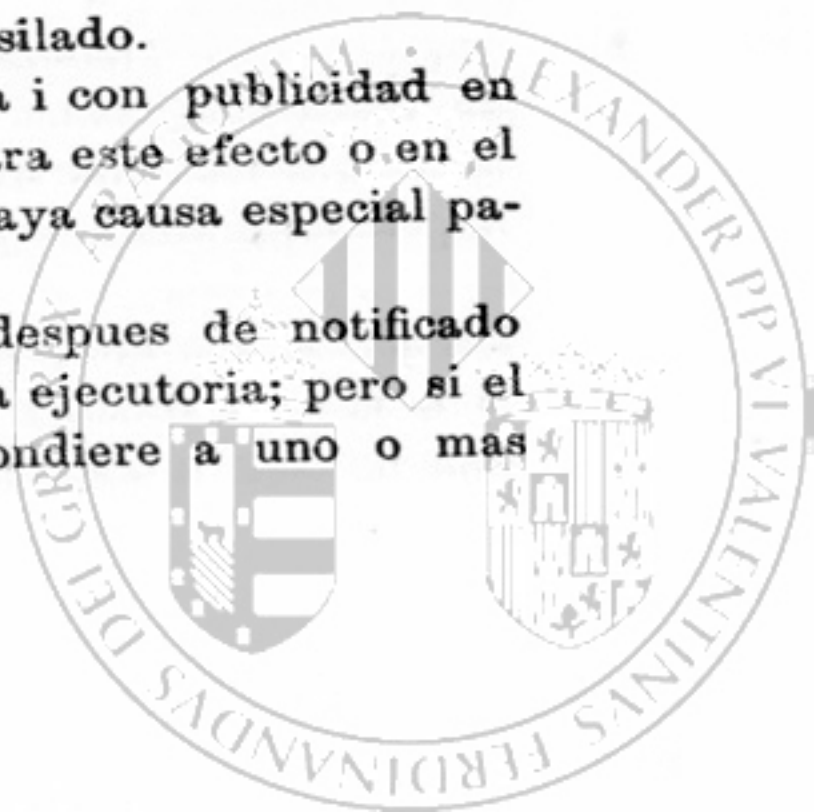
#### ARTÍCULO 82.

Todo condenado a muerte será fusilado.

La ejecucion se verificará de dia i con publicidad en el lugar jeneralmente designado para este efecto o en el que el tribunal determine cuando haya causa especial para ello.

Esta pena se ejecutará tres dias despues de notificado al reo el cúmplase de la sentencia ejecutoria; pero si el vencimiento de este plazo correspondiere a uno o mas

(1) Acta de la sesion del 27 de Junio de 1870,





días de fiesta religiosa o nacional, se postergará para el siguiente.

ARTÍCULO 83.

El reo acompañado del sacerdote o ministro del culto cuyo auxilio hubiere pedido o aceptado, será conducido al lugar del suplicio en un carruaje celular. Llegado allí será sacado del carruaje e inmediatamente ejecutado.

CODIGO BELGA.

Art. 8.º Todo condenado a muerte será decapitado.

Art. 9.º La ejecución tendrá lugar públicamente en el punto que indique la sentencia condenatoria.

El reo, acompañado del ministro del culto cuyo auxilio hubiere pedido o aceptado, será conducido al lugar del suplicio en un carruaje celular.

Será sacado de éste al pié del cadalzo, e inmediatamente ejecutado.

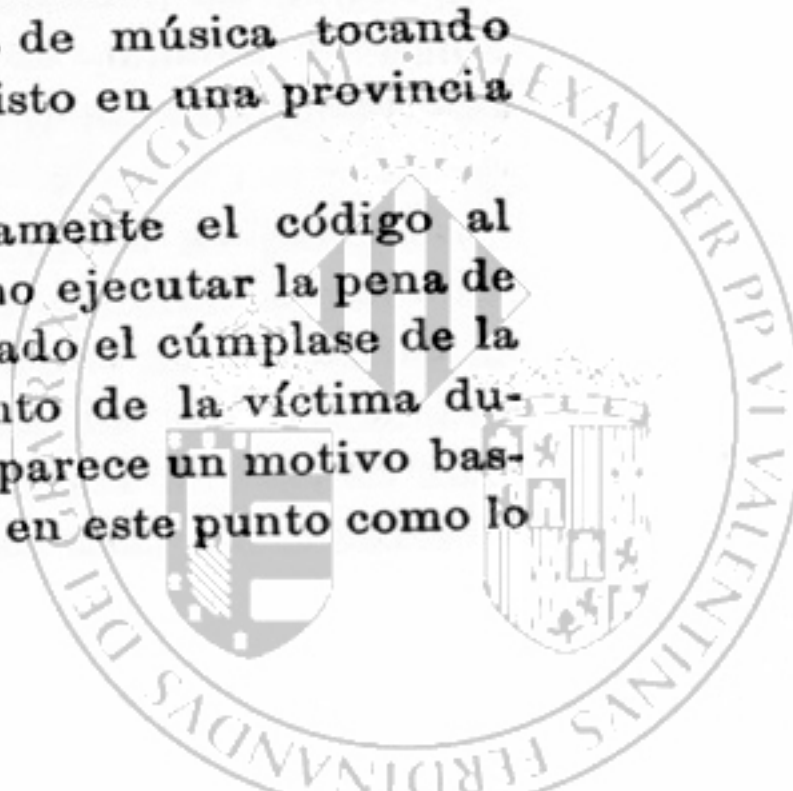
I.

514. Los suplicios mas atroces fueron inventados antiguamente para la ejecución de la pena de muerte: en Egipto, despues de herir con cañas puntiagudas todo el cuerpo del parricida, era arrojado a un monton de espinas al que despues prendian fuego; en Roma se encerraba al parricida en un saco con un perro, una víbora i un mono i se le dejaba abandonado e insepulto; en Francia, hasta la constituyente, se usó la pena de descuartizar a los reos de lesa majestad, la del fuego para los parricidas, sacrílegos e incendiarios i de la rueda para los homicidas i asesinos, i hasta la lei de 1832 se empleó la mutilacion del puño para los homicidas de cierta especie; el Fuero Juzgo mandaba que los parricidas sufriesen la misma clase de muerte que hubieran dado a la víctima; i hasta nuestros dias han estado rijiendo en Chile la lei 1.ª tit. 38 lib. 12 de la Nov. Recop. que imponia la pena del fuego a los reos de bestialidad, i la 12 tit. 8.º part. 7.ª que mandaba arrojar a los parricidos al mar o al rio dentro de un sa-

co de cuero con un perro, un gallo, una culebra i un simio. Mas, todas estas penas, que buscaban el ejemplo en la crueldad i en el sufrimiento, han sido definitivamente condenadas por la idea moderna que, humanitaria como la civilizaci6n, emplea los medios de ejecuci6n m6nos dolorosos i con mejores resultados jeneralmente que la antigua penalidad; i en Chile habian caido en desuso 6ntes del c6digo las dos leyes espa6olas citadas: la pena de la bestialidad era conmutada jeneralmente en tres a6os de presidio i a peticion del mismo tribunal que la imponia; i las penas de la lei de partida se ejecutaban en la forma ordinaria con ciertas im6jenes mas rid6culas que ejemplares.

515. Es jeneral que la pena de muerte se ejecute de dia i con publicidad como lo ordena nuestro c6digo; porque, si uno de los objetos principales de la pena es la intimidaci6n i si el espect6culo de la pena de muerte puede inspirar al pueblo el convencimiento de que no es una simple amenaza sino una terrible realidad, conviene a su eficacia que sea p6blica. Mas, este fin no podr6 conseguirse prodigando la pena, ni con aparatos rid6culos que priven al acto de la seriedad necesaria; porque la costumbre de presenciar esos espect6culos repugnantes en que miles de hombres i mujeres del pueblo se atropellan para ver las agonias de un desgraciado, produce una reacci6n contraria a la ejemplaridad. ¿Qu6 recojimiento e intimidaci6n podr6 inspirar, por ejemplo, la conducci6n de un reo al pat6bulo acompa6ado de una banda de m6sica tocando danzas tras del carro, como hemos visto en una provincia importante de la naci6n vecina?

516. Ha obrado tambien cuerdamente el c6digo al conservar la antigua costumbre de no ejecutar la pena de muerte hasta los tres dias de notificado el c6mplase de la sentencia ejecutoriada. El sufrimiento de la v6ctima durante esos tres dias fatales no nos parece un motivo bastante para que se hubiera innovado en este punto como lo



hizo el liberal Código Español de 1870; porque siempre se abriga la esperanza de un indulto que la piedad obtiene muchas veces a última hora, i porque es necesario ese plazo a fin de que el condenado se prepare para ese otro juicio mas justo i mas terrible que hai mas allá de la tumba: « Tú eres polvo i en polvo te convertirás, eso no fué « dicho del alma. »

#### ARTÍCULO 84.

El cadáver del ajusticiado será entregado a su familia, si ésta lo pidiere, quedando obligada a hacerlo enterrar sin aparato alguno.

#### CODIGO BELGA.

Art. 10. El cadáver del ajusticiado será entregado a su familia, si ésta lo pidiere, quedando ella obligada a hacerlo enterrar sin aparato alguno.

No podrá ejecutarse ninguna condena en los dias de fiesta nacional o relijiosa, ni en los domingos.

#### I.

517. La discusion que hubo en el Consejo de Estado de Francia sobre el primitivo art. 14 del Código Penal nos dá a conocer el alcance del que comentamos, tomado del Código Belga que a su vez lo copió del art. 14 del frances en su forma definitiva. « Los cadáveres de los « ajusticiados, decia la primera redaccion de este último « artículo, serán entregados a sus familias, si ellas lo recla- « man. La pena capital, dijeron los impugnadores de es- « ta disposicion, arrebató a un hombre de la sociedad i « rompe todos los vínculos de las familias. Este motivo, i « la necesidad de evitar que se celebren escandalosos fu- « nerales al lado del suplicio con intencion de acusar a la « justicia i de rehabilitar la memoria de la víctima, indu- « cen a que los cadáveres de los ajusticiados se deban en- « terrar por cuenta del Estado. » A causa de esta última observacion i para salvar los inconvenientes, Cambaceres

propuso que se agregasen estas palabras: « con obligacion « de hacerlos enterrar sin ninguna especie de solemnidad. » Mas, como la comision redactora hubiese escrito « sin ceremonias » en lugar de la agregacion de Cambaceres, éste manifestó que podia creerse que se prohibian aun las preces relijiosas sobre el cadáver, i para evitar esta tiránica impiedad. se dijo definitivamente: « sin aparato alguno. » Por lo tanto, en Francia como en Bélgica i en Chile, lo que la lei únicamente prohíbe es la pompa de los funerales, el escándalo del aparato; mas no que el cadáver sea velado en un templo ni que se celebren las preces de cuerpo presente por uno o mas sacerdotes sin publicidad.

#### ARTICULO 85.

No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle en cinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta dias despues del alumbramiento.

#### CODIGO BELGA.

Art. 11. Si constare hallarse en cinta una mujer condenada a muerte, no se ejecutará la sentencia hasta despues del parto.

#### I.

518. *Non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est.* Esta máxima humanitaria es respetada por todos los códigos modernos que conocemos i que le dan una estension mas o ménos favorable a la mujer en cinta condenada por algun delito: así en Francia, ántes del Código Penal, no se permitia ni siquiera enjuiciar a la mujer hasta su alumbramiento.

519. Nosotros habriamos prohibido la notificacion de toda sentencia ejecutoriada que impusiera a la mujer en cinta una pena grave, considerando que en las cárceles i en la casa de correccion de mujeres, los sufrimientos no

son tan diferentes que, por trasladar a la delincuente a dicha casa de correccion, único efecto de notificarle la condena, se corra el peligro de hacer morir a un inocente.

ARTÍCULO 86.

Los condenados a presidio perpétuo, reclusion perpétua, presidio mayor i reclusion mayor, cumplirán sus condenas en las cárceles penitenciarias. De esta regla se exceptúa a las mujeres, quienes, miéntras no se construyan en dichas cárceles departamentos especiales para ellas, las cumplirán en las casas de correccion, lo mismo que las de presidio menor, reclusion menor i prision.

ARTÍCULO 87.

Los condenados a presidio menor i reclusion menor cumplirán sus condenas en los presidios; los condenados a prision las cumplirán en las cárceles. En unos i otros establecimientos deberá mantenerse con la correspondiente separacion a los reos menores de diez i seis años, mientras no se construyan otros especiales para ellos.

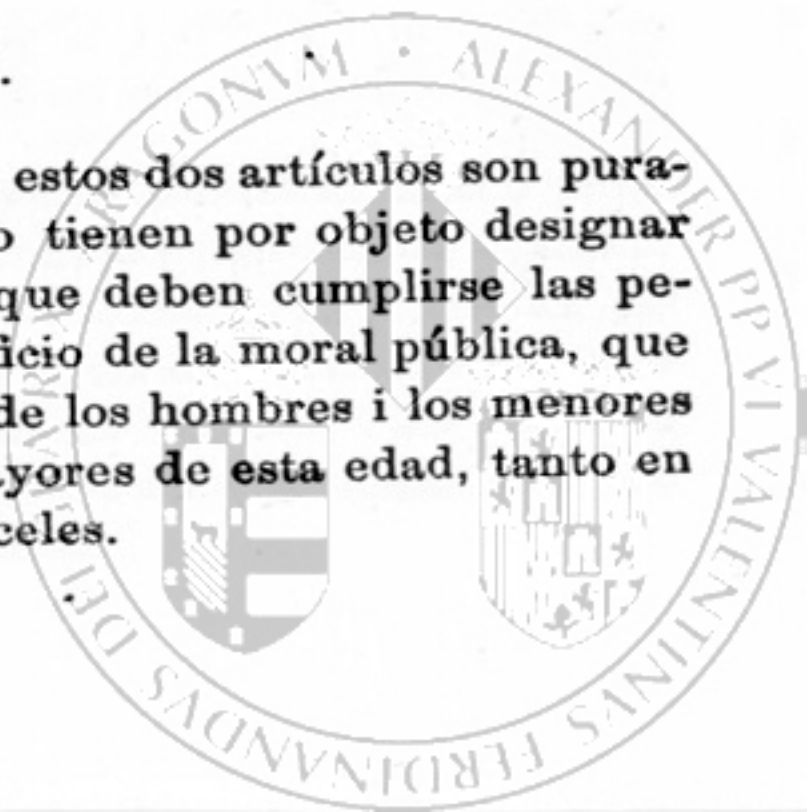
CODIGO BELGA.

Art. 14. Los condenados a trabajos forzados cumplirán su condena en los presidios.

Los condenados a reclusion sufrirán su pena en casa de reclusion.

I.

520. Las disposiciones de estos dos artículos son puramente reglamentarias i solo tienen por objeto designar los lugares de detencion en que deben cumplirse las penas; i determinar, en beneficio de la moral pública, que las mujeres estén separadas de los hombres i los menores de diez i seis años de los mayores de esta edad, tanto en los presidios como en las cárceles.



ARTÍCULO 88.

El producto del trabajo de los condenados a presidio será destinado:

1.º A indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen.

2.º A proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detencion, si lo merecieren.

3.º A hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos proveniente del delito.

4.º A formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal.

CODIGO BELGA.

Art. 15. Cada condenado será sometido al trabajo que le fuere impuesto.

Una porcion del producto de ese trabajo formará un fondo de reserva que será entregado al reo a su salida, o en épocas determinadas despues de ésta.

Dicha porcion no podrá exceder de las cuatro décimas partes respecto de los condenados a reclusion, i de las tres décimas partes respecto de los condenados a trabajos forzados. El resto pertenece al Estado.

El Gobierno podrá disponer de la mitad del fondo de reserva a favor del reo mientras éste sufre su pena, o a favor de su familia, si esta se encontrare necesitada.

I.

521. Lógica fué la comision colocando en primer lugar en este artículo los gastos que los reos ocasionen al establecimiento penal; puesto que si en el art. 48 colocó primero las costas, con mas decencia pudo preferir las indemnizaciones al Estado. Pero, nosotros somos tambien lógicos en pedir preferencia para la responsabilidad civil, comprendiendo en ella a los objetos que provienen del mismo delito cuando estos no pueden restituirse en especie. El orden que preferimos es, por otra parte, el mismo que siguen los códigos de España (1) i del Perú (2).

(1) Art. 105 C. E. de 1850 i 114 del reformado.

(2) Art. 75.

ARTÍCULO 89.

Los condenados a reclusion i prision son libres para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su eleccion, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero si afectándoles las responsabilidades de las reglas 1.ª i 3.ª del artículo anterior, carecieren de los medios necesarios para llenar los compromisos que ellas les imponen o no tuvieren oficio o modo de vivir conocido i honesto, estarán sujetos forzosamente a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades i procurarse la subsistencia.

CODIGO PERUANO.

Art. 73. Los condenados a reclusion, se ocuparán en el trabajo que elijan dentro del establecimiento, siempre que sea compatible con las disposiciones reglamentarias.

I.

522. El art. 32 dispone, en jeneral, que los condenados a reclusion no están sujetos a ningun trabajo forzado, i éste les concede la facultad de ocuparse en el trabajo de su eleccion siempre que sea compatible con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal; pero establece una escepcion en contra de aquellos que no tengan modo conocido i honesto para ganar la vida o carezcan de los medios necesarios para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen i para cubrir las responsabilidades civiles provenientes del delito, obligándolos al trabajo del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto sus responsabilidades i poderse procurar la subsistencia.



## TITULO CUARTO.

**De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias  
i los que durante uná condena delinquen de nuevo.**

### § 1.º

**De las penas en que incurren los que  
quebrantan las sentencias.**

#### ARTÍCULO 90.

Los sentenciados que quebrantaren su condena serán castigados con las penas que respectivamente se designan en los números siguientes:

1.º Los condenados a presidio, reclusion o prision sufrirán la pena de incomunicacion con personas estrañas al establecimiento penal por un tiempo que, atendidas las circunstancias, podrá estenderse hasta un año, quedando durante el mismo tiempo sujetos al réjimen mas estricto del establecimiento.

2.º En caso de reincidencia en el quebrantamiento de dichas condenas sufrirán, a mas de las penas de la regla anterior, la de cadena o grillete por un tiempo que, atendidas las circunstancias, podrá estenderse hasta un año.

3.º Los consuetudinarios en el quebrantamiento de tales condenas, entendiendose por tales los que lo hubieren



verificado mas de dos veces, serán encerrados en celda solitaria por un término prudencial, atendidas las circunstancias, que no podrá exceder de la mitad del que les falte por cumplir de la pena principal, conforme a lo prescrito en el art. 25.

4.º Los condenados a confinamiento, estrañamiento, relegacion o destierro, sufrirán las penas de presidio, reclusion o prision, segun las reglas siguientes:

*Primera.*—El condenado a relegacion perpétua sufrirá la de presidio mayor en su grado medio.

*Segunda.*—El condenado a confinamiento o estrañamiento sufrirá la de presidio por la mitad del tiempo que le falte por cumplir de la pena primitiva.

*Tercera.*—El condenado a relegacion temporal o a destierro sufrirá la de reclusion o prision por la mitad del tiempo que le falte por cumplir de la pena primitiva.

5.º El inhabilitado para cargos i oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares que los ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, sufrirá la pena de reclusion menor en su grado mínimo o multa de ciento a mil pesos.

En caso de reincidencia se doblará esta pena.

6.º El suspenso de cargo u oficio público o profesion titular que los ejerciere, sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena.

En caso de reincidencia sufrirá la pena de reclusion menor en su grado mínimo o multa de ciento a mil pesos.

7.º El sometido a la vijilancia de la autoridad, que faltare a las reglas que debe observar, sufrirá la pena de reclusion menor en sus grados mínimo a medio.

## CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 124.** Los sentenciados que quebranten su condena, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:

1.º El sentenciado a cadena perpétua cumplirá esta condena,

haciéndole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, i destinándole a los trabajos mas penosos.

2.<sup>a</sup> El sentenciado a reclusion perpétua cumplirá su condena, llevando una cadena de seguridad por el tiempo de dos a seis años.

3.<sup>a</sup> El relegado perpétuamente será condenado a reclusion perpétua, la cual cumplirá en el mismo punto de la relegacion.

4.<sup>a</sup> El extrañado completamente del reino será condenado a relegacion perpétua.

5.<sup>a</sup> El sentenciado a cadena o reclusion temporales, presidio, prision o arresto, sufrirá un recargo de la misma pena, por el tiempo de la sexta a la cuarta parte de la duracion de su primitiva condena.

6.<sup>a</sup> Los sentenciados a extrañamiento o relegacion temporales, serán condenados a prision correccional, i, cumplida esta condena, extinguirán la anterior.

Los relegados sufrirán la prision en el punto de la relegacion.

7.<sup>a</sup> Los sentenciados a confinamiento mayor o menor, serán condenados a prision correccional, imponiendose a los primeros del grado medio al máximo, i a los segundos del mínimo al medio; i cumplidas estas condenas, extinguirán la de confinamiento.

8.<sup>a</sup> El desterrado será condenado a confinamiento por el tiempo del destierro.

9.<sup>a</sup> El inhabilitado para cargos, derechos políticos, profesion u oficio, que los obtuviere o ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, será condenado al arresto mayor, i multa de 20 a 200 duros.

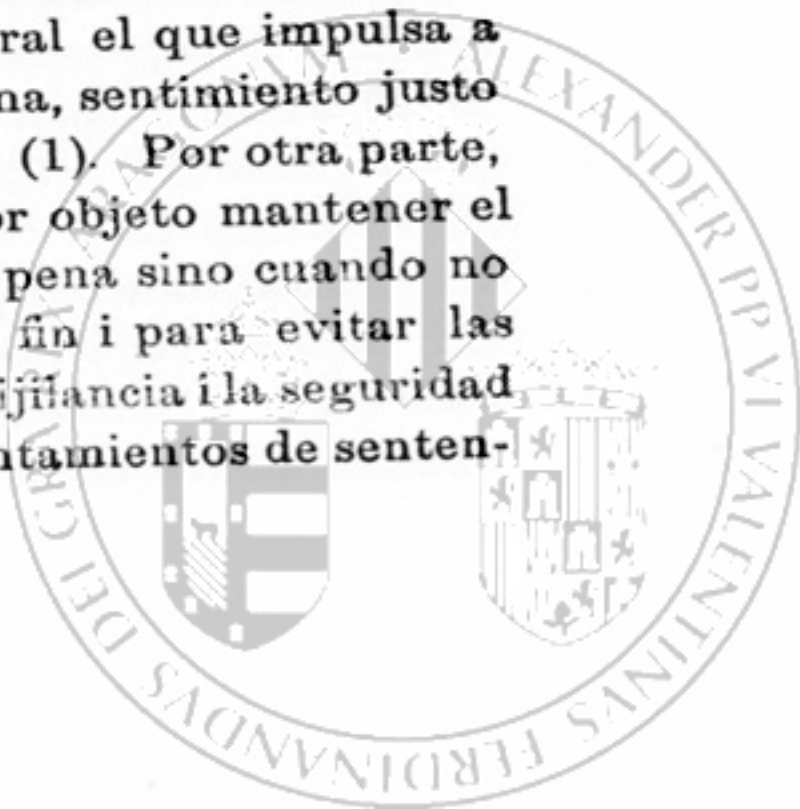
10.<sup>a</sup> El suspenso de cargo, derechos políticos, profesion u oficio que los ejerciere, sufrirá un recargo por igual tiempo al de su primitiva condena, i una multa de 10 a 100 duros.

11.<sup>a</sup> El sometido a la vijilancia de la autoridad, que faltare a las reglas que debe observar, será condenado al arresto mayor.

## I. .

523. « La simple fuga de un preso o de una persona a quien se debe aprisionar, ha dicho Jousse, no es un delito; porque es un sentimiento natural el que impulsa a huir de la justicia para evitar la pena, sentimiento justo cuando el que se fuga es inocente » (1). Por otra parte, la justicia humana, que solo tiene por objeto mantener el órden público, no debe ocurrir a la pena sino cuando no tenga otros medios para cumplir su fin i para evitar las evasiones, ántes de la pena, están la vijilancia i la seguridad de las prisiones. Pero si los quebrantamientos de senten-

(1) Justice criminel tom. 4.<sup>o</sup> páj. 81.



cias no son delitos, la lei puede tomar medidas severas para evitarlos i aumentar su rigor cuando los mismos delincuentes le comprueben que los medios comunes no son eficaces. Estos principios, tan contrarios a la disposicion de la antigua lei española que castigaba los quebrantamientos con una pena doble, han sido sancionados por el código que, en este punto como en tantos otros, ha seguido la doctrina mas sana i humanitaria.

## II.

524. Los núms. 1.º, 2.º i 3.º aplican estos principios en toda su estension a los quebrantamientos de condenas a presidio, reclusion i prision, privando de comunicarse con personas estrañas al establecimiento penal hasta por un año, privacion que debe considerarse como la cesacion de un bien que la lei concede a los condenados para no ser severa sin una necesidad evidente, i que puede hacer cesar cuando el mismo reo manifieste que usa del bien como medio para evadirse. Del mismo modo, la lei que puede sujetar a los condenados a un réjimen tal que haga imposible o mui difícil las evasiones, la lei que, por no agravar sin necesidad los males de todos los reos en jeneral, gradúa su severidad conforme a la condicion aparente de cada uno, puede i debe sujetar al réjimen mas severo de sus establecimientos penales a los que indican ostensiblemente con sus evasiones que necesitan de esta severidad; i si esto no basta todavia, si el réjimen comun i mas severo no evita los quebrantamientos, entónces la necesidad obliga a usar de la cadena, del grillete o de otro medio semejante para sujetar a los reincidentes; i, por fin, cuando ninguno de estos medios son eficaces para reprimir los instintos de libertad, la lei puede usar, como lo manda nuestro código, de la celda solitaria. Se ve, pues, que nuestro sistema consiste en aplicar progresivamente

medios mas severos a medida que la tenacidad de los delincuentes a ello obliga.

525. Pero hai penas de tal naturaleza que su cumplimiento no puede estar bajo la inmediata vijilancia de la lei, i cuyos quebrantamientos no pueden evitarse con medidas preventivas sino con otras penas que estén bajo su inmediata inspeccion: esto sucede con la relegacion, confinamiento, estrañamiento, destierro, inhabilitaciones, suspensiones i sujecion a la vijilancia de la autoridad; i he aquí la causa porque el núm. 4.º del artículo que comentamos castiga los quebrantamientos de las penas enumeradas con otras de distinta naturaleza. Mas, como la eleccion de la pena sustituyente ha debido verificarse segun principios jenerales pues no es indiferente que se haya elegido esta o aquella, veamos si se ha procedido acertadamente.

526. Las penas de que habla el número 4.º se han impuesto por motivos sérios, por principios convenientes para la sociedad i para el reo, de suerte que si se quebrantan no deben sustituirse por otras de distinta naturaleza sino en cuanto sea necesario para castigar el mismo quebrantamiento. De consiguiente, nos parece, de acuerdo en este punto con el señor Pacheco, que el quebrantamiento de la relegacion, confinamiento, estrañamiento, destierro e inhabilitaciones debe ser castigado con una pena correccional de presidio, reclusion o prision i que, satisfecha la pena impuesta al quebrantamiento, se cumpla el tiempo que falte de la quebrantada. Este sistema sigue el Código Peruano que en su art. 64 dice: «al que quebrante las penas de expatriacion, confinamiento, o sujecion a la vijilancia de la autoridad, se le agravará la pena con arresto mayor en segundo grado, obligándosele despues a completar la primitiva condena, bajo de fianza. En caso de reincidencia completará el tiempo de su condena en reclusion.»

527. Tambien nos parece que la pena de presidio en

lugar de la relegacion perpetua (si se aplicara esta pena en algun caso), i del confinamiento i estrañamiento ha sido mal elejida; porque los delitos que se castigan con estas penas no tienen su oríjen en la ociosidad; i, por el contrario, sus autores jeneralmente tienen los medios necesarios para cumplir sus obligaciones (1). El confinamiento se impone a los delincuentes políticos i el estrañamiento a esta misma clase de criminales i a los quebrados fraudulentos, delitos que deben ser castigados preferentemente con la reclusion o con esta pena alternada con el presidio para que el tribunal elija la mas propia segun la calidad de cada delincuente: ¿será aceptable, por ejemplo, que un candidato a la Presidencia de la República sea condenado a presidio, con el trabajo forzado de la penitenciaria, por haber quebrantado una pena de confinamiento o estrañamiento que se le hubiera impuesto por conspirador? La lójica i los principios de la eleccion de las penas aconsejan que los quebrantamientos de condenas a relegacion, confinamiento i estrañamiento sean castigados con reclusion sola o alternada con el presidio.

528. Los inhabilitados para cargos i oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares i los suspensos que quebrantan sus condenas, no tienen en su favor ese sentimiento natural i poderoso que escusan a los que recuperan su libertad con la fuga. El amor a la libertad es propio de nuestra humana naturaleza i anterior a toda lei civil, mientras que los derechos que comprenden las inhabilitaciones i suspensiones tienen su oríjen en la organizacion social: tales son las circunstancias que la lei ha considerado para imponer una pena mayor a los reos de quebrantamientos de inhabilitaciones i suspensiones, los cuales, por otra parte, casi están libres de la vijilancia de la autoridad.

(1) Véanse nuestras observaciones al art. 21.

529. Mas ¿las penas que se imponen a los que quebrantan las inhabilitaciones i a los reincidentes en quebrantar las suspensiones, se acumulan o se sustituyen a las quebrantadas? Si atendemos solamente a la letra de la lei i al contexto de los números 4.º, 5.º i 6.º puede creerse talvez que en los dos últimos hai sustitucion lo mismo que en el 4.º, pero creemos todo lo contrario, considerando: que por la naturaleza de las penas de que hablamos no conviene que cesen sin un motivo que justifique la rehabilitacion; que el mismo quebrantamiento reagrava la mala conducta del condenado; que comprendiendo el número 5.º los derechos políticos que una vez perdidos no pueden recuperarse sino en virtud de una lei, resultaria que, sufriendose la reclusion o la multa, se recuperarian dichos derechos; i, finalmente, que las penas alternativas impuestas por el número 5.º e inciso 2.º del 6.º pueden ser inferiores en muchos casos a las quebrantadas, i de consiguiente que seria preferible sufrir una de las penas del quebrantamiento con tal de obtener la rehabilitacion, resultado opuesto a los fines de la lei. Por lo demas las penas de los números 5.º i 6.º son proporcionadas, i es digno de notarse que la reincidencia en estos casos produce efectos especiales.

530. En el número 7.º encontramos la sancion de los quebrantamientos de las reglas que deben observar los sometidos a la vijilancia de la autoridad i que en nuestros primeros estudios al art. 23 dijimos que no existia. En igual error incurrió el señor Pacheco en sus comentarios al art. 42 del Código Español, pues la sancion se encuentra tambien en el art. 124 que concuerda con el 90 del nuestro. Sirva de excusa a nuestro primer error la defensa que hace el señor Pacheco en el número 1.º del comentario al número 2.º del citado art. 124; i, especialmente que la comision redactora, en el acta del 25 de Junio de 1870, acordó imponer la sancion de que hablamos

al tratar de los delitos en particular. Por lo demas creemos que la sancion es sin perjuicio de que el reo siga sometido a la vijilancia de la autoridad despues de cumplida la pena de reclusion que el número sanciona.

### III.

531. El artículo que comentamos impone penas solo a los delincuentes que quebrantan las sentencias, i de aqui pueden surjir esta série de cuestiones: ¿será un acto lícito la fuga de los simples detenidos?; ¿deberán considerarse como reos de quebrantamientos los condenados que se fugan ántes de notificarles la sentencia ejecutoriada?; ¿será menester para que exista el quebrantamiento que la sentencia notificada haya empezado a cumplirse?; ¿habrá quebrantamiento consumado o simple tentativa punible cuando el sentenciado que se fuga es aprehendido inmediatamente i sin que los guardianes lo hayan perdido de vista?; ¿deberá ser castigado el reo que se presenta voluntariamente a cumplir la sentencia quebrantada?; ¿deberán, finalmente, ser penados como reos de quebrantamiento los que se fugan de una cárcel incendiada o por causa de un terremoto o de otro motivo grave que ponga en peligro sus vidas i que, pasado el peligro, no vuelvan voluntariamente a cumplir sus condenas? La resolucion de estas cuestiones esclarecerá mas todavia el espíritu i alcance del artículo que comentamos.

532. PRIMERA CUESTION.—Los simples detenidos están sujetos a los reglamentos de las cárceles que pueden imponerles las penas disciplinarias de los números 1.º i 2.º, restringidas a un mes segun el art. 80; de suerte que si las evasiones de estos detenidos no son actos lícitos deben castigarse con menos severidad que las de los sentenciados, i para ello bastan las penas de los reglamentos. Por otra parte, si el código no los ha castigado espresamente es porque él no debe tratar de los simples detenidos.

533. SEGUNDA CUESTION.—Para que exista el quebramiento de condena es menester una sentencia condenatoria, ejecutoriada i notificada al reo. La sentencia ejecutoria es la que produce los efectos de la condena segun el art. 79, i estos efectos no pueden empezar a producirse sin que el reo tenga conocimiento de la condena. Estas reglas son óbvias i la jurisprudencia de nuestros tribunales las aplicaron bajo el imperio de la antigua lejislacion (1).

534. TERCERA CUESTION.—Los delinquentes que están en libertad con fianza i que se fugan despues de notificados de la sentencia condenatoria, sea al intimarles la órden de prision o mientras se les conduce al lugar de su destino, son reos de quebrantamientos; porque los efectos de toda sentencia condenatoria empiezan a producirse desde el dia de la notificacion: así lo resolvieron tambien nuestros tribunales durante la lejislacion antigua (2).

535. CUARTA CUESTION.—Puede suceder que los reos intenten fugarse al ser conducidos a una prision o que, alcanzando a salir de la cárcel con el mismo intento, los guardianes los aprehendan sin haberlos perdido de vista: en el primer caso solo existe una simple tentativa punible; mas en el segundo 'hai un verdadero quebrantamiento. I en efecto, el reo que intenta fugarse mientras lo conducen a la prision i que es aprehendido inmediatamente no ha consumado el delito, pues le falta haberse puesto fuera del alcance de sus guardianes; mas el que abandona la prision consuma el quebrantamiento i la aprehension inmediata es un acto independiente de la consumacion que no puede producir el efecto de que no sea consumado, lo mismo que la prision de un ladron al salir del lugar del robo con los objetos roba-

(1) Sentencias 999 i 1856 año de 1865, 68 año de 1866 i 55 año de 1870.

(2) Sentencia 834 año de 1864.



al tratar de los delitos en particular. Por lo demás creemos que la sancion es sin perjuicio de que el reo siga sometido a la vijilancia de la autoridad despues de cumplida la pena de reclusion que el número sanciona.

### III.

531. El artículo que comentamos impone penas solo a los delincuentes que quebrantan las sentencias, i de aqui pueden surjir esta série de cuestiones: ¿será un acto lícito la fuga de los simples detenidos?; ¿deberán considerarse como reos de quebrantamientos los condenados que se fugan ántes de notificarles la sentencia ejecutoriada?; ¿será menester para que exista el quebrantamiento que la sentencia notificada haya empezado a cumplirse?; ¿habrá quebrantamiento consumado o simple tentativa punible cuando el sentenciado que se fuga es aprehendido inmediatamente i sin que los guardianes lo hayan perdido de vista?; ¿deberá ser castigado el reo que se presenta voluntariamente a cumplir la sentencia quebrantada?; ¿deberán, finalmente, ser penados como reos de quebrantamiento los que se fugan de una cárcel incendiada o por causa de un terremoto o de otro motivo grave que ponga en peligro sus vidas i que, pasado el peligro, no vuelvan voluntariamente a cumplir sus condenas? La resolucion de estas cuestiones esclarecerá mas todavia el espíritu i alcance del artículo que comentamos.

532. PRIMERA CUESTION.—Los simples detenidos están sujetos a los reglamentos de las cárceles que pueden imponerles las penas disciplinarias de los números 1.º i 2.º, restringidas a un mes segun el art. 80; de suerte que si las evasiones de estos detenidos no son actos lícitos deben castigarse con menos severidad que las de los sentenciados, i para ello bastan las penas de los reglamentos. Por otra parte, si el código no los ha castigado espresamente es porque él no debe tratar de los simples detenidos.

533. SEGUNDA CUESTION.—Para que exista el quebramiento de condena es menester una sentencia condenatoria, ejecutoriada i notificada al reo. La sentencia ejecutoria es la que produce los efectos de la condena segun el art. 79, i estos efectos no pueden empezar a producirse sin que el reo tenga conocimiento de la condena. Estas reglas son óbvias i la jurisprudencia de nuestros tribunales las aplicaron bajo el imperio de la antigua legislacion (1).

534. TERCERA CUESTION.—Los delincuentes que están en libertad con fianza i que se fugan despues de notificados de la sentencia condenatoria, sea al intimarles la órden de prision o mientras se les conduce al lugar de su destino, son reos de quebrantamientos; porque los efectos de toda sentencia condenatoria empiezan a producirse desde el dia de la notificacion: así lo resolvieron tambien nuestros tribunales durante la legislacion antigua (2).

535. CUARTA CUESTION.—Puede suceder que los reos intenten fugarse al ser conducidos a una prision o que, alcanzando a salir de la cárcel con el mismo intento, los guardianes los aprehendan sin haberlos perdido de vista: en el primer caso solo existe una simple tentativa punible; mas en el segundo 'hai un verdadero quebrantamiento. I en efecto, el reo que intenta fugarse mientras lo conducen a la prision i que es aprehendido inmediatamente no ha consumado el delito, pues le falta haberse puesto fuera del alcance de sus guardianes; mas el que abandona la prision consuma el quebrantamiento i la aprehension inmediata es un acto independiente de la consumacion que no puede producir el efecto de que no sea consumado, lo mismo que la prision de un ladron al salir del lugar del robo con los objetos roba-

(1) Sentencias 999 i 1856 año de 1865, 68 año de 1866 i 55 año de 1870.  
(2) Sentencia 834 año de 1864.



dos no puede quitar al delito su carácter de consumado (1).

536. QUINTA CUESTION.—Segun la jurisprudencia de la Corte Suprema la lei antigua no tomaba en cuenta el hecho de presentarse un reo de quebrantamiento á cumplir voluntariamente su condena; mas en el código existe la atenuacion del número 8.º art. 11, aplicable al caso i que es tan calificada que hace inútiles las medidas preventivas.

537. SESTA CUESTION.—Los condenados que huyen de la prision, para librar su vida amenazada por incendio, terremoto u otra calamidad, no son reos de quebrantamientos si vuelven a cumplir sus condenas voluntariamente; pero lo serán desde que pasado el peligro, esto es, desde que, habiendo cesado la causa por la cual el número 9.º del art. 10 los exime de responsabilidad, no se entregan a la justicia, i las circunstancias que dieron lugar a la fuga solamente se tomarán en cuenta para atenuar la pena que debe imponerse en los casos comunes.

## § 2.

**De las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo.**

### ARTÍCULO 91.

Los que despues de haber sido condenados por sentencia ejecutoria cometieren algun crimen o simple delito durante el tiempo de su condena, bien sea mientras la cumplen o despues de haberla quebrantado, sufrirán la pena que la lei señala al nuevo crimen o simple delito que cometieren, debiendo cumplir esta condena i la primitiva por el órden que el tribunal prefije en la sentencia, de conformidad con las reglas prescritas en el art. 74 para el caso de imponerse varias penas al mismo delincuente.

(1) Sentencia de la Corte Suprema núm. 931 año de 1869.

Cuando en el caso de este artículo el nuevo crimen debiere penarse con presidio o reclusion perpetuos i el delincuente se hallare cumpliendo alguna de estas penas, sufrirá la de muerte.

Si el nuevo crimen o simple delito tuviere señalada otra pena menor, se agravará la de presidio perpetuo o de reclusion perpetua con las de cadena o grillete, encierro en celda solitaria e incomunicacion con personas extrañas al establecimiento penal, que podrán aplicarse, a arbitrio del tribunal, separada o conjuntamente i hasta por el máximum del tiempo que permite el art. 25.

En el caso de que el nuevo crimen deba penarse con relegacion perpetua i el delincuente se halle cumpliendo la misma pena, se le impondrá la de presidio mayor en su grado medio, dándose por terminada la de relegacion.

Cuando la pena que mereciere el nuevo crimen o simple delito fuere otra menor, se observará lo prescrito en el acápite primero del presente artículo.

### CODIGO ESPAÑOL.

**Art. 125.** Los que despues de haber sido condenados por ejecutoria cometieren algun delito o falta, durante el tiempo de su condena, bien hallándose cumpliendola, o bien habiendola quebrantado, serán castigados con las penas que respectivamente se designan en las reglas siguientes:

1.º El sentenciado a cadena perpétua, que cometiere otro delito, a que la lei señale la pena de cadena perpetua a muerte, será castigado con esta última.

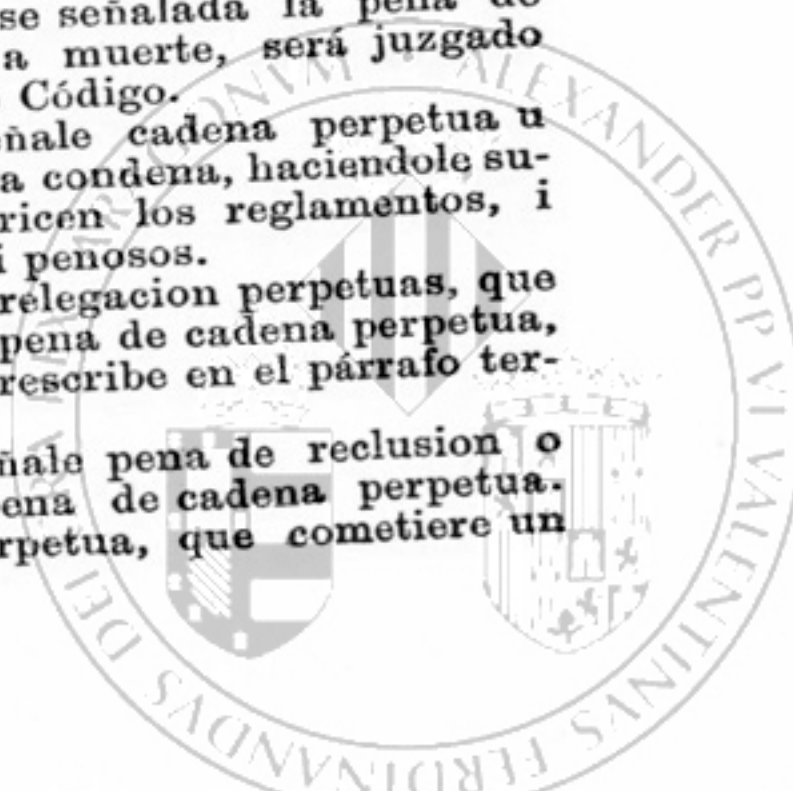
Si el delito en que incurriere tuviese señalada la pena de cadena temporal en su grado máximo a muerte, será juzgado segun las disposiciones jenerales de este Código.

Si cometiere delito a que la lei señale cadena perpetua u otra pena menor, cumplirá su primitiva condena, haciendole sufrir las mayores privaciones que autoricen los reglamentos, i destinandole a los trabajos mas duros i penosos.

2.º Al sentenciado a reclusion o relegacion perpetuas, que cometiere delitos a que la lei señale pena de cadena perpetua, se impondrá ésta en la forma que se prescribe en el párrafo tercero de la regla anterior.

Si cometiere delito a que la lei señale pena de reclusion o relegacion perpetuas, se impondrá la pena de cadena perpetua.

3.º El sentenciado a reclusion perpetua, que cometiere un



delito a que la lei señalo pena menor que las referidas en las reglas anteriores, será condenado a cadena perpetua, si la pena del nuevo delito fuere la de cadena temporal, i, en otro caso cumplirá su primitiva condena, haciendole sufrir las mayores privaciones que determinen los reglamentos.

4.º En todos los demas casos no comprendidos en las reglas anteriores, el sentenciado a cualquier pena que cometa otro delito o falta, será condenado en la pena señalada por la lei a la nueva falta o delito en su grado máximo; debiendo cumplir esta condena i la primitiva por el órden que en la sentencia prefije el tribunal, de conformidad con las reglas prescritas en el art. 76 para el caso de imponerse varias penas a un mismo delincuente.

## I.

538. En este lugar, i nó entre las circunstancias agravantes, es lójico que se trate de las modificaciones que deben sufrir las penas comunes cuando los delitos se cometen durante el cumplimiento de una condena o despues de haberla quebrantado. El órden mismo de las ideas i la necesidad de diversas reglas que salven las dificultades que la concurrencia de dos o mas condenas deben presentar en su aplicacion, reglas que no podian darse ni se dieron en art. 12, determinaban que esta materia debía tratarse despues que se hubiese fijado la base para la aplicacion de las penas en los casos comunes en que concurren dos o mas delitos en una sola persona; i despues de haberse hablado de las penas que se imponen a los quebrantamientos de sentencias: por esta causa los códigos tratan de esta materia especialmente i no entre las agravaciones.

539. Pero, si consideramos oportuno el lugar en que se trata de los delincuentes que durante la condena o despues de haberla quebrantado delinquen de nuevo, ¿deberemos considerar jnstas las agravaciones que se imponen por el art. 91?: ya hemos dado nuestra opinion cuando tratamos de la circunstancia agravante del número 14 art. 12. Es cierto que en este artículo se habla de los delitos que se cometen mientras se cumple una condena

o despues de haberla quebrantado, circunstancias que deben influir en que nuestros principios sean mas restringidos: así no estamos distantes de reconocer como una agravacion legal el hecho de cometerse un delito de cualquiera especie dentro de una prision; pero no encontramos razon alguna para que sea circunstancia agravante la reiteracion en un delito que no tenga ninguna analogía con el que ha motivado una condena a relegacion, estrañamiento, confinamiento, destierro, inhabilitacion o suspension: un estupro, por ejemplo, que cometa un condenado a relegacion por un delito político. En consecuencia, volvemos a repetir lo que dijimos en el comentario al núm. 15 del art. 12: la agravacion solo proviene de la semejanza entre los delitos i esta circunstancia solamente los tribunales pueden apreciar. Pasemos ahora a examinar por partes el artículo que comentamos.

## II.

540. El inciso 1.º, por su tenor literal i por la regla del art. 63, indica claramente que el nuevo delito debe castigarse con la pena comun sin agravacion alguna; pero, sabiéndose por las actas que la primera redaccion agravaba la pena i que esta agravacion se suprimió por haberse considerado la circunstancia que la motivaba entre las agravantes del art. 12, se viene en cuenta de que en este caso debe tener aplicacion el núm. 14 del artículo indicado. Tambien en el mismo inciso se habla solo de crímenes i de simple delitos i, en consecuencia, luego se ocurre preguntar: ¿si todas las circunstancias agravantes rijen con las faltas lo mismo que con los crímenes i simples delitos, por qué no se aplican a ellas las de este artículo?; ¿por qué un reo de hurto condenado a sesenta dias de prision i que hiere despues a uno de sus compañeros, no ha de ser castigado con agravacion cuando debería serlo si la pena hubiese sido de sesenta i un dia de presidio? En nuestro con-

cepto hubo en este punto solamente un olvido, circunstancia que, agregada a la anterior, hacen necesaria la reforma del número de que hablamos.

541. La regla del inciso 2.º es necesaria para evitar la impunidad del segundo delito; pero la pena de muerte solo deberá aplicarse inflexiblemente en los raros casos en que el segundo delito se castigue también con presidio o reclusion perpetuos sin compañía de penas inferiores; porque en los demás queda a la discreción del tribunal la aplicación de dicha pena o de las disciplinarias del inciso 3.º; i como el espíritu del código es que no se aplique la muerte sino a ciertos traidores i homicidas no es de temer que se prodigue. Por lo demás las penas de los incisos 4.º i 5.º no se aplicarán jamás, porque la relegación perpetua a que se refieren no se ha impuesto a ningún delito como ya hemos indicado.

#### ARTÍCULO 92.

Si el nuevo delito se cometiere después de haber cumplido una condena, habrá que distinguir tres casos:

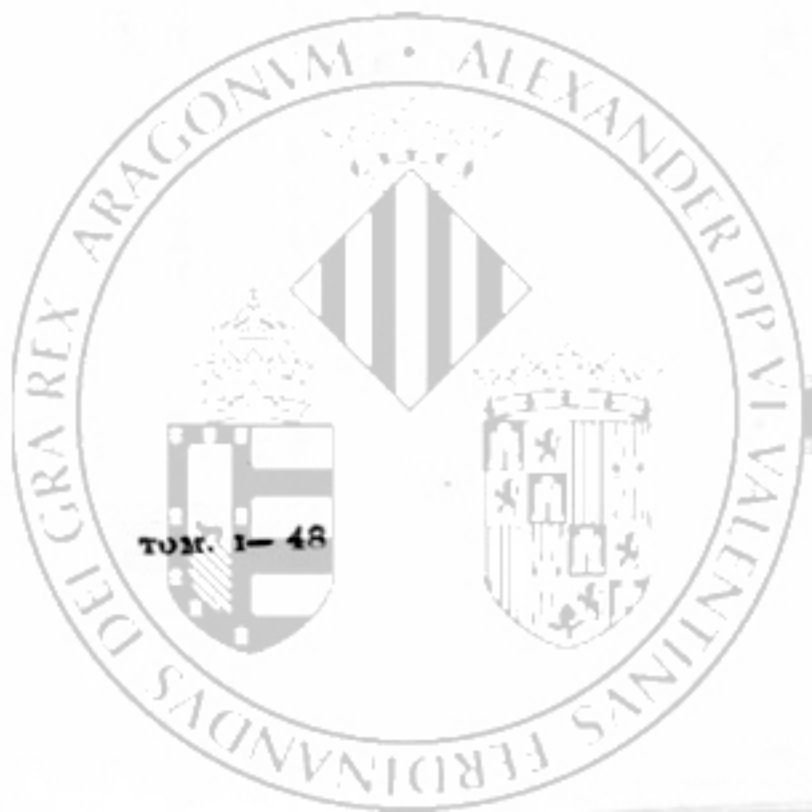
- 1.º Cuando es de la misma especie que el anterior.
- 2.º Cuando es de distinta especie i el culpable ha sido castigado ya por dos o más delitos a que la ley señala igual o mayor pena.
- 3.º Cuando siendo de distinta especie, el delincuente solo ha sido castigado una vez por delito a que la ley señala igual o mayor pena, o más de una vez por delito cuya pena sea menor.

En los dos primeros casos el hecho se considera revestido de circunstancia agravante, atendido a lo que disponen los núms. 14 i 15 del art. 12, i en el último no se tomarán en cuenta, para aumentar la pena, los delitos anteriores.

#### I.

542. ¿Que nuevo precepto encontramos en este artícu-

lo?: ya hemos dicho que ninguno i que el artículo es completamente inútil. Y en efecto, los números 15 i 16 del artículo 12 consideran como circunstancias agravantes: 1.º la ejecucion de un nuevo delito de la misma especie que el anterior, i 2.º la comision de otro de distinta especie siempre que el culpable haya sido castigado por dos o mas a que la lei señale igual o mayor pena; de suerte que no hai circunstancia agravante si el nuevo delito es de distinta especie i el delincuente solo ha sido castigado una vez por delito a que la lei señale igual o mayor pena o mas de una por delitos cuya pena sea menor; i como el art. 92 no dispone nada mas ni nada ménos, se sigue que es enteramente inútil. Contiene ademas un error en la referencia que debió ser a los números 15 i 16 del artículo 12.





## TITULO QUINTO.

**De la estincion de la responsabilidad penal.**



### ARTÍCULO 93.

**La responsabilidad penal se estingue:**

1.° Por la muerte del reo, siempre en cuanto a las penas personales, i respecto de las pecuniarias solo cuando a su fallecimiento no hubiere recaido sentencia ejecutoria.

2.° Por el cumplimiento de la condena.

3.° Por amnistía, la cual estingue por completo la pena i todos sus efectos.

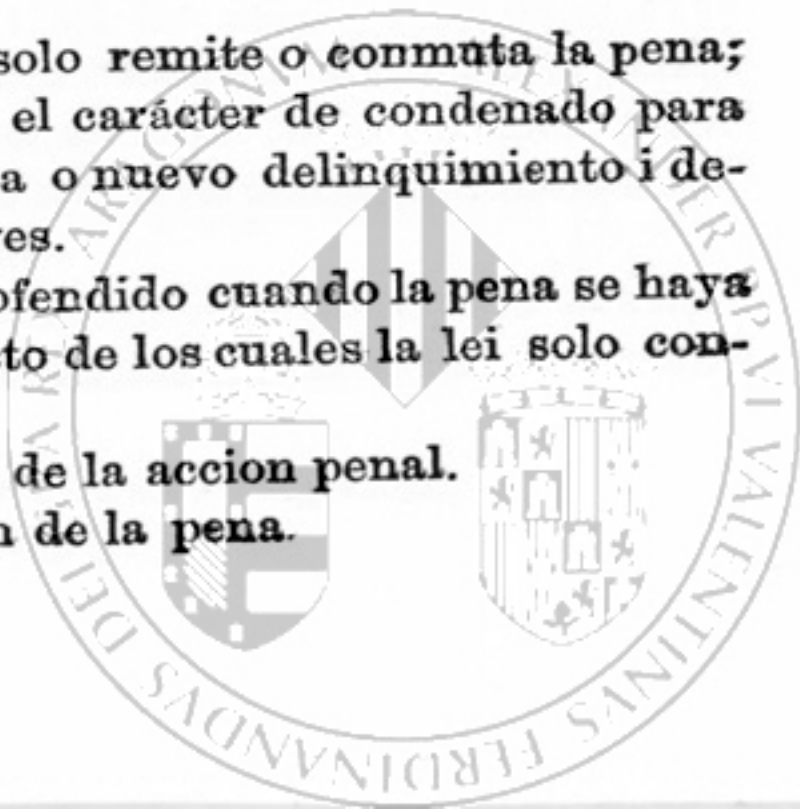
4.° Por indulto.

La gracia de indulto solo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento i demas que determinan las leyes.

5.° Por el perdon del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la lei solo concede accion privada.

6.° Por la prescripcion de la accion penal.

7.° Por la prescripcion de la pena.



## CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

Art. 132. La responsabilidad penal se estingue:

1.º Por la muerte del reo en cuanto a las penas personales siempre, i respecto a las pecuniarias, solo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia a firme.

2.º Por el cumplimiento de la condena.

3.º Por amnistía, la cual estingue por completo la pena i todos sus efectos.

4.º Por indulto.

El indultado no podrá habitar por el tiempo que, a no haberlo sido, debería durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido; sin el consentimiento de éste; quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado.

5.º Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos que no puedan dar lugar a procedimiento de oficio.

6.º Por la prescripción del delito.

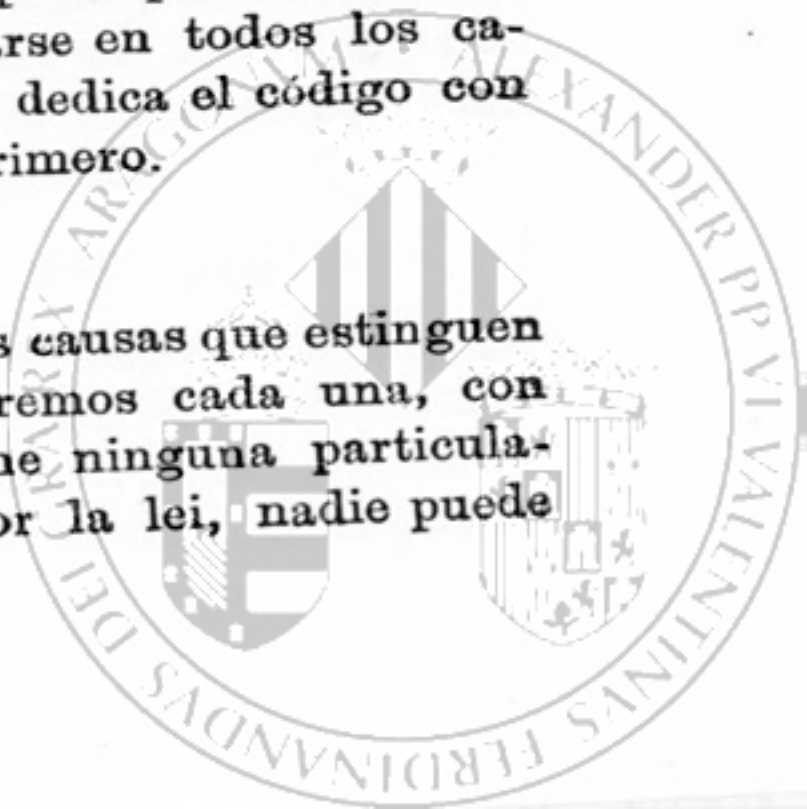
7.º Por la prescripción de la pena.

### I.

543. Definido el delito i los grados punibles de su jeneracion; enumeradas las causas que eximen de responsabilidad penal i las que la atenúan i agravan; distinguidas las clases de participantes que son responsables de los delitos; clasificadas las penas i determinadas su duracion, naturaleza, efectos i modo de aplicarse i ejecutarse; i establecidos los efectos de los quebrantamientos de las sentencias i de cometerse un delito durante el cumplimiento de una condena, no resta mas que fijar los modos como se estingue la responsabilidad penal para completar las reglas jenerales que deben aplicarse en todos los casos, delitos i penas. A esta materia dedica el código con acierto el último título de su libro primero.

### II.

544. El art. 93 enumera todas las causas que estinguen la responsabilidad penal. Examinaremos cada una, con escepcion de la segunda que no tiene ninguna particularidad, pues que establecida o no por la lei, nadie puede



vacilar siquiera en que estingue su responsabilidad el reo que cumple la pena impuesta.

545. PRIMERA CAUSA.—La muerte, que pone al reo fuera del alcance de la justicia humana i que, como se expresa la lei 7.ª tít. 1.º part. 7.ª « desfaze tambien a los yerrros como a los fazedores de ellos », termina la responsabilidad personal; i aunque mandarlo espresamente parece inútil a primera vista, la disposicion es necesaria; porque envuelve un principio sagrado, la inviolabilidad de los cadáveres que en un tiempo no fué tan respetada como lo es ahora en todos los pueblos civilizados por el cristianismo. Las leyes 15 tít. 13 i 13 tít. 9.º part. 1.ª tuvieron que mandar, bajo las penas asignadas por las 20 i 21 tít. 9.º part. 7.ª, que: « non deve ser ningund muerto testado ni vedado i que no lo sotierren por deuda que deva ». A pesar de estas leyes hubo autores que sostuvieron que siendo ejecutivo el título de una deuda era permitido embargar el cadáver del deudor para obligar a los herederos al pago, i tambien se vió llevar al patíbulo a cadáveres de malhechores muertos naturalmente. Pero lo mas importante del número 1.º es su parte segunda: las leyes 7.ª, 8.ª, 23 i 25.ª tít. 1.º part. 7.ª permitian acusar al muerto para hacer responsables a sus herederos de las penas pecuniarias; mientras que por la disposicion de que hablamos se prohíbe no solamente esta acusacion, sino tambien proseguir el juicio iniciado ántes de la muerte del acusado, i solamente obliga a los herederos a responder de las condenaciones pecuniarias impuestas por una sentencia ejecutoriada ántes del fallecimiento del delincuente.

546. TERCERA CAUSA.—Por el núm. 11, art. 37 de la Constitucion solo por una lei se puede conceder indultos jenerales o amnistias; i el código, dando a esta disposicion su verdadera importancia i considerando la clase de delitos sobre que recaen las amnistias, manda que ellas estingan la pena i todos sus efectos, que son los de la rei-

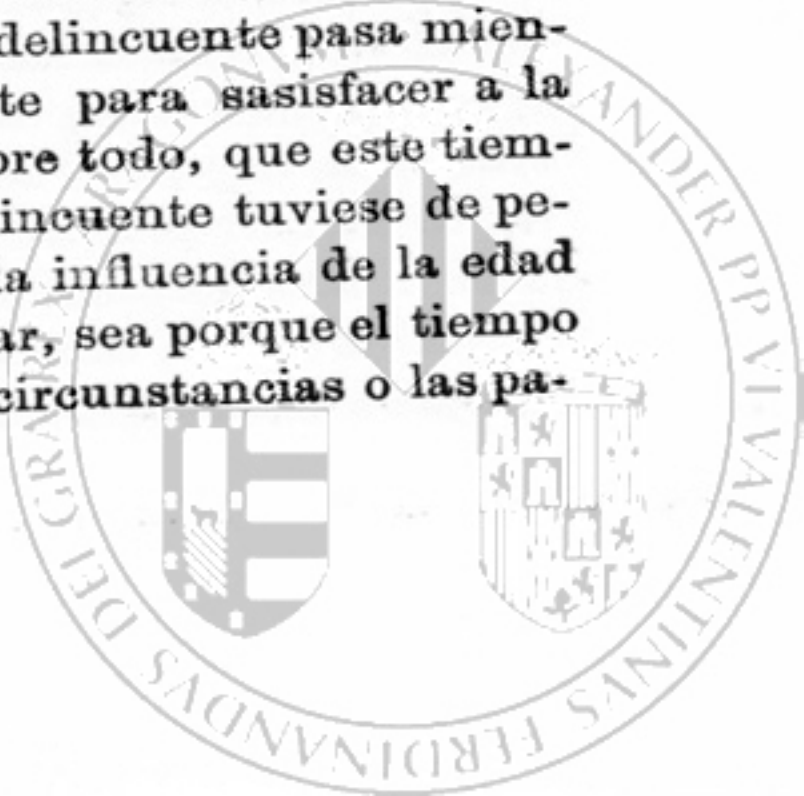
teracion i reincidencias, las inhabilidades i especialmente la que priva de los derechos civiles que, como la patria potestad i la capacidad para ser guardador, llevan consigo ciertas penas. En una palabra, el amnistiado queda por el núm. 3.º del artículo que comentamos de la misma condicion del que no hubiese cometido jamás el delito sobre que recae el perdon jeneral.

547. CUARTA CAUSA.—Por el contrario, el indulto, que versa ordinariamente sobre delitos vulgares, si remite la pena, no quita en ningun caso al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reiteracion i reincidencia, ni rehabilita para ejercer derechos políticos, ni estingue las demas inhabilidades que ciertas penas llevan consigo, a no ser que se estienda espresamente a ellas, segun manda el art. 44 de este código (1).

548. QUINTA CAUSA.—Por el art. 21 el perdon de la parte ofendida no estingue la accion penal, salvo en aquellos delitos que, como la violacion, el adulterio, estupro, incesto i suposicion de parto, no pueden perseguirse sin prévio denunció o consentimiento del agraviado. Concordante con este artículo i por las mismas razones, el número 5.º del que comentamos dispone igual cosa respecto de la pena impuesta.

549. SEXTA I SÉPTIMA CAUSAS.—En jeneral la prescripcion penal se funda en una presunta espiacion. « La lei piensa, dice Boitard, que el tiempo de destierro, ocultamiento, angustias e inquietudes que el delincuente pasa mientras huye de la justicia es bastante para satisfacer a la vindicta pública. Ella piensa, sobre todo, que este tiempo basta para corregir lo que el delincuente tuviese de peligroso para la sociedad, sea por la influencia de la edad que disminuye los medios de dañar, sea porque el tiempo hace desaparecer o amortigua las circunstancias o las pa-

† (1) Véase el apéndice del art. 24.



« siones que inducen a cometer un gran número de deli-  
« tos (1). » ¿I cuál es el objeto de la pena?: prevenir delitos  
« semejantes quitando al delincuente la voluntad i el po-  
« der de repetirlos: ¿I puede pensarse que un hombre que  
« por espacio de veinte años, por ejemplo, no ha reincidi-  
« do en el delito, no haya perdido la voluntad ni siquiera  
« parte de la fuerza necesaria para volver a cometerlo? La  
« misma esperanza de la impunidad le dará, por el contra-  
« rio, un fuerte motivo para correjirse, al paso que la pers-  
« pectiva eterna de la pena cerrará la puerta al arrepenti-  
« miento i lo precipitará en nuevos atentados (2). »

550. Indicados los principales fundamentos de la pres-  
cripcion penal, veamos lo que, con relacion a ella, dispo-  
nen otras lejislaciones. La lei 3.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, libro 10 del Fue-  
ro Juzgo reconocia la prescripcion de todos los delitos i  
fijaba el término de treinta años; pero varias leyes de las  
Partidas determinaban plazos especiales: así la lei 3.<sup>a</sup>, tít.  
17, part. 7.<sup>a</sup> solo permitia acusar el adulterio, habiendo  
divorcio, en los sesenta dias subsiguientes; la 4.<sup>a</sup> del mis-  
mo título i libro señalaba el plazo de cinco años para la  
prescripcion del adulterio cuando no habia divorcio; la 2.<sup>a</sup>,  
tít. 18, part. 7.<sup>a</sup> señalaba tambien el plazo de cinco años  
para la prescripcion del delito de incesto; i la 5.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>,  
part. 7.<sup>a</sup>, el de veinte para las falsedades. En Francia hu-  
bo crímenes imprescriptibles, como el de lesa-majestad,  
parricidio i duelo; mas en el dia, segun los arts. 635, 636,  
637 i 638 del Código de Instruccion Criminal, se reconoce  
la prescripcion de todas las acciones i penas. El Código  
Prusiano i otros de Alemania, admiten la prescripcion de  
las acciones, mas no de las penas (3). El Código Penal  
de Italia designa el plazo de treinta años para prescribir  
las penas de muerte i trabajos forzados perpétuos, i de

(1) Obra citada, núm. 868, sobre el C. de I. C. F.

(2) Escrieb, Diccionario de lejislacion, palabra prescripcion de delito.

(3) El párrafo 49 dice: "Ninguna prescripcion es admisible contra las penas de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada."

veinte para las acciones que nacen de los crímenes que se castigan con dichas penas; de veinte años para las demas penas de crímenes i de diez para las acciones; de diez para las correccionales i de cinco para las acciones; de dos años para las penas de policía i de uno para las acciones (1). Los códigos de Nápoles i del Perú, finalmente, admiten tambien prescripcion de las penas i de las acciones (2).

#### ARTICULO 94.

La accion penal prescribe:

Respecto de los crímenes a que la lei impone pena de muerte o de presidio, reclusion o relegacion perpétuos, en veinte años.

Respecto de los demas crímenes, en quince años.

Respecto de los simples delitos, en diez años.

Respecto de las faltas, en seis meses.

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la mayor para la aplicacion de las reglas comprendidas en los tres primeros acápite de este artículo.

Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados.

#### ARTÍCULO 97.

Las penas impuestas por sentencia ejecutoria prescriben:

La de muerte i la de presidio, reclusion i relegacion perpétuos, en veinte años.

Las demas penas de crímenes, en quince años.

Las penas de simples delitos, en diez años.

Las de faltas, en seis meses.

(1) Arts. 137 a 140 del Cód. Italiano.

(2) Cód. de Nápoles art 138, i del Perú, arts. 95 i 96.



I.

551. La gravedad de los delitos, según su clasificación en crímenes, simple-delitos i faltas, es la base del código para fijar los plazos de la prescripción. En esta materia hai mucho de arbitrario; pero el principio de la proporcionalidad i los fundamentos mismos de la prescripción penal aconsejaban que los plazos fuesen mas o ménos largos con relacion no solo a las clases, sino a cada delito en particular; porque, si la prescripción se funda en que basta para satisfacer a la vindicta pública el lapso de cierto tiempo que se supone de privaciones, sufrimientos e inquietudes para el delincuente, es lógico que se exija ménos tiempo para prescribir a medida que sea menor la pena. Mas, exigir como lo hace el código quince años de espriación a un reo condenado por crimen a cinco años i un dia de presidio i el mismo tiempo a otro condenado a diez, quince o veinte años, nos parece una desproporción que nada justifica. De consiguiente, nuestro código habria sido mas lógico i justo si hubiera establecido una regla progresiva que hubiese proporcionado el tiempo de la prescripción con el de las penas impuestas o asignadas a los delitos; i para ello pudo tomar por base los arts. 95 i 96 del Código Peruano con ciertas modificaciones.

552. I el código habria conseguido, sancionando una regla progresiva, no solo ser mas lógico i justo, sino que habria evitado que en algunos casos el plazo de la prescripción sea mas corto que el de la pena, esto es, exigir ménos tiempo para la espriación presunta que para la verdadera, i ademas la gran desproporción que se nota entre los términos en que prescriben los crímenes, los simples i las faltas; pues que quince años que se exige para que prescriban los crímenes, cuya pena mínima es de cinco años i un dia i la mayor veinte, es solo el doble de siete i medio años, término que está mui léjos del máximo in-

dicado; mientras que el de diez años de los simples delitos es el doble de la pena máxima que a ellos se impone; i el de seis meses es el triple de la pena mayor de las faltas. Por lo demas apoyan lo esencial de nuestra opinion los códigos de Prusia<sup>(1)</sup> i de Béljica<sup>(2)</sup>.

## II.

553. La pena mayor sirve de base para la prescripcion de las penas compuestas, entendiéndose por tales las que constan de dos o mas grados como presidio mayor en cualquiera de sus grados; i las copulativas, presidio mayor en su grado máximo a muerte. Las alternativas, reclusion o multas, son equivalentes, es decir que para la lei ninguna es mayor que la otra; i como las faltas o se castigan con penas de esta última clase o con una sola, el código no se ha referido a ellas. Pero de esta regla, combinada con la clasificacion de los delitos segun las penas asignadas en la escala jeneral del art. 21, debe resultar que el término de la prescripcion sea el designado a los crímenes en aquellos casos en que concurra una pena de inhabilitacion cualquiera acumulada con una corporal de simple delito, aunque de hecho esta sea mas grave: así, en el delito que castiga el art. 119 con estrañamiento menor en sus grados mínimo a medio i con inhabilitacion absoluta temporal para cargos i oficios públicos en su grado mínimo, debe atenderse, para la prescripcion, a esta última pena que se considera de crimen, aunque para todo el mundo es menor que la otra.

## III.

554. La lei ha fijado un plazo excepcional i mas corto para la prescripcion de las penas de ciertos delitos i de las acciones consiguientes; porque si la prescripcion de los

(1) Párrf 46.  
(2) Art. 92.





delitos privados se funda especialmente, como la civil, en un presunto abandono del derecho de acusar; i conviene al órden público que este derecho no esté pendiente durante mucho tiempo i dichos delitos son de tal naturaleza que inducen a castigarlos tan pronto como se tiene noticia de ellos, de tal suerte que despues mas bien aparece una venganza que una vindicacion del honor ofendido, la lei repetimos, ha debido limitar el término de la prescripcion: esto sucede en los delitos de adulterio, de amancebamiento público de un hombre casado, de calumnias i de injurias.

#### IV.

555. Dos penas de las usadas por el código merecen un estudio especial en cuanto a su prescripcion: la multa, por las reglas especiales a que está sometida, i la sujecion a la vijilancia de la autoridad, por ser una pena que debe cumplirse despues de otra principal. En cuanto a la multa debe prescribir juntamente con cualquiera otra pena con que concurra; porque en los casos en que la pena sea compuesta debe atenderse a la mayor, segun el art. 94, i la multa es la menor de todas por el art. 60; mas cuando se aplica sola, atendiendo la lei para el término de la prescripcion a la clasificacion de los delitos en crímenes, simples delitos i faltas, debemos préviamente clasificar el hecho por la cuantía de la multa: si ella no escede de cien pesos, el hecho será una falta; si sube de esta suma i no pasa de mil, un simple delito; i si sube de mil, el hecho será un crimen. Así las multas que impone el art. 497 son penas de faltas que prescriben en seis meses; la multa de cien a mil pesos que aplica el art. 257 es pena de simple delito que prescribe en diez años i la del art. 276, de mil a cinco mil pesos, es pena de crimen que prescribe en quince años.

556. La lei no ha considerado necesario espresar en jeneral que las penas accesorias prescriben al mismo tiem-

po que las principales, porque existe el principio de que lo accesorio sigue la condicion de lo principal; pero la pena de sujecion a la vijilancia de la autoridad que no se cumple al mismo tiempo que la principal, como sucede con las de cadena, grillete, encierro en celda solitaria e incomunicacion con personas estrañas al establecimiento penal, puede ofrecer ciertas dificultades en cuanto a su prescripcion. Sin embargo, atendiendo a los arts. 94 i 97 que no hacen ninguna distincion entre penas principales i accesorias, a la disposicion especial del 105 i al principio citado, nos parece fuera de duda que dicha pena prescribe juntamente con la principal que no se ha cumplido; mas cuando esta última se ha cumplido i empieza el tiempo en que la sujecion puede hacerse efectiva, teniendo facultad el tribunal para imponer al reo durante todo el tiempo de la condena una o mas de las obligaciones enumeradas en el art. 45, no concebimos cómo pueda prescribir dicha pena, que no puede durar mas de cinco años, cuando sea de diez el término de la prescripcion: «Cuando el término de la « pena de vijilancia, dicen Chauveau i Hélie, empieza a « correr, la pena subsiste independientemente de las medidas que la autoridad puede tomar hasta el término indicado en la sentencia, porque la autoridad puede o no « tomarlas, segun lo estime por conveniente. Si ella se « abstiene, el condenado no puede prevalerse de esta ausencia i pretender una liberacion anticipada de las medidas que pueden tomarse, fundado únicamente en la « inaccion de la autoridad (1).»

V.

557. Para terminar los comentarios de estos artículos conviene llamar la atencion a lo dispuesto por el 635 del Código de Instruccion Criminal Francés i por el 132 del Penal Español de 1870. El primero prohíbe al criminal,

(1) Nota 6.<sup>a</sup> del número 265.



que ha prescrito su pena, residir en el lugar en que habita el ofendido i sus herederos, concediendo a la autoridad el derecho de señalarle su domicilio; i el segundo contiene disposicion semejante en caso de indulto. Estas restricciones a la libertad, fundadas en que la presencia del condenado por crimen puede ser causa de inquietudes i dar ocasion a riñas i venganzas, podrian imponerse por el Código de Enjuiciamiento a los delincuentes que prescriban algunas de las penas que llevan consigo la de sujecion a la vijilancia de la autoridad. Si los que cumplen estas penas quedan sujetos a dicha vijilancia ¿qué razon hai para que los que las prescriben queden enteramente libres?

ARTÍCULO 95.

El término de la prescripcion empieza a correr desde el dia en que se hubiere cometido el delito.

ARTÍCULO 98.

El tiempo de la prescripcion comenzará a correr desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena, si hubiera ésta principiado a cumplirse.

CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

Art. 133, inciso 7.º: El término de la prescripcion comenzará a correr desde el dia en que se hubiese cometido el delito; i si entónces no fuere conocido, desde que se descubra i se empiece a proceder judicialmente para su averiguacion i castigo.

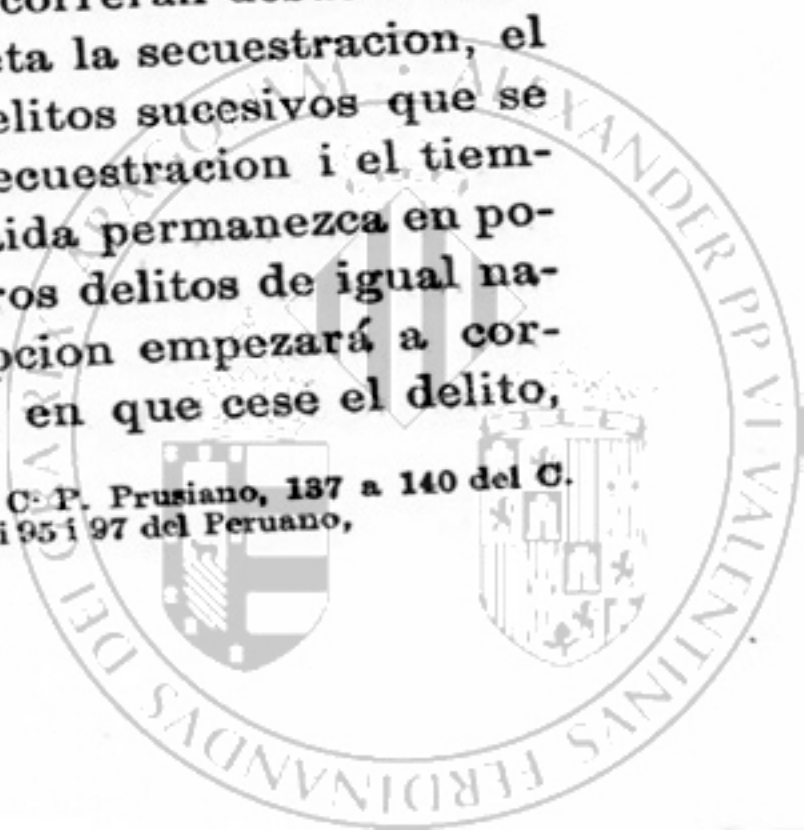
Art. 134, inciso 6.º: El tiempo de esta prescripcion (penas impuestas por sentencia firme) comenzará a correr desde el dia que se notifique personalmente al reo la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena si hubiera esta comenzado a cumplirse.

I.

558. Todos los códigos que reconocen la prescripcion de las acciones penales declaran que el término empieza

a correr desde que se comete el delito o desde el último acto de los procedimientos judiciales (1). El nuestro acepta, como principio de la prescripción de acciones penales, el día en que se hubiese cometido el delito se haya tenido o no conocimiento de él, salvo en ciertos casos especiales, i hace producir a los procedimientos efectos determinados i mas propios que los de otros códigos. Este principio no presenta ninguna dificultad en la jeneralidad de los delitos, como ser todos aquellos que se consuman i cesan en un solo acto; pero hai otros que consisten en una série de actos sucesivos que despues de consumados siguen repitiendose i en que entre el primer acto de consumacion i el último puede trascurrir un término mayor que el de la prescripción misma. En estos delitos creemos, con Boitard, que la prescripción empieza solamente cuando terminan los actos constituyentes; porque durante todo el tiempo que el delincuente continúa repitiendo los actos que constituyen el delito sigue manifestando su voluntad criminal i que no han cesado ni se han amortiguado siquiera en él las pasiones i circunstancias que motivaron el delito: «Tomemos, por ejemplos « dice Boitard, la secuestacion de las personas, el rapto i « la sustraccion de menores. Estos delitos prescriben en « diez años, segun el primer párrafo del art. 637 del Código de Instruccion Criminal (lo mismo sucede en nuestro « código); pero estos diez años no correrán desde el momento en que el delincuente cometa la secuestacion, el « rapto o la sustraccion: estos son delitos sucesivos que se « prolongan tanto como duren la secuestacion i el tiempo que la persona robada o sustraída permanezca en poder del delincuente. En estos i otros delitos de igual naturaleza, el término de la prescripción empezará a correr solamente desde el momento en que cese el delito,

(1) Arts. 637 i 638 del C. de I. C. frances; 45 del C. P. Prusiano, 137 a 140 del C. P. Italiano, 138 i siguientes del C. P. Napolitano i 95 i 97 del Peruano,



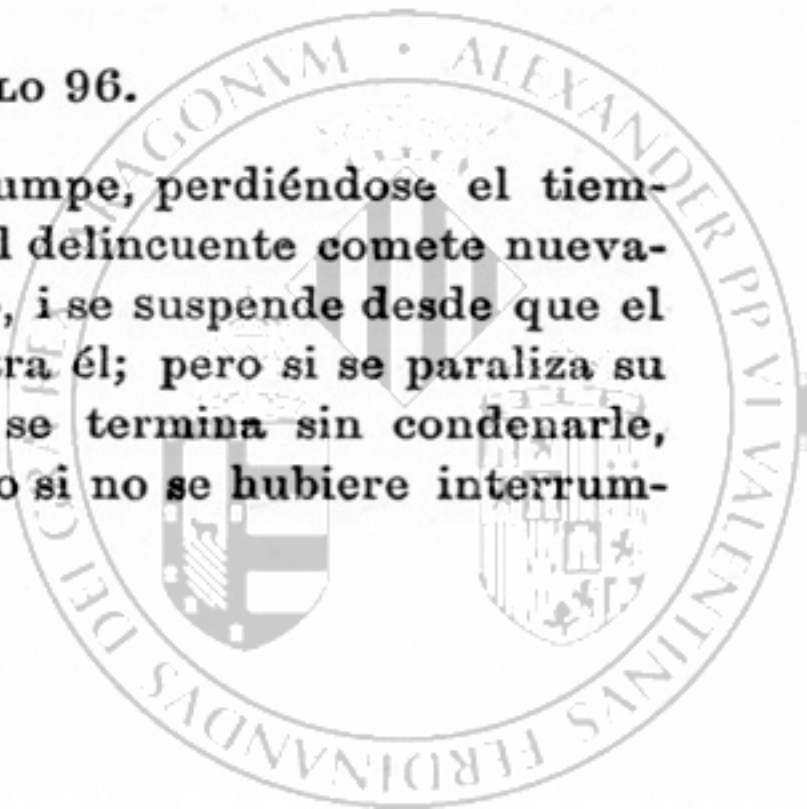
« desde que la persona secuestrada, robada o sustraída  
• haya recuperado su libertad i este será el último momen-  
« to del delito i el punto de partida para la prescripcion »:  
tal es la única cuestion práctica que surge de estos artícu-  
los, pues la de los efectos de los procedimientos sobre la  
prescripcion de acciones se resuelve en el artículo 96.

## II.

559. Hasta aquí hemos hablado del momento en que principia a correr el término de la prescripcion de las acciones. El de las penas empieza desde la fecha de la sentencia de término como en la mayoría de las legislaciones que admiten esta clase de prescripcion, o desde el dia del quebrantamiento de la condena si hubiese esta principiado a cumplirse. Sobre el primer punto de partida preferimos que sea el dia de la sentencia al de su notificacion, tanto porque desde ese dia existen los fundamentos de la prescripcion, como porque seria ilusoria en la jeneralidad de los casos la prescripcion que solo empesase desde el dia en que se notifica la sentencia. Sin embargo, la notificacion es el punto de partida del Código Español de la concordancia que exige ademas que sea personal. El art. 97 del Peruano dice: « el término de la prescripcion em-  
« pezará a contarse: para las penas desde que se interrump-  
« pe su,ejecucion. »

### ARTÍCULO 96.

Esta prescripcion se interrumpe, perdiéndose el tiempo trascurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, i se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecucion por tres años o se termina sin condenarle, continúa la prescripcion como si no se hubiere interrum-pido.



ARTÍCULO 99.

Esta prescripcion se interrumpe quedando sin efecto el tiempo trascurrido, cuando el reo, durante ella, cometiere nuevamente crimen o simple delito, sin perjuicio de que comience a correr otra vez.

CODIGO ESPAÑOL DE 1870.

Art. 133, inciso 8.º Esta prescripcion (de los delitos) se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripcion desde que aquel termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento, a no ser por rebeldía del culpable procesado.

Art. 134, inciso 7.º: Se interrumpirá (la prescripcion de la sentencia firme) quedando sin efecto el tiempo trascurrido para el caso en que el reo se presentare o sea habido, cuando se ausentare a pais extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradicion, o teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito, o cuando cometiere uno nuevo ántes de completar el tiempo de la prescripcion, sin perjuicio de que ésta pueda comenzar a correr de nuevo.

I.

560. La lei distingue la interrupcion del término para prescribir de la mera suspension. Se interrumpe por la comision de un nuevo crimen o simple delito i se suspende por los procedimientos judiciales que se dirijan en contra del delincuente. La interrupcion es perfectamente fundada; porque desde que se comete un nuevo crimen o simple delito se manifiesta que la presuncion de enmienda, en que se apoya la prescripcion, no es efectiva relativamente a ese delincuente, i que éste sigue necesitando de una pena que reprima sus malas inclinaciones. Mas, ¿cuál es el motivo de la suspension que la lei decreta cuando los procedimientos se dirijen en contra del delincuente? En los delitos privados es lójica la regla; porque, fundándose la prescripcion especialmente en un abandono presunto del derecho de acusar, desde el momento en que se acusa no existe la presuncion; mas, como la prescrip-

cion de las acciones públicas no puede apoyarse en ese abandono presunto, i como ninguno de los motivos jenerales que le sirven de fundamento desaparecen por dirijirse procedimientos en contra de un reo, es menester, para dar una razon a la parte segunda del art. 196, aceptar que la prescripcion de las acciones penales se funda ademas en la negligencia o impotencia de la justicia para perseguir los delitos, fundamento que desaparece cuando procede en contra de los delincuentes i revive cuando paraliza su accion por algun tiempo.

561. La interrupcion de que hemos hablado solamente tiene lugar por cometerse un nuevo crimen o simple delito, mas no una mera falta. Esta disposicion, considerando la menor importancia de las faltas relativa a los crímenes o simples delitos, está de acuerdo con los fundamentos de la prescripcion; pero no encontramos razon alguna para que una nueva falta no interrumpa la prescripcion de otra. Nosotros haríamos esta enmienda en los artículos que comentamos; i ademas sustituiríamos el término «interrumpido,» que usa el art. 96, por el de «suspendido;» pues hace referencia precisamente a la suspension. Este término fué, por otra parte, el aprobado en el acta del 20 de mayo de 1873 i no sabemos cuando ni con que motivo se verificó la sustitucion.

#### ARTÍCULO 100.

Cuando el reo se ausentare del territorio de la República solo podrá prescribir la accion penal o la pena contando por uno cada dos dias de ausencia, para el cómputo de los años.

#### CODIGO ESPAÑOL.

Art. 127. Para que tenga lugar la prescripcion se necesita que el sentenciado, durante el término de ella, no haya cometido delito alguno, ni se haya ausentado de la Península e islas adyacentes.

I.

562. A mas de los motivos jenerales que apoyan la prescripcion de las penas i de las acciones, existe uno especialísimo i de importancia capital: la lei no ha querido abandonar la vida i la libertad del hombre, su honor i su propiedad a la prueba de testigos que declaren sobre hechos pasados mucho tiempo. Pues bien, ni este fundamento dominante en la prescripcion de acciones ni ninguno de los otros jenerales i dignos de considerarse, existen para apoyar el mandato del art. 100; porque si la lei desconfia, con justa razon, de la veracidad de testigos que deponen sobre hechos pasados, diez, quince o veinte años atrás, ¿cuál deberá ser su desconfianza si se doblan los plazos? I si la lei piensa que diez, quince o veinte años bastan jeneralmente para corregir lo que un delincuente tenga de peligroso sea por la influencia de la edad, que disminuye el poder de dañar, o sea porque en un gran número de delitos el tiempo hace desaparecer o amortigua las pasiones que inducen a cometerlos; si estos efectos deben producirse habitándose dentro o fuera del pais; i, en fin, si el que abandona su patria i su familia se impone voluntariamente la pena de estrañamiento por huir de la justicia i con penalidades mayores que el criminal que logra escaparse sin salir del territorio, no vemos que causa séria pueda obligar a imponer doble tiempo para que el reo, que se ausenta del territorio de la República, prescriba las penas i las acciones. Por otra parte, ¿no es bien raro que un reo condenado a diez años de estrañamiento no pueda alegar la prescripcion aunque haya pasado quince años fuera del pais? Es cierto que la presuncion de enmienda no será tan fuerte cuando el reo haya habitado en un pais extranjero durante el tiempo de la prescripcion; pero a la lei debe bastarle que



la alarma social haya cesado por completo, i que durante ese tiempo no se hayan quebrantado sus disposiciones.

ARTÍCULO 101.

Tanto la prescripcion de la accion penal como la de la pena corren a favor i en contra de toda clase de personas.

ARTÍCULO 102.

La prescripcion será declarada de oficio por el tribunal aun cuando el reo no la alegue, con tal que se halle presente en el juicio.

I.

563. En estos artículos se reconoce implícitamente las verdaderas bases de la prescripcion penal; porque si los fundamentos dignos de ella son la enmienda i la espiacion presuntas, la superfluidad de la pena i respecto a las acciones, la poca fé que merece la prueba testimonial que recae sobre hechos antiguos; si ninguno de estos fundamentos desaparece porque el delincuente o el ofendido sean civilmente incapaces; i si, como en materia civil, no puede decirse del reo que, por no alegar la prescripcion, desea cumplir la obligacion que la lei le impone, es lójico que corra en favor i en contra de toda clase de personas i que el tribunal deba declararla de oficio.

564. Mas, la condicion del art. 102 para que el tribunal pueda hacer dicha declaracion, en lugar de tener algun fundamento sério, contradice las mismas razones que se han considerado para establecer la declaracion de oficio (1). Porque si la prescripcion pone fin al mandato de la lei, si borra el delito i todos sus efectos, salvo en casos escepcionales, no hai lójica en determinar que deba imponerse la pena cuando el reo no esté presente en el jui-

(1) " En caso de la accion criminal, dice el acta del 21 de Mayo de 1873, el lapso de tiempo pone fin al mandato de la lei, de manera que no es admisible la presuncion por parte del reo de querer que vuelva a surtir efecto."

cio, pena que, por haber cesado su objeto, debe ser inofensiva para el procesado que la ha prescrito. ¿I cuál viene a ser en definitiva el resultado de la condicion de que hablamos?: únicamente que el reo se presente durante los trámites posteriores del juicio, esto es, que un hombre, que no debe soportar ninguna pena i cuya justificacion legal aparece del mismo proceso, sufra, sin embargo, una prision preventiva impuesta por un majistrado que sabe que no existe ninguna responsabilidad que exija tal prevencion. Discurremos en el concepto de que es necesario que el reo se constituya en prision para que se considere presente en el juicio, porque si fuese lo contrario, si bastase que fuese representado legalmente, como seria lójico i justo que ordenase el Código de Procedimientos, no vemos el objeto ni el alcance de la disposicion que criticamos.

#### ARTÍCULO 103.

Si el reo se presentare o fuere habido ántes de completar el tiempo de la prescripcion de la accion penal o de la pena, pero habiendo ya trascurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o mas circunstancias atenuantes mui calificadas i de ninguna agravante i aplicar las reglas de los arts. 65, 66, 67 i 68, sea en la imposicion de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas i especiales de corto tiempo.

#### I.

565. Justa, mui justa, lójica, humana i conveniente es la disposicion del inciso 1.º de este artículo; porque el delincuente que ha logrado escapar de las manos de la justicia i que ha sufrido durante la mitad del tiempo que se



exige para la prescripcion las inquietudes, zozobras i demas males propios de su situacion precaria, bien merece que se le disminuya la pena proporcionalmente al tiempo de los males sufridos. Ademas, el reo que durante dicho tiempo no ha delinquido de nuevo, hace esperar que no volverá a delinquir; i que una pena menor que la comun será bastante para los fines de la justicia.

566. Tambien nos parece lójica i justa la disposicion del inciso 2.º; puesto que en la mitad del corto tiempo en que prescriben las faltas i los delitos de adulterio, amancebamiento de hombre casado, las calumnias i las injurias, no puede presumirse nada favorable al reo, ni es probable que se haya verificado alguna transformacion en sus inclinaciones que lo hagan digno de una disminucion de la pena que, por otra parte, la lei ha reducido en los delitos de que hablamos a su mas simple espresion.

#### ARTÍCULO 104.

Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 i 16 del art. 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, despues de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni despues de cinco, en los casos de simples delitos.

#### LEI DEL 7 DE AGOSTO DE 1849.

Art. 22. El que despues de haber sido condenado por hurto o robo, cometiere robo o hurto dentro de los seis años siguientes al cumplimiento de su condena, sufrirá la pena correspondiente al nuevo delito, con un aumento que podrá elevarse hasta la mitad.

#### I.

567. Las agravaciones de los números 15 i 16 del art. 12 se fundan en la mayor inmoralidad relativa del que reitera o reincide en un delito; en la tenacidad que manifiesta en quebrantar la lei i en el hábito de delinquir. Mas, estos fundamentos se desvanecen cuando media entre los

dos últimos delitos un espacio de tiempo de buena conducta que corta toda relacion entre ámbos. Por esta causa, desde la antigüedad, la reincidencia no ha sido tomada en cuenta sino cuando el último delito se comete dentro de cierto tiempo: asi en Francia hubo leyes que mandaban que la reincidencia no agravase la pena cuando el nuevo delito se cometia despues de tres años de haberse ejecutado el primero i que exigian solo un año para que la reincidencia en contraversiones no surtiese su efecto propio. El artículo 56 del Código Penal Belga manda «que pueda aplicarse «una pena doble a la asignada por la lei cuando el «condenado anteriormente a un año por lo ménos de prision cometiese un nuevo delito dentro de los cinco años «subsiguientes al dia en que cumplió o prescribió la pena;» i el art. 60 del Prusiano exige un intervalo de diez años para no considerar la reincidencia en crímenes o simples delitos (1). Escipion Bexon opina que la reincidencia en contraversiones solamente debe tomarse en cuenta dentro del año subsiguiente al primer delito, i que este lapso de tiempo sea mayor a medida que la pena sea mas grave: tres años para los delitos i cinco para los crímenes (2); i Ortolan cree que la reincidencia debe agravar la pena durante el tiempo de la prescripcion, regla que ha sido adoptada por varios códigos alemanes (3).

568. Se vé, pues, que la disposicion de nuestro código, basada en los mismos fundamentos teóricos de las agravaciones por reiteracion o reincidencia, está de acuerdo con las legislaciones mas adelantadas i con la opinion de notables criminalistas, salvo ciertas diferencias accidentales. I en nuestra legislacion no es tampoco una novedad lo que dispone el art. 104, puesto que los 21 i 22 de la

(1) El Código Penal de Italia, art. 125, no admite limitacion alguna a la agravacion por reincidencia, ni aun cuando haya trascurrido el término de la prescripcion.

(2) Chauveau i Hélie, núm. 460.

(3) Obra citada, núm. 1, 199.

lei del 7 de Agosto de 1849 reconocieron i sancionaron el mismo principio.

ARTÍCULO 105.

Las inhabilidades legales provenientes de crimen o simple delito solo durarán el tiempo requerido para prescribir la pena, computado de la manera que se dispone en los arts. 98, 99 i 100. Esta regla no es aplicable a las inhabilidades para el ejercicio de los derechos políticos.

La prescripcion de la responsabilidad civil proveniente de delito, se rige por el Código civil.

I.

569. Las inhabilidades de que habla este artículo son penas accesorias que deben prescribir juntamente con la principal, ménos la inhabilitacion para derechos políticos que es imprescriptible, por cuanto una vez que se pierden estos derechos no pueden recuperarse sino por una lei especial. Las mismas inhabilidades se imponen tambien espresamente en muchos casos como penas independientes i entónces la accion penal i la misma pena prescriben en conformidad a las reglas comunes, pues la comision no aceptó la idea lójica i prudente de que dichas inhabilidades no cesasen sin una sentencia de rehabilitacion.

II.

570. « La prescripcion de la responsabilidad civil proveniente de delito, dice el inciso 2.º del artículo, se rige « por el Código Civil. » Esta disposicion es la consecuencia lójica de haberse acordado no tratar en el Código Penal de dicha responsabilidad, i dejar vijente el tít. 35, lib. 4.º de aquel. Pero la disposicion no es tan clara si se pretende armonizarla con el Código Civil, con otros preceptos anteriores del mismo Código Penal i con los prin-

cipios que rige la prescripcion de las acciones i de las penas. Procuraremos establecer esta armonia.

### III.

571. Comprobado un delito, impuesta la pena i declarada la responsabilidad civil por una sentencia ejecutoria, se comprende que no exista ningun inconveniente para que la accion, que proviene de esta responsabilidad, prescriba independientemente de la pena i ántes o despues de ella, en virtud de motivos especiales que no tienen ninguna relacion con los fundamentos que existen para fijar tal o cual plazo a la prescripcion de las penas. Desde ese momento hai una separacion completa entre la pena impuesta i la responsabilidad civil declarada; i la prescripcion de la primera debe ser rejida por la lei penal que tiene sus fundamentos especiales i la de la segunda por las leyes civiles que tambien tienen los suyos propios. Por esto es que al Código Penal nada le importa que esta responsabilidad prescriba por el Código Civil, como en las legislaciones de Francia, Béljica e Italia, lo mismo que cualquiera obligacion que nazca de un contrato o cuasi-contrato (1).

572. Pero, cuando se trate de la accion para hacer declarar por la via criminal dicha responsabilidad civil que es dependiente de la pena, el término de la prescripcion debe ser el mismo de la accion penal. Dicha accion civil, en efecto, no debe prescribir ántes de la penal; porque es accesoria i dependiente de ésta, de tal suerte que no puede declararse sin la prueba del delito de que proviene. Por otra parte, si la accion penal considera que son necesarios veinte, quince o diez años para prescribir la lei penal i se funda, entre otros motivos, en que mas tarde la prueba no es digna de fé ¿porqué ha de limitar la prescripcion de la

(1) Art. 462 del Código de Instruccion Criminal Frances; 99 del Código Penal Belga, i 149 del Código Penal Italiano.

responsabilidad civil a un plazo menor siendo unos mismos los medios probatorios? I si la lei piensa que merece su perdon el delincuente que se libra de las manos de la justicia durante veinte, quince o diez años de negligencia o impotencia de la justicia para aprehenderlo, ¿por qué ha de bastar un lapso menor de tiempo cuando se trata de prescribir la simple responsabilidad pecuniaria proveniente de delito? Léjos, pues, de haber algun motivo para que la accion de la responsabilidad civil pueda prescribir ántes que la penal, los fundamentos mismos de la prescripcion se aunan para oponerse a ello.

573. Ahora, para que la accion de que hablamos no pueda prescribir despues de la penal, existen razones de un órden mas superior todavía; porque si la lei, despues de cierto lapso de tiempo, considera satisfecha la vindicta pública con los males que un delincuente sufre huyendo de la justicia; si acepta que los sufrimientos de este tiempo son bastantes para su enmienda i que la pena viene a ser supérflua; i si manda, en consecuencia, que se eche un velo sobre el pasado ¿cómo podria tolerar que, por perseguirse una responsabilidad pecuniaria, se abriese el juicio, se descorriese el velo que cubre legalmente la conducta pasada del delincuente, se probase el delito i se infamase a un hombre perdonado por la sociedad i por la lei? Mandar que despues de cierto tiempo ningun delincuente pueda ser castigado i permitir al mismo tiempo la declaracion de la responsabilidad civil proveniente de un hurto, de una estafa o de un engaño, equivale a tolerar que con una mano se descorra el velo que a la otra se le manda colocar sobre el delito. En consecuencia, armonizando estos principios con el inciso que comentamos combinado con el art. 2,332 del Código Civil i con el tít. 42 del mismo Código, deducimos: 1.º que la accion para demandar civilmente la responsabilidad civil proveniente del daño o dolo a que se refiere el art. 2,332 citado prescribe

en cuatro años; 2.º que las acciones criminales para demandar la pena i las indemnizaciones que lleva envuelta toda sentencia condenatoria prescribe en veinte, quince o diez años cuando se trata de crímenes o simples delitos i en seis meses si provienen de faltas; i 3.º que la accion para hacerse efectiva la responsabilidad civil declarada por sentencia ejecutoria prescribe en conformidad a las disposiciones del tit. 42 lib. 4.º del Código Civil. En una palabra, creemos que el inciso 2.º del art. 105 dispone lo mismo que el art. 642 del Código de Instruccion Criminal Frances, así concebido: « las condenaciones civiles « que llevan consigo las sentencias irrevocables pronun- « ciada en materias criminales, correccionales o de policia, « prescribirán segun las disposiciones establecidas por el « Código de Napoleon. »







# APENDICE

SOBRE

## LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APLICACION DE VARIOS ARTICULOS DEL LIBRO PRIMERO.

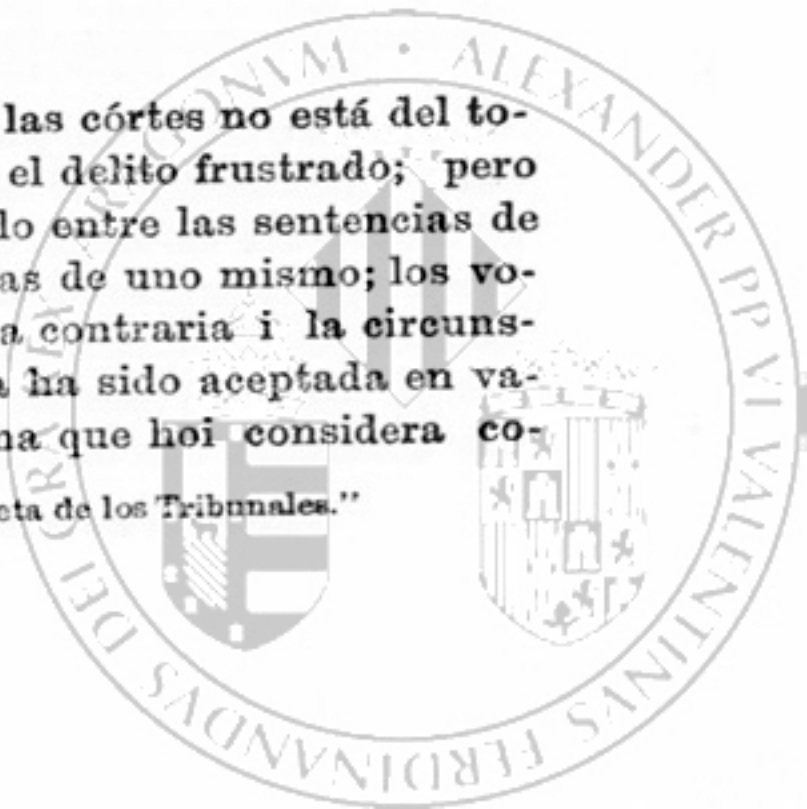
### ARTICULO 1.º

1. La S. 706, páj. 347 año de 1876 (1) clasificó el hecho de tirar una puñalada a determinada persona é hiriendo a otra, como delito frustrado de lesiones respecto a la primera i de cuasidelito en cuanto a la ofendida, e impuso las dos penas correspondientes; pero la C. de la S. (2) revocó e impuso, conforme a este artículo, solamente la pena correspondiente a la lesion causada.

### ARTICULO 7.º

2. Hasta ahora la jurisprudencia de las córtes no está del todo conforme con nuestra teoría sobre el delito frustrado; pero las contradicciones que notamos no solo entre las sentencias de un tribunal con las de otro sino entre las de uno mismo; los votos especiales a que dá lugar la doctrina contraria i la circunstancia especialísima de que la nuestra ha sido aceptada en varios casos por la Exema. Córte Suprema que hoy considera co-

(1) Todas las sentencias son tomadas de la "Gaceta de los Tribunales."  
(2) Corte de la Serena.



mo hurtos o robos consumados hechos que ayer calificaba de frustrados, nos hace esperar que al fin nuestra teoría prevalecerá en todos los tribunales. Examinemos la jurisprudencia de las Córtes en esta materia.

3. La C. S. (1) en los años 75, 76, 77, i parte del 78 calificaba de hurto o robo frustrados cuando el reo era sorprendido ántes de salir del lugar del hecho i aunque hubiese ya tomado las especies: pueden verse las sentencias 2,821, páj. 1,316 año 75; 2,096 páj. 1,069, 2,534 páj. 1,297 año 76; 2,958 páj. 1,511 año 77; 589 páj. 237, 856 páj. 340, 2,017 páj. 815, i 2,406 páj. 998 año 78. En la 2,017 citada el presidente Montt i el ministro Reyes calificaron por primera vez de hurto consumado el hecho de sorprenderse al reo dentro de una pieza con un lio de ropa preparado para sacarlo i con un dinero tomado del bolsillo de un chaleco, hecho que, en otras de las sentencias citadas, habia sido calificado de hurto frustrado; i en la 2,406, el mismo presidente Montt i el ministro Barriga calificaron tambien de autor de hurto consumado a un reo que fué sorprendido dentro de un almacén en circunstancias que habia tirado a la calle varias especies. Estas opiniones de tres miembros del Tribunal Supremo conformes con nuestra doctrina, que considera como reos de tentativa a los que no alcanzan a verificar la apropiacion de las especies i de hurto o robo consumado a los que verifican esta apropiacion tomando las cosas del lugar en que están, aun cuando sean sorprendidos dentro del lugar del hurto o robo o en el acto mismo de verificarse la apropiacion, llegaron a formar sentencia en contra del parecer del ministro Valenzuela que exijia, para que hubiese consumacion, no solo que el reo alcanzase a salir del lugar, sino que ejecutase ademas en órden inverso los mismos actos que hubiese ejecutado para penetrar en dicho lugar. Sentencias 2,410 páj. 1,000, 3,035 páj. 1,269, 3,040 páj. 1,271, 3,381 páj. 1,421, 4,603 páj. 1,940 i 4,842 páj. 2,052 año 78; 457 páj. 305 i 574 páj. 383 año 79.

4. Las C. de C. (2) i de la S. tienen la primera jurisprudencia de la Suprema, esto es, que no hai hurto ni robo consumado sino frustrado cuando el reo sea sorprendido ántes de salir del lugar del hurto o robo, o en el acto de haberlo cometido i cuan-

(1) Corte Suprema.

(2) Corte de Concepcion.

do, siendo perseguido, se le aprehende ántes que sus perseguidores lo pierdan de vista. Asi la S. 2,060 páj. 933 año 75 de la C. de C. penó como autor de robo frustrado a un reo que fué sorprendido dentro de una tienda con varias mercaderias que habia ya sustraído; la 448 páj. 300 año 79 de la misma córte penó tambien como autor de hurto frustrado a un reo que tomó un caballo i montando en él huyó, siendo aprehendido ántes que sus perseguidores lo perdiesen de vista; i, en fin, la 1,686 páj. 870 año 76 de la C. de la S. penó como hurto frustrado el hecho de ser sorprendido el reo arreando unos animales ajenos dentro de la estancia en donde los habia tomado. La primera de estas sentencias es completamente contradictoria a varias de la C. S. de los años 78 i 79 citadas; i la segunda lo es igualmente en contra de la 3,046 páj. 1,271 año 78 de la misma Córte que calificó de hurto consumado un hecho idéntico al que aquella calificó de frustrado.

5. Respecto a las falsificaciones no hemos encontrado una sola sentencia de la C. S. ni de la S. que haya clasificado de delito frustrado; pero la 810 páj. 401 año 77 de la C. de C. clasificó como tal el hecho de escribirse en un cheque de banco una suma de dinero sobre la firma verdadera del dueño, por cuanto el reo no alcanzó a percibir el dinero, a pesar de que puso de su parte todo lo necesario, segun dice la sentencia.

6. Nosotros no aceptamos esta jurisprudencia contraria a los principios del testo ni aun en el caso especiálísimo en que la córte halló delito frustrado. Es cierto que, por escepcion a las reglas jenerales que rijen las falsificaciones, los arts. 197 i 198 del Código Penal exigen, como elemento esencial de los delitos que ellos penan, un perjuicio de tercero, esto es, cierto resultado material; pero la misma naturaleza de estos delitos escluyen el frustramiento. Porque, o se lleva a cabo el hecho que ha motivado la falsificacion, i en que consiste el perjuicio, o no: en el primer caso es fuera de duda que hai consumacion; i en el segundo, la falsificacion es un simple acto preparatorio o una tentativa si se quiere, puesto que puede todavia suspenderse la ejecucion por la mera voluntad del actor, circunstancia caracteristica de los actos preparatorios i de la tentativa i que no concurre en el delito frustrado, el cual no puede suspenderse por la sola voluntad del culpable.

7. I si en el caso de que tratamos no cabe el delito frustrado, a pesar de ser el perjuicio de tercero un elemento esencial de la falsificación, menos se concibe en las otras falsificaciones que, en realidad de verdad, no son mas que actos preparatorios de estafas, hurtos o de otros daños a la sociedad o al individuo i que la lei, para prevenirlos, ha elevado a la categoría de delitos especiales que se consuman por el mero hecho de la falsificación, aunque no causen ningun daño (1).

8. Tampoco hemos encontrado sentencias de la C. S. ni de la S. que califiquen algun hecho de falso testimonio frustrado; mas la misma C. de C. en la sentencia 2,006 páj. 904 año 75 clasificó de delito frustrado el falso testimonio de un testigo que en el acto de declarar se retractó por cargos que se le hicieron. Esta clasificación se impugna recordando que para la existencia del delito frustrado es necesario que se hayan ejecutado tales actos que el actor no pueda ya impedir la consumación por su sola voluntad; i tener presente que en el caso juzgado por la corte el reo podia por su sola voluntad impedir la consumación por no estar todavia terminadas siquiera las solemnidades necesarias para la validez de la declaración.

9. Pero esta opinion de dos de los ministros consignada en la espresada sentencia, no fué aceptada por los otros ministros Soto i Sanhueza en la sentencia 1,287 páj. 656 año 76, en la cual declararon que el delito de perjurio o falsedad se comete en un solo acto, i por consiguiente que no puede decirse que un reo ejecute hechos directos para consumarlo.

10. Estamos conformes con estos votos en cuanto ellos escluyen en absoluto el frustramiento de los delitos de falso testimonio; pero no aceptamos que se cometan en un solo acto ni que escluyan tambien la tentativa; i como nuestra opinion se encuentra apoyada por sentencias de la C. S. i de la S. no estará de mas citarlas. En efecto la S. 412 páj. 196 año 76 condenó como reo de tentativa a dos testigos que habiendo declarado falsamente en favor de un reo se retractaron ántes de haber firmado las declaraciones i de haberse ratificado; la 1,064 páj. 425 año 78 declaró que no era justiciable un reo que voluntariamente se retractó de una falsa declaración, aceptando así que solo hubo

(1) En la sentencia citada de la C. de C. puede verse el voto del ministro Astorga.

tentativa de la que el reo se acrepintió voluntariamente; i, por fin, la 3,534 páj. 1,763 año 79 hizo la misma declaracion anterior i absolvió a un reo que habia prestado una falsa declaracion que retractó poco despues por observaciones que le hizo el juez.

11. Tanto la C. S. como la de C. han calificado de lesion frustrada el hecho de disparar uno o mas tiros de revólvers sobre una persona a quema-ropa i sin hierirla. S. 459, páj. 213, 2,565 páj. 1,174 año 75, 473 páj. 225 año 76; i 1,050 páj. 722, 1,348 páj. 691 del 79.

12. Segun los principios del texto no cabe en las lesiones el delito frustrado i los hechos que han motivado esas sentencias deben considerarse como meras tentativas; pues todavia los reos pudieron suspender la consumacion por su sola voluntad.

13. En cuanto al homicidio, la C. S. en la sentencia 1,592 páj. 644 año 78 calificó de homicidio frustrado el hecho de disparar en contra de una persona dos tiros de revólvers a corta distancia i sin herir, deduciendo la intencion de matar de los antecedentes; pero en la S. 265 páj. 121 del mismo año habia calificado de tentativa solamente el hecho de disparar un balazo con intencion de matar, llevándose la bala el sombrero del ofendido.

14. Nos parece inútil advertir que aceptamos la doctrina de la segunda sentencia citada i que consideramos errónea a la primera. Disparar un balazo en contra de una persona con ánimo de matarla, es fuera de duda un acto de ejecucion del crimen de homicidio; mas como despues del disparo, si no se hiera, el reo por su sola voluntad puede suspender la consumacion, dicho acto es una mera tentativa. El homicidio frustrado empieza con la herida, esto es, cuando la muerte consecuencia de la herida, la consumacion del crimen no puede impedirse por la sola voluntad del culpable.

15. En cuanto a la aplicacion del artículo 7.º al delito de incendio tenemos las S. 180 páj. 115 i 2,064 páj. 1,445 año 79 de la C. S. La primera calificó de delito frustrado el hecho de prender fuego a una cama con intencion de incendiar una casa de correccion, apagándose el fuego por terceros i quemándose solamente una parte del colchon; i la segunda calificó de tentativa el hecho de prender fuego a un granero, sorprendiéndose al reo cuando avivaba el fuego que fué apagado. Por nuestra parte creemos que en uno i otro caso hubo solo tentativa, puesto que

en ambos los reos pudieron impedir la consumacion por su mera voluntad.

ARTICULO 10.

16. La S. 3,420 páj. 1,727 año 77 de la C. S. declaró que el hambre debe ser extremo para que pueda exentar de responsabilidad al reo de hurto, pues solo así puede calificarse de fuerza irresistible.

17. La S. 1,242 páj. 503 año 79 de la C. de C. declaró que todas las causas de exencion de responsabilidad son escepciones perentorias que deben reservarse para definitiva.

ARTICULO 11.

18. La S. 2,822 páj. 1,316 año 75 de la C. S. declaró que los estímulos de que habla el núm. 5.º han de ser lejítimos; i en consecuencia que no es circunstancia atenuante la de encontrar un mancebo a su manceba cohabitando con otro. La misma sentencia declaró tambien que no es confesion espontánea la que presta un reo aprehendido por la justicia.

ARTICULO 12.

19. La S. 1,104 páj. 439 año 78 de la C. de C. declaró que no era reincidente un reo de simple delito de hurto que habia sido condenado ántes por otro de seis pesos calificado de mera falta; mas la 1,625 páj. 838 año 76 de la C. de la S. revocó la de 1.ª instancia que consignaba el mismo principio.

20. Creemos que, hablando el número 16 de delito en jeneral, palabra que comprende los crímenes, los simple delitos i las faltas segun el artículo 3.º; i que siendo de una misma especie el hurto de ménos de diez pesos que el de mayor suma, fué errada la declaracion de la C. de C. i acertada la revocacion de la otra Corte.

21. La C. S. en las S. 2,044 páj. 1,507 año 77 i 1,540 páj. 1,069 año 79 declaró que era circunstancia agravante del hurto, en virtud del número 19, sacar las especies hurtadas con fractura o escalamiento de lugar no destinado para salida. Como nosotros creemos que el hurto i el robo se consuman desde que se toma la especie, no podemos aceptar dichas declaraciones; puesto que la fractura o escalamiento a que las sentencias se refieren tuvie-

ron lugar despues de la sustraccion, cuando el delito estaba consumado; i la C. S. cometió en nuestro concepto, una inconsecuencia en la segunda de estas sentencias, pues en su fecha ya aceptaba que el hurto o robo era consumado verificada la sustraccion i aun cuando el delincuente no hubiese salido del lugar del hecho.

ARTICULO 17.

22. La C. de C. en la S. 1,591, páj. 816 año 76 condenó como cómplice a un individuo que ayudó a un ladron a sacar el cuero de un buey hurtado i que comió de su carne. Esta clasificacion es para nosotros equivocada; porque no habiendo complicidad sin cooperacion en hechos anteriores o simultáneos al delito i habiendo el reo ayudado solamente a sacar el cuero del animal ya hurtado, hubo solo encubrimiento como calificó la sentencia de 1.ª instancia.

23. La C. S. i de la S. han declarado en las S. 35, páj. 18 i 196, páj. 98 año 78 que las personas en cuyo poder se encuentra solo parte de un hurto o robo no deben ser penadas como encubridoras del todo sino de esa parte.

24. La misma C. S. en la S. 1,194 páj. 606 año 76 declaró que era encubridor de robo un reo que recibió del ladron un reloj que habia arrebatado, siendo sorprendido en el acto. Esta sentencia está conforme con nuestros principios que consideran consumado este robo, i tambien lo está con la última jurisprudencia de dicha Corte que lo considera del mismo modo; pero es contraria a la que tenia en ese año que penaba hechos semejantes como hurtos o robos frustrados.

ARTÍCULO 18.

25. Dos votos de las S. 947 páj. 429 i 948 páj. 430 año 75 de la C. de la S. declararon que debia aplicarse la antigua legislacion a los que hubiesen cometido sus delitos durante ella i que hubiesen sido procesados como ausentes; por cuanto la sentencia de reos ausentes no es de término.

26. Consideramos errada esta doctrina; porque el inciso 2.º, en qué se apoya, manda que se aplique la pena menos rigorosa sin distinguir reos ausentes o presentes, siempre que despues de cometido el delito i ántes de pronunciarse sentencia de término se promulgue otra lei que le aplique una menos rigorosa, esto



es, todo lo contrario a la declaracion de que tratamos. Si el inciso habla de sentencia de término es precisamente para comprender en la disposicion aun a los reos ausentes condenados ántes del código con calidad de oirseles.

27. En la S. 1,252 páj. 565 año 75 la mayoría de la C. S. consignó los fundamentos en virtud de los cuales habia aplicado la lei antigua a un robo que por ella merecia una pena de 16 meses a 7 años de presidio i por el código una de 18 meses a 5 años del mismo. La razon principal fué que en tales casos no se podia aplicar una pena mayor que la señalada por la nueva lei, pero si una menor no comprendida en esta i autorizada por la anterior, esto es, la doctrina de Dalloz que hemos indicado en el testo. El ministro Valenzuela opinó que debia aplicarse el Código Penal por ser en abstracto ménos riguroso i por cuanto no es la pena que impone el tribunal la que determina la lei con arreglo a que debe juzgarse, sino la que sanciona la misma lei. Insistimos en nuestra opinion i si no la apoyamos con otras consideraciones es porque el artículo es ya de rarísima aplicacion.

28. Tres Ministros de la C. de la S. han opinado que debe aplicarse el Código Penal a todos aquellos delitos cometidos durante la antigua lejislacion i castigados con pena arbitraria; mas el Presidente Cousiño i el Juez Letrado Cavada opinaron lo contrario. Participamos de la primera opinion; porque, como se expresó el Ministro Valenzuela de la Córte Suprema, no siendo la pena que impone el tribunal la que determina la lei con arreglo a la cual debe juzgarse, sino la que sanciona la misma lei; i siendo en abstracto mas grave la pena arbitraria por su lata estension, debe aplicarse la ménos rigurosa; i no se puede tomar en cuenta la circunstancia de que el tribunal pueda, elijiendo la arbitraria, imponer una pena menor que el minimum fijado en la nueva lei, porque lo único que debe respetar es el máximo de esta.

#### ARTICULO 24.

29. La C. de C. en la S. 817 páj. 325 año 78 declaró que es pena la obligacion que este artículo impone; i en consecuencia que el indulto de todas las penas a que un reo ha sido condenado lo exenta de pagar costas, daños i perjuicios.

30. Nosotros aceptamos el voto especial i contrario a esta doctrina del Presidente Risopatron por las razones consignadas en él i ademas por las del número siguiente.

31. El artículo 48 enumera el orden en que debe hacerse el pago de las responsabilidades pecuniarias a que un reo sea condenado cuando sus bienes no fuesen bastantes para satisfacerlas todas, inclusive la multa que es pena, segun el artículo 21. El artículo 49 señala una pena corporal para el caso de no satisfacerse la multa, esto es, una pena por otra pena; pero no señala ninguna para el caso de no satisfacerse las otras responsabilidades, lo que manifiesta claramente que el código no las considera como penas sino como obligaciones civiles. Si se consideraran esas responsabilidades como penas, lo mismo que a la multa, el código, sin faltar a la lójica, habria tenido que determinar tambien un castigo corporal para el culpable que no tuviese bienes con que satisfacerlas, es decir, otras penas en lugar de ellas como en el caso de la multa.

#### ARTICULO 29.

32. La S. 1,538 páj. 789 año 76 de la C. de C. declaró que no debian imponerse las inhabilitaciones de este artículo a un reo condenado a 9 años de presidio por varios delitos, ninguno de los cuales merecia el presidio menor en su grado máximo. El Presidente Risopatron opinó que debia imponerse dichas inhabilitaciones, fundándose en que debe atenderse para imponerlas a la pena de la sentencia i no a la que cada delito merezca. Opinamos como la mayoría del tribunal; i creemos que esa especie de absurdo que encontró el Presidente en que, por la teoria de la Corte, resulten hábiles para ejercer derechos políticos i para desempeñar cargos i oficios públicos reos de nota, proviene, como lo hemos dicho en el testo, de que se haya atendido para imponer estas inhabilitaciones a la gravedad de la pena i no a la naturaleza de los delitos.

#### ARTICULO 37.

33. La S. 462 páj. 227 año 77 negó en 1.<sup>a</sup> instancia el descargamiento de un reo; porque, tomando en cuenta ciertas agravaciones, resultaba aflictiva la pena correspondiente; pero la C. S. lo concedió conforme a la lei, en nuestro concepto. La de C.

parece que acepta la doctrina contraria; porque en la S. 1,362 páj. 574 año 78 tomó en cuenta ciertas agravaciones para calificar de crimen un hecho i decidir una competencia, en contra de la opinion del Ministro Soto que es tambien la nuestra.

ARTÍCULO 64.

34. La C. S. en la S. 466 páj. 310 año 79 declaró que un reo que mandó hurtar animales no era responsable de ciertos hechos verificados por los ejecutores i en virtud de los cuales hubo robo en vez de hurto.

ARTÍCULO 74.

35. La misma C. S. declaró en la S. 2,958 páj. 1,511 año 77 i en la 3,784 páj. 1,574 año 78 que la pena de azotes establecida por la lei de 3 de Agosto de 1876 no debe imponerse a los reos, condenados por varios hurtos o robos, tomando en cuenta el tiempo total de las condenas sino el de cada una.

ARTÍCULO 75.

36. La S. 2,078 páj. 1,395 año 76 de la C. S. declaró que el hecho de llevarse a un muchacho del lugar en que se habia cometido un robo i con la intencion de impedir que denunciase a los ladrones, debia castigarse separadamente del robo, revocando la de 1.ª Instancia que consideraba la sustraccion como un medio necesario para cometer el delito. Participamos de la opinion de la Córte; pues el plajio fué un hecho posterior a la consumacion del delito.

37. La misma Córte en la S. 1,447 páj. 734 año 76 impuso solo la pena del homicidio, en conformidad a este artículo, a un reo que cometió el delito con arma prohibida, revocando la de 1.ª Instancia que habia impuesto la pena correspondiente al crimen i a la falta de cargar armas prohibidas.

38. La S. 1,898 páj. 1,331 año 79 de la misma Córte aplicó este artículo i los 197 i 198 a un reo que sacó un trigo de un molino con una órden falsificada, considerando que hubo falsificacion i estafa. Creemos que solo hubo falsificacion de documento privado, i que no debió aplicarse el art. 75; porque siendo el perjuicio de tercero un elemento constitutivo de la falsificacion de dicha clase de documentos, esta no se consuma sin el per-

juicio; i por lo tanto, en el caso fallado por la Córte, lo que ella clasificó de estafa, esto es, el hecho de sacar el trigo del molino, fué solo la consumacion del delito de falsedad.

ARTICULO 78.

39. La C. de C. en la S. 2,812 páj. 1,442 año 77 calificó de falta, para los efectos de la prescripcion, cierto hecho por el cual un reo habia sido condenado ántes del código a un mes de presidio.

ARTICULO 90.

40. La C. de C. en la sentencia citada en el anterior artículo calificó de simple falta el quebrantamiento de una condena a un mes de presidio impuesta ántes del Código Penal; i declaró prescritas tanto la falta del quebrantamiento como la pena ya impuesta por haber trascurrido mas de seis meses. Por esta sentencia la pena de incomunicacion puede ser de crimen, de simple delito i de falta, segun haya sido el hecho porque el reo hubiese sido condenado, regla conforme al número 1.º del artículo 90 que impone la incomunicacion a los condenados no solo a presidio i reclusion, sino tambien a los que lo hayan sido a prision, pena aplicable solo a las faltas.

ARTICULO 103.

41. La C. de C. en la S. 2,060 páj. 933 año 75 declaró, en contra de la opinion del juez de 1.ª Instancia, que en virtud del artículo 99 no es aplicable el 103 cuando el reo sea sorprendido cometiendo otro delito, aunque haya trascurrido ya mas de la mitad del tiempo para la prescripcion de la pena. Opinamos como el Juez de 1.ª Instancia; porque si el trascurso del tiempo necesario para prescribir la accion penal o la pena produce el efecto de estinguirlas por completo i el trascurso de la mitad de dicho tiempo el de disminuir las penas, la comision de un nuevo crimen o simple delito despues de cumplidos dichos plazos no puede destruir efectos ya producidos i a cuyos beneficios el reo tiene un derecho adquirido. I así como seria necesario que un mandato espreso de la lei privase de los beneficios de la prescripcion a los reos que cometan crímenes o simple delitos despues de cumplido el plazo; del mismo modo seria menester igual mandato para que se prive a los reos del beneficio que les

concede el artículo 103 cuando cometan crímenes o simples delitos despues de trascurrida la mitad del tiempo de la prescripcion, mandatos que no existen en el código.

42. La S. 865 páj. 431 año 76 de la C. de C. aplicó este artículo a un reo por delito militar previsto i penado por la Ordenanza del Ejército. Con el Ministro Soto no aceptamos esta teoría que aplica dos códigos a la vez, uno para la clasificacion i pena del delito i otro para aplicar atenuaciones que el primero no reconoce.

#### ARTICULO 104.

43. La C. S. en las S. 197 páj. 99 i 242 páj. 112 año 78 ha declarado que, a pesar de la disposicion de este artículo, puede imponerse a los reos reincidentes en hurtos o robos la sujecion a la vijilancia de la autoridad que autoriza el art. 452, en contra de la opinion del ministro Valenzuela.

FIN DEL TOMO PRIMERO.



# INDICE.

## LIBRO PRIMERO.

	PÁJINA.
Dedicatoria.....	III
Introduccion.....	V

### TÍTULO PRIMERO.

**De los delitos i de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan.**

§ I.	De los delitos.....	1
§ II.	De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal.....	40
§ III.	De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal.....	77
§ IV.	De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.....	95
§ V.	De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, segun la naturaleza i accidentes del delito .....	120

## TÍTULO SEGUNDO.

**De las personas responsables de los delitos.**

	PÁJINA.
§ UNICO. De las personas responsables de los delitos..	134

## TÍTULO TERCERO.

**De las penas.**

§ I. De las penas en jeneral.....	161
§ II. De la clasificacion de las penas.....	167
§ III. De los límites, naturaleza i efectos de las penas	194
§ IV. De la aplicacion de las penas.....	255
§ V. De la ejecucion de las penas i de su cumplimiento.....	337

## TÍTULO CUARTO.

**De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias i los que durante una condena delinquen de nuevo.**

§ I. De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias.....	349
§ II. De las penas en que incurren los que durante una condena delinquen de nuevo.....	358

## TÍTULO QUINTO.

**De la estincion de la responsabilidad penal.**

§ UNICO. De la estincion de la responsabilidad penal.	364
Apéndice.....	389



