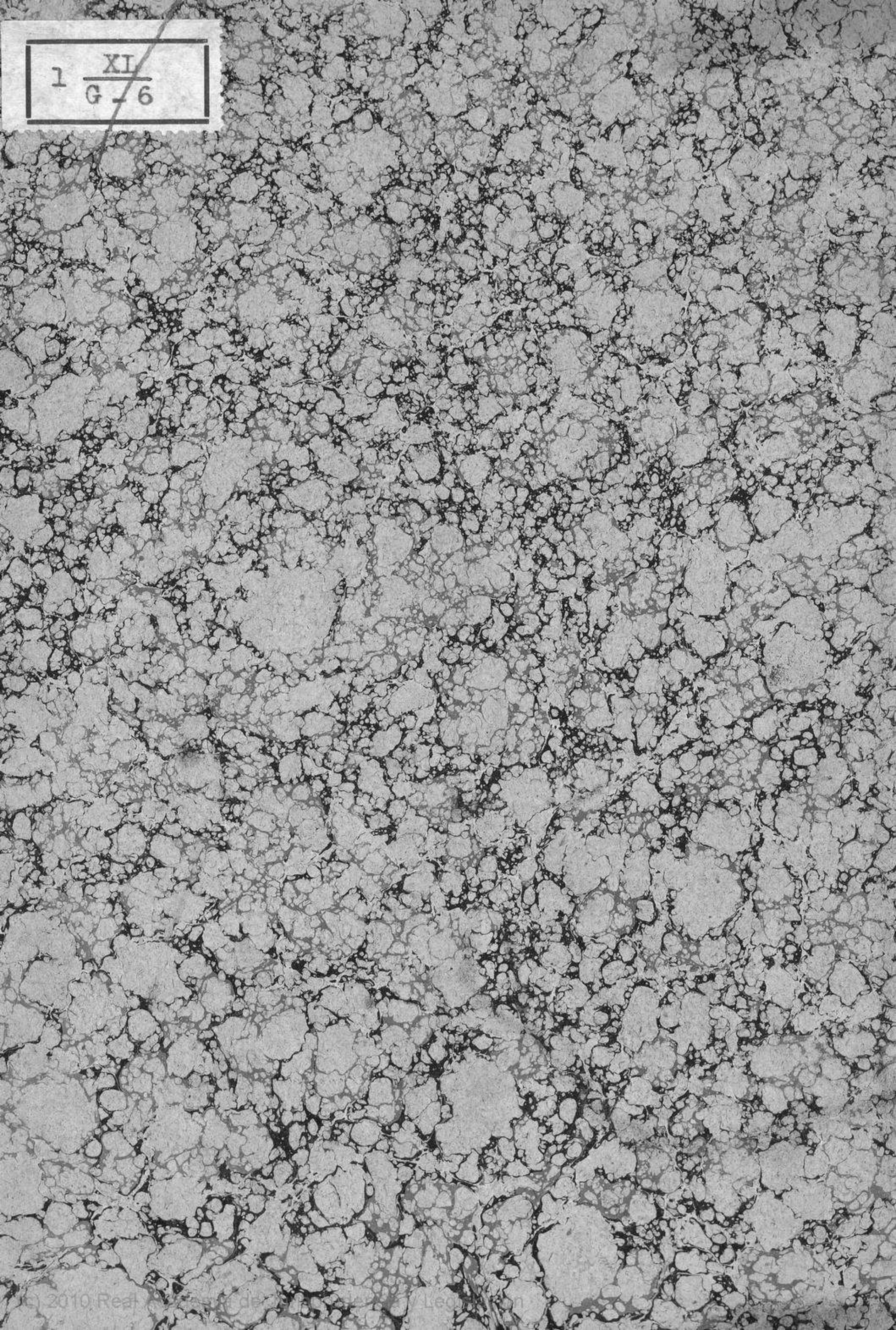
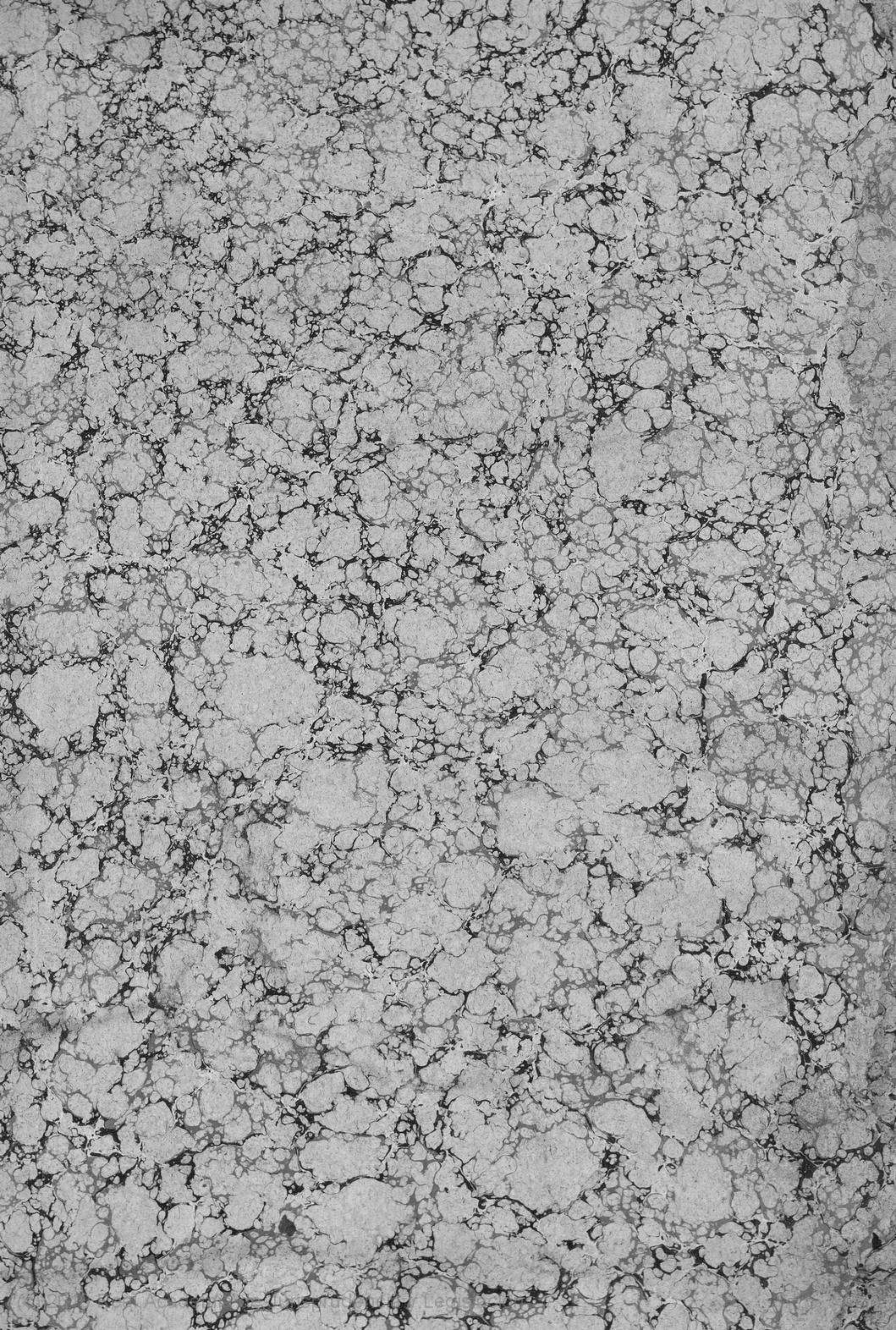


1 $\frac{XL}{G-6}$





PAP.

7/14420

1 ~~ΔΔ~~
G-6

CUESTIONES SELECTAS

DE

DERECHO PENAL VIGENTE,

POR

D. Vicente Hernandez de la Rúa.



MADRID.

Imp. del BOLETIN DE JURISPRUDENCIA, á cargo de CASTILLO,
calle del Rio, núm. 6.

1854.

CUESTIONES SELECTAS

DERECHO PENAL VIGENTE

por

D. Vicente Ferrnandez de la Haza



MADRID

Imp. del Notario de Jurisprudencia, a cargo de Castiella
Calle del Hno. Juan, 10.

1871

INTRODUCCION.

Cuando en el año 1844 dedicamos algunos artículos del **Boletín de Jurisprudencia y Legislación**, á esponer nuestras opiniones relativamente á la formacion de nuevos códigos, no pudimos ocultar los temores que nos sobresaltaban de que las obras no correspondieran al buen deseo de los que, ó bien por opinion propia, ó bien dejándose arrastrar por el noble orgullo de conservar su nombre en la posteridad, figurando en una creacion eterna, ó acaso por el poderoso é irresistible influjo de las exigencias de la época, accedieron á la formacion de códigos nuevos. Por desgracia no nos engañamos; si en aquellos tiempos se lamentaban el desórden, la confusion y la divergencia entre las sentencias de los tribunales en delitos idénticos, calificados por iguales circunstancias, luego que el Código criminal ha visto la luz pública, mucho mas que anteriormente se separaron los tribunales en los fallos de la unidad que constituye la justicia distributiva; mayores dificultades se han presentado á los encargados de la sublime mision de resolver los procesos criminales: no

basta decirlo, es menester adquirir esta convicción á costa de una larga experiencia: con el Código en una mano y con las causas criminales en la otra, es como se ven, como se tocan su perfección ó sus defectos. Por esto quisimos volver, amaestrados por la práctica, á emprender nuestras tareas interrumpidas de escribir para el público, y hoy que con algunos miles de causas podemos atestiguar nuestros dichos, queremos dar publicidad á las observaciones aprendidas en la experiencia. Para explicar las leyes de un país, para resolver las grandes cuestiones que pueden suscitarse, no basta estudiar los códigos por los códigos mismos, es menester descender al terreno práctico, y allí es donde se aprende lo que la imaginación no alcanzó á concebir, porque en el vastísimo campo de los hechos es imposible que las teorías todo lo comprendan, todo lo determinen.

Por mas doloroso que sea confesarlo, menester es decir que poco, muy poco se ha adelantado, ni en la regularización de las penas ni en la proporción de las mismas entre sí por razón de los diferentes delitos, ni en la seguridad y acierto de su imposición; y para acabar de decirlo todo, las reformas últimamente hechas han venido á consumir el desorden en gran parte entre las disposiciones primitivas del Código y las reformadas. No vale decirlo, es preciso acreditarlo, y para que no se entienda que un espíritu de oposición nos inclina á censurar algunas partes del Código, con ejemplos prácticos haremos ver la verdad de las proposiciones que se han sentado. Dominan por una fatalidad, cuya causa es harto conocida en el Código penal, ciertas afecciones, ciertos pensamientos concebidos mas bien que por el estudio de las reglas ó principios de penalidad, por esas ideas tradicionales que corren de boca en boca y pueden calificarse de opiniones vulgares, y por una consecuencia necesaria se ha adoptado un sistema de rigorismo llevado á tal término, que peca en severidad, difícil de justificar, si se compara con las sanciones de la ley, tratándose de otros delitos, y dentro de sí mismo se desconoce la distancia que cabe entre delitos y delitos de la misma clase por los grados de culpabilidad. La clase de escribanos, por ejemplo, se encuentra de tal modo desautorizada por rumores vulgares generalmente infundados, que con solo decir que una persona cualquiera es escribano, basta ya para calificarla de un

modo poco lisonjero, y hablándose en general, todos sus actos se creen embrollos, por decirlo así, porque la opinion del vulgo inconsiderada, reputa las acciones malas como condicion de la clase, y lo que es peculiar de alguno de sus individuos, lo hace estensivo al cuerpo colegiado. Pues bien, trasmitidas estas opiniones al Código, se observa que la falsificacion de documentos públicos ú oficiales se castiga con una pena severa, con la de cadena temporal. No se entienda que es nuestro ánimo asentar, al espresarnos así, que la imposicion de esta pena grave sea siempre dura y fuerte: decimoslo, sí, porque no se ha meditado bien, porque no se han tenido en cuenta al fijar la regla general que sanciona el Código, ni las condiciones especiales de los falsificadores, ni las consecuencias mas ó menos graves de la falsificacion en casos dados. En primer lugar no se distingue entre la falsificacion ejecutada por el funcionario público, por el escribano, v. g., y la que realizase una tercera persona, suplantando la firma de aquel funcionario; y en segundo, no se califican las consecuencias por razon del mal que pueden producir. A todo el que falsifica documento público se le castiga con cadena temporal; esto es, por lo menos con doce años de esta pena. Pues bien, comparemos esta determinacion legal con la penalidad establecida para el hurto, y veamos si se han guardado las reglas de justicia distributiva. El que hurta una cosa cuyo valor esceda de quinientos duros, será castigado con presidio menor, esto es, con seis años á lo mas de esta pena aunque sustraiga quinientas onzas de oro. ¿Cabe, pues, comparacion entre la una y la otra pena? ¿Será acaso equitativo ni justo condenar, por ejemplo, con cadena temporal á un infeliz alcalde que diere certificacion falsa ó inexacta de no haber exigido multas en un juicio en que condenó á dos ducados, en tanto que al que hurtó quinientas onzas de oro solo se le castiga con cuatro, cinco ó seis años de presidio? ¿A dónde estan, pues, en este y otros mil y mil casos que pudieran figurarse, las reglas de proporcion penal? ¿Pues qué, en un Código se ha de considerar cada delito aislado é independiente de los demas para sancionar las penas? Se dirá tal vez que el carácter de autoridad agrava los grados de criminalidad; pero en prueba de que esto no es exacto, en el mismo hurto citaremos ejemplo que acredite que ese carácter no es mas que una cir-

constancia agravante segun el mismo Código, y por consiguiente que en el uno ó en el otro caso se ha padecido equivocacion. Supongamos que ese mismo alcalde, prevaleándose de su autoridad logra que se abra la puerta de una casa, y que de ese modo facilita que los que le acompañan consumen un hurto; ¿podrá en este caso imponérsele mas pena que la de presidio menor en su grado máximo? En este caso como en el otro, la persona revestida de autoridad fué la que perpetró el delito, y ese mismo carácter, esa misma consideracion se coloca en distinta escala, supuesto que se imponen diferentes penas.

167 Pero hemos dicho que dentro del círculo especial de un delito tampoco se han guardado las reglas proporcionales de penalidad en consideracion al carácter de las personas delincuentes y á las consecuencias del delito. El escribano, v. g., es depositario de la fé pública; ha obtenido de la ley una investidura especial que da tal valor á sus dichos, que es menester una prueba tambien especial para acreditar la falsedad, en tanto que los demas empleados no gozan de esta condicion particular, porque lo que bajo su firma aseguran, se combate victoriosamente con la prueba ordinaria. Pues bien, supóngase que un escribano autoriza una escritura de venta figurada, y que un alcalde da esa certificacion falsa de que antes se hizo mérito; uno y otro serán castigados con cadena temporal en el grado que corresponda, esto es, no concurriendo circunstancias atenuantes ni agravantes, con diez y seis años de cadena. ¿A dónde esta, pues, la justicia proporcional de semejantes condenaciones? ¿Son igualmente criminales el depositario de la fé pública que abusó de ella, que el empleado que no la tiene? ¿Son iguales las consecuencias de un documento cuya falsedad no puede acreditarse sino por el dicho de cuatro testigos hábiles, y la de aquel otro que con solo dos testigos queda combatido? No sin razon la desusada ley de Partida mandaba cortar al escribano falsario la mano derecha, en tanto que á los demas que hacian falsedad les castigaba con penas menos severas. Y no es nuestro ánimo por esto defender la pena de la ley de Partida; citámosla, sí, para hacer patente la desigualdad con que se castigaba á unos y otros falsarios, para que penetrándose de esta distincion justa, se reconozca que han debido establecerse penas diferentes.

Es tambien anómalo en cierto modo que la pena de cadena temporal se haya fijado como única para la falsificacion de instrumentos que sin atender á las consecuencias, y esto es tanto mas notable, cuanto en el Código predomina la base de regulacion de penas por sus efectos. El juez á quien se exhiba un testamento falso, castigará á su autor con cadena temporal en su grado medio, y el juez á quien se presente una notificacion falsa de un auto, por ejemplo, por el que se confirió traslado, le castigará con cadena temporal en su grado medio; á un alcalde, v. g., que suscriba un auto de oficio en que diga que una persona cualquiera le dió parte de hallarse un hombre muerto, siendo así que lo habia sabido por otra, á la que no queria descubrir se le castigará con cadena temporal en su grado medio. Vé aquí, pues, cómo se demuestra que no se ha logrado la regulacion y proporcion de las penas por la que tanto se clamaba antes de formar los Códigos.

Sentado que las reformas últimamente hechas han desconcertado mas bien que ordenado el Código y hecho desaparecer los defectos que se notaban, vamos á poner algun ejemplo que así lo demuestre, sin perjuicio de hacer las observaciones correspondientes en las cuestiones que sucesiva y separadamente hemos de tratar. En el Código primitivo decia el art. 4.º que la conspiracion y la proposicion para cometer un delito solo era punible en los casos en que la ley los penara especialmente, y en el Código reformado dice el mismo artículo: "Son punibles la conspiracion y »la proposicion para cometer un delito." Pero añade luego en un párrafo nuevo: "Exime de toda pena el desistimiento de la cons- »piracion ó proposicion para cometer un delito, dando parte y re- »velando á la autoridad pública el plan y sus circunstancias an- »tes de haberse comenzado el procedimiento." Veamos si está en armonía esta reforma con lo que establece el art. 3.º: "Son pu- »nibles," dice este, "no solo el delito consumado, sino el frustrado »y la tentativa. Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar »de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no »logra su mal propósito por causas independientes de su volun- »tad;" lo cual equivale á decir que si por voluntad propia, es- pontánea, deja de consumir el delito, no incurre en pena porque lo hecho no es delito frustrado. Ahora bien, preguntamos: ¿necesitará en este caso dar tambien parte y hacer revelacion á

la autoridad pública del plan y sus circunstancias antes de haberse comenzado el procedimiento? Por ahora nos limitaremos á contestar que el Código habla solo de la conspiracion ó proposicion cuando exige el parte y revelacion á la autoridad para eximirse de la pena: en otro lugar y á propósito trataremos despacio esta cuestion.

Otro defecto, á nuestro juicio, en las reformas. El que amenaza á un Diputado ó Senador por las opiniones manifestadas en el Congreso ó Senado, si la amenaza fuere grave, incurre en pena de prision correccional en su grado medio, á prision menor en el mismo grado y multa de veinte á doscientos duros, artículo 193, y lo mismo por consiguiente será penado el que le amenazare por las opiniones que hubiere de manifestar, tal como si le dijere que le mataria si hablase en este ó el otro sentido. El art. 417 determina que el que amenace á otro con un mal que constituya delito, si lo hiciere imponiendo una condicion ilícita y consiguere su propósito, incurre en la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley al delito con que amenazare, en términos que si fuere con la muerte como en el caso del Diputado, será penado con cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua, que es la inmediatamente inferior á la cadena perpétua á muerte en que incurre por el homicidio premeditado. Compárense, pues, un caso con el otro, y se verá que la reforma ha establecido una penalidad especial en grado menor, cuando por el contrario debia ser en mayor atendida la condicion de la persona.

Respecto á la seguridad y acierto en la imposicion de las penas, se declamaba en otro tiempo con cierta especie de sorpresa al ver que los tribunales y juzgados discordaban absolutamente en sus fallos, y se esperaba del Código penal nada menos que la uniformidad completa; pero desgraciadamente hoy como entonces se observa con harta frecuencia, no solo que por efecto de la calificacion de las pruebas los unos absuelven cuando los otros condenan, y que el ministerio fiscal pide lo que las Salas no acuerdan, sino lo que es mas estraño, sino lo que sorprende y patentiza la confusion es, que tratándose de calificar el delito, unos le consideran comprendido en un artículo, otros en otro y otros en ninguno. Esta verdad tan exacta como funesta pudiéramos

mos acreditarla con el testimonio de causas de celebridad inmerecida. Allí estan como ejemplos vivos las infinitas resoluciones del Consejo Real contrarias á las opiniones de los tribunales, cuyo origen debe buscarse en la confusion de las disposiciones del Código penal. Esto es asombroso á la verdad, esto prueba que no se tuvieron presentes las demas leyes que regian en el pais cuando se establecieron reglas generales en el Código. Mas prescindiendo de estas cuestiones de que habremos de ocuparnos en el lugar conveniente, citaremos como comprobante de la discordancia entre los fallos de los tribunales, esas sentencias en las cuales en unas audiencias el homicidio alevoso ó premeditado sin circunstancias atenuantes, pero sin prueba plena se castigaba con cadena perpétua si concurría alguna circunstancia agravante, y en otras con reclusion temporal en su grado máximo, diferencia enorme que puede absorber muchos años de sufrimiento. Ahí estan esos fallos segun los que en algunas audiencias se castigaba teniendo la confesion del procesado como circunstancia atenuante, mientras en otras para nada se estimaba. Esa diferencia en las opiniones era de tal importancia y trascendencia que en los territorios, en los cuales se profesaba la primera opinion, la pena capital estaba sujeta á la voluntad de los delincuentes, porque sabedores de que su confesion les servia de atenuante, cuando tenian el convencimiento de que el delito se les probaria, se apresuraban á confesar la culpa para salvarse de la pena última, única imponible cuando al procesado no le favorece alguna circunstancia atenuante.

Convencidos, pues, de que era menester esperar por algun tiempo á que la práctica nos fuera revelando las dificultades que la ejecucion del Código ofreciera, suspendimos nuestras tareas, y hoy con el temor consiguiente á las razones de dudar que resaltan á primera vista de las observaciones que se acababan de esponer, tomamos la pluma de nuevo para ofrecer á nuestros lectores, no doctrinas y principios ciertos en jurisprudencia criminal, sino simples opiniones sobre las que hayan de meditar para formar las suyas, robustecidas con frecuentes ejemplos que el despacho de los negocios nos ha hecho conocer.

Pudiéramos escribir unos comentarios al Código por cada uno de sus artículos, pero este trabajo seria estéril é innecesario en

su mayor parte, supuesto que muchos de los artículos del Código son claros y de fácil comprensión, y todo lo que de ellos pudiera decirse, sería reproducir sus disposiciones con mas estension. Por esta causa únicamente nos proponemos tratar con la separacion debida las principales cuestiones, en cuya resolucion se han visto embarazados los tribunales, dando preferencia en el orden á aquellas que son mas frecuentes, sin que por eso dejemos de ocuparnos de alguna que otra que pertenezca al derecho constituyente.

Antes de concluir estas observaciones, debemos repetir que ningun espíritu de hostilidad nos anima contra el Código penal; porque somos los primeros en reconocer la escelencia de muchas de sus partes, y en prueba de ello confesaremos que el Libro primero apenas podrá mejorar.

CUESTION PRIMERA.

¿Existen vigentes otras leyes penales ademas de las del Código, despues de la publicacion de este? En caso afirmativo, ¿cuáles son?

La existencia de un Código penal, ordenado de intento para reunir en un libro la multitud de leyes estravagantes que confundian y ponian en desacuerdo á los tribunales, y con el fin de armonizar las penas con los principios reinantes en la época de su promulgacion, parece que es por sí sola bastante contestacion, y satisfactoria, á la pregunta que nos dirigimos. ¿Para qué se ha hecho el Código, se nos dirá con razon sobrada, sino para compilar en un solo volúmen el derecho penal que ha de regir en los fallos de los tribunales? ¿No sería perder un tiempo precioso el que se invirtiera en la redaccion de las leyes en un solo libro, si fuera de este tuvieran que consultarse otras vigentes, á pesar de la promulgacion de aquel? La incertidumbre, el caos, la confusion y la anarquía aumentan su maléfico poder en proporcion que las leyes se hallan desordenadas: para la formacion de un código se aprecian préviamente todos los actos del hombre en sus relaciones con la sociedad en masa y con cada uno de sus individuos, y de esa apreciacion resulta el libro de las leyes penales que señala el castigo para todas las acciones ú omisiones, calificadas como ocasionales de un mal físico ó moral digno de represion.

Sin embargo, parece que se ha trasmitido entre nuestros legisladores como un vicio hereditario el sistema imperfecto en la redaccion de los códigos: nunca, aunque por causas de origen diverso, los libros de las leyes que se han recopilado ó redactado de nuevo, formaron un cuerpo único y exclusivo de leyes, con derogacion absoluta de las anteriores. El Fuero Real, publicado con la intencion de que fuese reconocido como ley general en el Reino, donde habia de regir en cuanto no estuviese en desacuerdo con los fueros municipales, no comprendia el derecho único vigente en la monarquía española. El Código de Partida que se ordenó con el intento de que sirviese de cuerpo general de leyes, tampoco se observó jamás como ley única en el Reino, porque la repugnancia de los españoles á relegar á la historia sus antiguos usos y costumbres, cimentados en los fueros, si bien en los primeros tiempos siguientes á la publicacion de las Partidas se humilló ante el precepto de la ley, en breve se dejó conocer tan á las claras, que fué necesario recurrir á un medio contemplativo é ingenioso para no quitar á ese código inmortal la autoridad de ley española. El Código de las Partidas no fué jamás el cuerpo único de leyes vigentes en España.

La Recopilacion, llamada así porque en ella se reunieron las leyes, que dispersas regian como generales ó municipales en el Reino, adolece del mismo vicio que los códigos que la precedieron y subsiguieron. Y no tan solo nació ya aquel código con ese defecto que amenguaba el mérito de la obra, sino que conservó la autoridad de las leyes de Partida, aunque en segundo ó tercer orden en sus respectivos casos, dejando en fuerza y vigor dos sistemas desemejantes en sus bases respectivas, en su origen y en sus consecuencias. En efecto, el Código de D. Alonso representaba la jurisprudencia del pueblo conquistador de Oriente, y exigia para ser aceptable las costumbres, los hábitos y el sistema de gobierno de aquel pueblo belicoso, rico en acciones heroicas, pero escaso en industria y laboriosidad; en tanto que la Recopilacion encerraba las leyes que los Monarcas españoles habian dado á sus pueblos, cuyas costumbres no podian equipararse á las de los romanos. Esta anomalía puede únicamente explicarse por el predominio que el Derecho romano ejercia en todas partes, debido ya á la propagacion de las costumbres de aquel gran pueblo

llevadas á todos los paises con el estrépito de sus armas, ya á la escelencia de la mayor parte de sus leyes, por su armonía, por su perfecta correlacion y por la perseverancia en seguir constantemente los principios sentados, mas ó menos justos, mas ó menos exactos. Las leyes de Partida, fundadas en la parte civil en principios eminentemente filosóficos, debian ser las que rigieran en España, por la opinion casi uniforme de los jurisconsultos; pero la opinion general las rechazaba, y por eso quedaron pospuestas á las recopiladas puramente españolas, con el propósito de que paulatinamente cundieran y con el tiempo se elevaran á leyes de primer orden.

Los gravísimos defectos de la Recopilacion y otras causas que no interesa referir, hicieron indispensable la formacion de un nuevo código; pero como el pensamiento prevaleciente no fué el de reformar y aunar la jurisprudencia, por eso ni la Nueva, ni la Novísima Recopilacion, se distinguieron de los antiguos códigos en cuanto á la derogacion de las demas leyes que no ocuparan algunas de sus páginas. Por el contrario, al sancionarse la Novísima Recopilacion, se reconoció la autoridad legal de las Partidas y del Fuero Real y municipales en donde fuesen usados y guardados; y no tan solo se dió margen con esa conservacion de los antiguos códigos al desorden y á la confusion, sino que para patentizar la imperfeccion del que nos ocupa, una de sus leyes manda observar y guardar los nueve libros de la Nueva Recopilacion, cuya enmienda y correccion eran los fines que se proponia el legislador en la formacion de la Novísima.

Apenas regia este nuevo código, y ya fué cundiendo la opinion importada de otros paises sobre la necesidad de la reforma del derecho penal, debida sin duda á las teorías y doctrinas mas ó menos exactas que la razon filosófica predicó en los últimos tiempos del siglo anterior. Invadidos todos los paises de Europa por las doctrinas de los criminalistas humanitarios, comenzaron en su mayor parte las reformas de sus códigos, y si por medio de la formacion de estos se trataba de suavizar donde quiera el rigorismo de la penalidad que sancionaban las antiguas leyes, en España justificaba la necesidad de la reforma, no tan solo esa imperiosa novedad, sino tambien la de evitar la variedad y el arbitrio con que fallaban los tribunales, siguiendo las huellas de

los reformadores criminalistas, y apartándose de los duros y severos preceptos de leyes no derogadas por otras posteriores. Mas de una vez sin embargo se atribuía la impunidad de los tenidos por delincuentes, ó la diversidad de las penas impuestas, á lo defectuoso de las leyes; pero á nuestro entender, mas que de esa causa, nacían los males que se lamentaban del sistema probatorio que las leyes habian establecido y de la licencia abusiva en la interpretacion, fuese esta ó no justa y conveniente. El hecho cierto es que cualquiera que fuese la causa, la formacion de los códigos civil, criminal y de procedimientos se proclamó como necesaria, y la opinion no tan solo de la multitud sino de los hombres ilustrados la consideraba precisa para enmendar los errores de las antiguas leyes, para uniformar la jurisprudencia práctica, para que nuestro pais siguiera la marcha del siglo y se elevara hasta nivelarse con los demas pueblos de Europa en los adelantamientos de la civilizacion: con especialidad el penal se deseaba con ansia, esperando que con su promulgacion desaparecerian como por encanto todos los males que se lamentaban. Fácil es dejarse arrastrar de teorías seductoras, exornadas con frases que alucinan y encantan la imaginacion; pero difícil empresa es la de reducirlas á un sistema práctico, por mas exactas que sean.

Preparado ya el campo en donde habia de desplegar la ciencia el sistema que cimentára el nuevo Código, de esperar era que este siguiese la marcha descrita por la reforma de las leyes fundamentales del Estado. La proteccion justa, legal y uniforme de los derechos de los particulares, la unidad de las leyes y códigos para todos los españoles, son principios consignados en la ley fundamental espresa ó virtualmente, porque son tambien axiomas que reconoce la justicia natural é inmutable, y por lo mismo parecia que era de esperar fundadamente que formado el nuevo Código, todas las leyes antiguas penales quedasen reducidas á recuerdos históricos; que la diversa condicion social de los ciudadanos sirviera tan solo para agravar ó atenuar la culpa; en una palabra, que ni la diferente materia de los delitos ni las diversas dependencias de los delincuentes, sirvieran de título para ser escluidas del único cuerpo de leyes penales. No acontece así sin embargo.

En efecto, el Código primitivo declaró en el artículo 7.º que

no estaban sujetos á sus disposiciones los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando, ni los que se cometiesen en contravencion á las leyes sanitarias en tiempo de epidemia. Conocido ya el testo de dicho artículo, que encierra una escepcion escluyente, era natural buscar en la cláusula derogatoria que necesariamente debia comprender el Código, el pensamiento del legislador: en ella debia determinarse la condicion á que quedaban reducidas las anteriores leyes penales, y con efecto el artículo 493 previno que en las ordenanzas municipales y demas reglamentos generales de la administracion que se publicaran en lo sucesivo, no se impusiesen á los contraventores mayores penas que las señaladas en el libro tercero, á no ser que así se determinase por leyes especiales. El siguiente artículo 494, comprende la cláusula derogatoria de todas las leyes penales anteriores á la promulgacion del Código, salvo las concernientes á los delitos de que hace mérito el artículo 7.º Esta derogacion general con la limitacion única de los delitos militares, de imprenta, de contrabando y los de contravencion á las leyes sanitarias en tiempo de epidemia, parece que dejaba sin fuerza todas las disposiciones legales anteriores referentes á delitos, y así debia ser efectivamente; pero la esperiencia enseñó que algunos hechos que siempre se reputaron punibles quedaban sin castigo, y el artículo 482 en su número 30 declaró vigentes los reglamentos, ordenanzas ó costumbres locales de policia urbana ó rural, de las que no se hacia mérito en el libro tercero, y de eso se tomó ocasion para retocar estos puntos en las reformas del Código penal que se realizaron en 1850.

No es de nuestro propósito examinar si fué ó no necesaria esa reforma, porque efectuada esta, cumple ya únicamente á nuestro objeto averiguar si despues de ella existen otras leyes penales ademas de las comprendidas en el Código: si alguna duda podia ofrecerse á la vista del Código primitivo respecto á la aplicacion de las disposiciones reglamentarias en lo referente á las faltas, en cuanto á los delitos era cosa clara como la luz de mediodia, que los hechos que la antigua jurisprudencia consideraba justiciables, no podian pensarse sino se hallaban espresamente comprendidos en alguno de los artículos del Código penal. Podrian las omisiones que se notaran considerarse

dignas de la atención del legislador; pudieran el interés público y la conveniencia social ó individual exigir que se abriese una página en el libro de las leyes penales para señalar el castigo de ciertas acciones ú omisiones dañosas y perjudiciales; mas para esto no era menester haber decretado una reforma radical, con la que lejos de haberse obtenido el fin que la promovía, se consiguió por el contrario producir un desorden jurisdiccional que es imposible corregir mientras no se describa clara y terminantemente la línea divisoria entre lo judicial y lo gubernativo para el castigo de las faltas: respecto á los delitos, se ha logrado producir la confusión que no existía, la incertidumbre que conduce al caos, y que desvirtúa el mérito de las leyes.

En efecto, limitándonos á lo concerniente á los delitos, preciso es fijar la atención en la frase añadida al art. 7.º “ni los demás (delitos) que estuvieren penados por leyes especiales.” Consecuente á esta nueva clasificación el art. 506, que ha sustituido al 494, se halla concebido en los términos siguientes: “quedan »derogadas todas las leyes penales generales anteriores á la promulgación de este Código, salvo las relativas á los delitos no »sujetos á las disposiciones del mismo, con arreglo á lo prescrito »en el art. 7.º” Clara es la regla que se establece por ambos artículos combinados: concíbese á primera vista que desde la reforma del Código en adelante, ninguna ley general subsiste con fuerza obligatoria de las anteriores á la publicación de aquel; pero es al mismo tiempo una verdad incontrovertible el que no obstante la publicación del mismo, y atendiendo al contexto literal de los artículos 7.º y 506, todas las leyes penales que figuran en la categoría de especiales, subsisten en toda su fuerza y vigor. Pero si bien estas dos proposiciones son tan evidentes como el texto de donde se desprenden, no es igualmente clara la explicación de esa especialidad característica de la ley. ¿Qué son leyes especiales, preguntaremos, para cerciorarnos de su estado actual relativo á su observancia? ¿Habrá jurisconsulto que pueda determinar de una manera exacta, científica é indudable, las condiciones esenciales de la ley especial? Si pudiera contestarse en sentido afirmativo, abandonaríamos desde luego el examen de esta interesantísima teoría; pero como no creemos que sea fácil esa descripción, ni la hayamos visto en los libros

de nuestra jurisprudencia, por eso creemos que la reforma del Código ha legado á los tribunales la confusion con la incertidumbre, y por consiguiente la desconfianza en los fallos.

Por esta causa nos proponemos examinar detenida y escrupulosamente los textos de los artículos 7.º y 506, y compararlos con otros del Código, aunque con la desconfianza consiguiente de poder coronar la obra de nuestros esfuerzos con la esplicacion clara é incontrovertible de las cualidades características y esenciales de las leyes que no deben reputarse derogadas, por pertenecer á la clase de las especiales, para los efectos del Código penal.

Si para definir las se recurre á las doctrinas determinantes de las propiedades que deben concurrir en la ley para que pueda considerarse tal, jurídicamente hablando, ciertamente que no se comprende que la especialidad sea una cualidad distintiva de aquella: por el contrario, es menester que sea universalmente obligatoria. Visto es por lo mismo, que por razon de las personas á quienes obliga no puede reputarse la ley especial, ó mas bien dicho, no se conocen leyes especiales.

¿Podrá acaso hacerse la clasificacion de leyes especiales y generales por razon de la materia? ¿Podrán llamarse especiales las leyes que penan las acciones ú omisiones pertenecientes á ramos particulares de la administracion pública ó municipal? La historia de los siglos nos ha enseñado que respecto á varios ramos de la administracion pública, provincial y municipal, se sancionaron ordenanzas ó reglamentos especiales, porque el sistema administrativo de los unos no podia adoptarse para los otros, y como al lado de los preceptos ó prohibiciones reglamentarias debia figurar el correctivo correspondiente para los abusos, por esto en las mismas ordenanzas ó reglamentos se fijaron las penas con que debia castigarse á los infractores. Estos reglamentos y ordenanzas gozaron siempre de la misma autoridad que las leyes, y son las que pueden llamarse especiales, atendiendo á la materia que es su objeto; pero que sin embargo son al mismo tiempo universales, porque obligan á todos los que se hallan en el caso que comprenden. En tiempos mas próximos á nuestros dias se dictaron leyes sobre las mismas materias que antes fueron objeto de ordenanzas ó reglamentos, como aconteció con la va-

gancia, v. g.; pero no por esto perdió su carácter de especial por razon de la materia.

Finalmente, tanto en los siglos anteriores como en el corriente, la necesidad dió márgen á que se adoptáran medidas especiales para reprimir ciertos delitos, en cuya perpetracion concurrían circunstancias peculiares, tan influyentes y de tanta gravedad como la misma materia criminal. Las leyes que sancionaron el órden de proceder diverso del ordinario y que prefijaron las penas para castigarlos, pertenecen tambien á la categoría de las especiales. La ordenanza de montes de 1833, la ley de 17 de abril de 1821, exclusivamente discutida y sancionada para castigar los delitos políticos, la de vagancia, los reglamentos de policia que comprenden las penas imponibles por juegos prohibidos, rifas y otros semejantes, pueden servir de ejemplo para reconocer las circunstancias constituyentes y características de la especialidad de las leyes. ¿Y serán estas las que el artículo 7.º declara escluidas de las disposiciones del Código penal?

Ciertamente que si se examinan sus diversas partes, no podrá contestarse en sentido afirmativo, porque seria forzoso confesar que se contradecia el Código consigo mismo, ó que algunos de sus artículos perdieron su fuerza legal en el mismo instante en que la recibieron. En efecto, el Código sanciona penas para castigar á los reos de rebelion, de vagancia, de daños causados en los montes, á los jugadores y á los dueños de las casas en las que se juega á juegos de suerte y azar, y si las leyes especiales en general quedasen vigentes, á pesar de la existencia del Código, no se comprendiera en verdad el objeto de la sancion penal que establece aquel para estos delitos.

Detenidamente analizados los artículos 505 y 506, dejan conocer á primera vista que el respeto ó la consideracion á las autoridades gubernativas y administrativas, ha dado ocasion á la oscuridad é irresolucion de las disposiciones del Código, de que nos venimos ocupando. En efecto, el libro tercero consideró acaso con demasiada estension, que todos los hechos dignos de castigo no siendo delitos debieran reputarse faltas, y sometió su castigo á los alcaldes como funcionarios del órden judicial. Las autoridades gubernativas vieron en esta disposicion menoscabadas sus atribuciones, y de ellas se creyeron despojadas sin razon

ni justicia, á su entender, y de aquí que se trabara esa contienda grave y comprometida con las del orden judicial. Era preciso, pues, describir de una manera cierta y exacta la línea divisoria entre la una y la otra jurisdiccion; era menester declarar de una manera resuelta é incontrovertible, si las leyes que facultan á las autoridades gubernativas ó de ramos especiales, para castigar con las penas que las mismas sancionan, se habian derogado por el Código penal. Parécenos que, ó no se quiso entrar de lleno en esta cuestion espinosa y de alta consideracion política, ó que no se estimó oportuna la ocasion, y como medio paliativo para tranquilizar las discordias del momento se adoptaron las medidas que establecen las reformas de los artículos 7.º, 505 y 506; artículos por cierto, que lejos de mejorar el estado de los asuntos, han provocado mayores escisiones y conflictos.

Sentado este precedente, y visto que la especialidad de las leyes anteriores al Código, no ha sido un obtáculo para que la materia de algunas de ellas lo haya sido tambien de aquel; juzgamos que para salvar esa contradiccion, que acaso no lo sea, pero que tal nos parece, puede establecerse como regla general, interpretando el art. 7.º, que no son objeto del Código penal los delitos penados por leyes especiales, siempre que no lo esten al mismo tiempo por las disposiciones de aquel; ó lo que es lo mismo, que la sancion penal de este debe entenderse derogatoria de la ley especial, porque siendo el Código mas moderna, y comprendiendo solo el art. 7.º una regla general, no pueden menos de reputarse derogatorias, y aquellas disposiciones casos de excepcion del principio ó regla general establecida.

CUESTION SEGUNDA.

Así como las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias mientras no conste lo contrario, ¿se reputan asimismo libres?

La cuestion que acaba de proponerse, aparecerá tal vez á primera vista estéril en resultados prácticos y positivos; podrá inconsideradamente calificarse de una pura logomaquia, ó de una cuestion académica, que tratada en el foro ninguna influencia ejerciera en el éxito de los negocios que se sometan al respetable fallo de los tribunales; pero si logramos esponer nuestras ideas con acierto, si el orden lógico en los razonamientos y la claridad suplen á la copia de conocimientos científicos necesaria para esclarecer una materia tan vasta como intrincada, acaso lograremos convencer de que el tema propuesto es uno de los mas importantes para la exacta inteligencia y aplicacion de las disposiciones del Código penal. El artículo 1.º, en su primer párrafo define el delito, y en el segundo sienta una regla general, absoluta, fecunda en consecuencias de trascendencia

incalculable, capaces de comprometer la existencia física y moral del individuo, de arruinar en un momento de desgracia la fortuna de una familia, levantada á costa del mas ímprobo trabajo, de penosas y continuadas vigiliass, y de manchar con un borron indeleble la reputacion mas bien sentada. Error grave se padece al asentar que las leyes no deben definir las cosas con claridad, precision y sujecion á las reglas de buena lógica; inescusable creencia es la de que las cuestiones que versan sobre la determinacion del sentido propio y genuino de las palabras es estéril é infructuosa; la jurisprudencia es una ciencia, las ciencias todas para llegar á su perfeccion necesitan crearse un idioma propio y exacto, y este no puede serlo sino cuando la significacion de las palabras sea precisa y determinada. Hay mas: las leyes no pueden comprender todos los casos, es precico que las reglas de la ciencia suplan el vacío que dejan aquellas, en la sancion específica, y esto no puede realizarse sino cuando las reglas sean exactas, lo que no acontecerá jamás sino cuando hablen el idioma puro y preciso de la jurisprudencia.

El artículo 4.º del Código en su primer párrafo ha definido el delito, debiera ó no definirlo; ha espresado las condiciones ó cualidades esenciales que le constituyen, valiéndose de palabras que representan ciertas ideas, ciertos actos determinados; la sancion penal y la ejecucion voluntaria de las acciones ú omisiones punibles constituyen esencialmente el delito. El mismo artículo en el párrafo segundo ha sentado, impertinente acaso al lugar que ocupa, una declaracion absoluta: ha elevado á la categoría de las leyes una teoría, que aunque circunscripta á sus límites naturales sea cierta y exacta, no carece de esposicion á graves peligros, y si se estralimita, sería fecunda en amargas y dolorosas consecuencias: ha sancionado por fin que toda accion ú omision penada por la ley se reputa voluntaria mientras no conste lo contrario. Esta declracion que ocupara un lugar mas propio en el Código de procedimientos, ha establecido una presuncion que en la jurisprudencia se denomina *juris*, la cual equivale en sus afectos á una prueba plena, cuyas consecuencias no pueden destruirse sino por otra prueba que sea cuando menos de igual crédito legal: esa presuncion que se apoya exclusivamente en los hechos materiales, eleva sus efectos hasta reputarse

una demostracion *à posteriori* de la causa de obrar inductiva de la responsabilidad. En la necesidad de penetrar en el oculto é invisible terreno de los actos internos, esa declaracion en vez de seguir las máximas de la antigua jurisprudencia que á todo hombre reputaba honrado mientras no se probara lo contrario, se ha inclinado en sentido inverso: véase, pues, si no importa demasiado examinarla, analizarla y fijar el sentido genuino de sus palabras, su verdadero espíritu segun el lenguaje de la jurisprudencia.

Pero ¿qué importa que el Código defina con mas ó menos propiedad un delito? ¿A qué conduce la determinacion precisa de la palabra *voluntario* que constituye una de las condiciones de la delincuencia? ¿No prefija el Código las acciones que son punibles? ¿Qué importa entonces que se definan de esta ó de la otra manera? Ciertamente que sí; pero como al frente del delito estan la imputacion y la responsabilidad, y como la ejecucion material de los hechos punibles no constituye responsabilidad como delito sino cuando es voluntaria, libre y maliciosa, por lo mismo que la voluntariedad se presume por la ley, segun la regla que establece el artículo primero en el párrafo segundo, por eso interesa averiguar si voluntario en el Código equivale á libre y malicioso, porque en caso afirmativo la presuncion que aquel párrafo sanciona seria igual á decir, que las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias, libres y maliciosas, ó lo que es lo mismo que mientras no conste lo contrario al autor de una accion prohibida por la ley, se le reputa verdadero criminal. Pero si acontece lo contrario, esto es, si la presuncion legal se limita á considerar la accion simplemente voluntaria, restará entonces que practicar la prueba sobre si es ó no maliciosa, porque segun que lo sea ó no, será imprudente ó criminal. Véase, pues, si la cuestion es grave.

Pudiera decirse para escusar la cuestion de que nos ocupamos, que las teorías espuestas en el párrafo precedente, ni son exactas, tratándose de la ciencia del derecho penal en abstracto, ni tienen aplicacion al Código; porque aquella y este distinguen entre la delincuencia y la responsabilidad; en la primera reconocen la causa justificativa de la segunda; y por eso se conciben separadas las ideas de criminalidad y de imputacion, y

por eso tambien el Código al definir el delito hace mérito únicamente del conocimiento de la calidad penal de la accion y de la voluntad de ejecutarla. La libertad y la intencion son los títulos en que se fundan la imputacion y la responsabilidad: de manera que la regla sancionada por el artículo 1.º, párrafo 2.º no se estiende mas allá de la voluntad como simple acto del entendimiento.

Si efectivamente el Código penal trazara una línea divisoria entre la delincuencia y la imputacion; si en él se vieran prefijadas reglas precisas y claras, determinantes de los atributos esenciales que constituyen el delito, y separadamente descritas las condiciones ocasionales de la imputacion é inductivas de la responsabilidad, entonces sí que olvidando teorías que nada significan donde habla la ley escrita, debiera considerarse impertinente toda discusion; porque siendo la libertad condicion precisa para la imputacion, é innecesaria para la delincuencia, ni podría estenderse la interpretacion de la regla consignada en el párrafo 2.º mas allá de lo que espresa su literal contesto, ni podrian por lo mismo temerse las consecuencias de esa presuncion legal. Pero ni es exacto que el Código reconozca delito independiente y separado de la imputacion y responsabilidad, ni menos que en el órden moral de las cosas pueda concebirse el delito sin la responsabilidad, que es su natural y precisa consecuencia: no obstante que puede existir el hecho material que solo con ciertas condiciones es delito.

¿Podrá apoyarse la opinion contraria en el epígrafe del capítulo 2.º, tít. 1.º, libro 1.º, del Código? *De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*, dice aquella rúbrica: la exencion presupone la existencia de la cosa de que ha de eximirse; y como que entre las circunstancias que producen este beneficioso resultado, se cuentan los medios coercitivos ó impeditores del ejercicio de la libertad, quiere decir que segun el Código penal cuando estos medios sean los impulsivos de la accion penada por la ley, el delito existirá, pero no habrá lugar á exigir la responsabilidad por la ausencia de las causas justificativas de la imputacion.

No creemos, sin embargo, que esta sea la deduccion lógica de las disposiciones del Código, por mas que así se infiera del

epígrafe del capítulo 2.º, libro 4.º, título 1.º Podría en todo caso decirse que era inexacto, que la denominación de esas circunstancias no representa la verdadera esencia que las constituye: podrá decirse mas bien, y esta es la verdad, que se han confundido bajo una sola clase mal calificada las circunstancias que libran de la pena sancionada por la ley; pero entre esto y reputar delito al hecho que por la falta de sus condiciones cardinales no es imputable ni punible, media una distancia infinita. No se concibe responsabilidad sin delito, ni delito sin responsabilidad; aquel es la causa y este es el efecto; y así como no se dan causas sin efectos en el orden físico ni moral, ni vice-versa, así en el orden legal no se conciben lo uno sin lo otro. Esas circunstancias que el Código denomina exenciones de responsabilidad, son impedimentos de delincuencia; podrá su autor responder civilmente en ciertos casos, podrá en algunos ser castigado como imprudente si obró con voluntad y libertad, pero sin intención maliciosa, pero si no como delincuente, nunca porque no delinquirá.

Comparadas las doctrinas de derecho penal fundadas en la organización física é intelectual del hombre, y en los principios de justicia eterna, con las disposiciones que el Código encierra en el capítulo 2.º, se observará que están en perfecta consonancia; que estas disposiciones no corresponden al epígrafe de aquel capítulo, y sí caminan de acuerdo con nuestras opiniones.

Constituido el hombre en la sociedad civil, todas sus acciones están sujetas al imperio de la ley; pero está en la apreciación de lo bueno y de lo malo, no puede olvidarse de los principios que en el orden moral determinan la bondad ó la malicia intrínseca de las acciones: y así es que aceptándolas como tales, extiende su sanción á lo que en el orden social debe permitirse, mandarse ó prohibirse, según su mérito por razón de las relaciones y deberes sociales. Con presencia de estas teorías, que se apoyan en la diferencia de las dos sociedades, universal y civil, de las cuales el hombre es individuo á un mismo tiempo, se deducen los dos siguientes principios. «*Las acciones están mandadas ó prohibidas porque son intrínsecamente buenas ó malas: Las acciones son buenas ó malas porque están mandadas ó prohibidas.*» El primero de estos principios nació con la sociedad uni-

versal, y trae su origen de las inmutables máximas de la moral, de modo que su duracion es eterna como lo es esta; porque la constitucion de las sociedades especiales no puede cambiar los principios de moralidad. Mas el segundo debe su origen á la sociedad civil creada por el hombre, en la cual sin olvidar ni desatender las leyes perfectas, preceptivas é inmutables de la moral, fué indispensable establecer otras que arregláran las relaciones de los hombres en la sociedad. Estas teorías se demuestran sencillamente sin mas que recordar que en la sociedad primitiva, por ejemplo el dar limosna es un deber de justicia aunque imperfecto, porque todos tienen obligacion de mantener al necesitado; pero en la sociedad civil, como que el encargado de su gobierno representa la masa de ciudadanos, reasume en sí aquella obligacion general é indeterminada, y el individuo se descarga de aquel deber aunque imperfecto. Asimismo, en la primitiva sociedad lícito era el uso de las armas, pero en la civil, por una causa de interés general, por un principio de conservacion y seguridad individual se han prohibido justamente. En la sociedad universal libre era el tráfico de todas las producciones, ya naturales, ya industriales, pero en la especial se ha prohibido en ciertos casos, creando el delito que se denomina de contrabando.

Determinadas y clasificadas las acciones, el hombre se halla constituido en el deber de tributar respeto á la ley, y como consecuencia de este deber cae en responsabilidad desacatándola ó infringiéndola; pero como todos sus actos no tienen un mismo origen; como á pesar de su condicion específica no por eso deja de obrar á las veces arrastrado por los impulsos del instinto, en estos casos no puede tener lugar la imputacion, como elemento indispensable para incurrir en responsabilidad. Otras veces obra el hombre por el solo conocimiento del hecho material, ignorando sus relaciones con la ley, y por consiguiente la accion en estos casos tampoco puede ser imputable, porque la ignorancia releva de la responsabilidad, y esto porque la voluntad que es relativa á las consecuencias del hecho es imposible allí donde falta el conocimiento de aquellas. Así por ejemplo, dada la prohibicion del uso de armas en un pais cualquiera, ¿cómo podria declararse imputable á un extranjero que ignorase la existencia de aquella ley sin incurrir en una injusticia. Los antiguos ju-

risconsultos decían y con razón sobrada, que la imposición de la pena se justifica por la tácita aceptación del delincuente, supuesto que dada la prohibición legal y el conocimiento de aquella, el que consuma el hecho prohibido ó deja de hacer lo mandado, acepta voluntariamente sus consecuencias. El conocimiento, pues, de la acción en sus relaciones legales, y la voluntad, ó sea el ánimo deliberado de ejecutarle, son elementos indispensables para incurrir en la imputación que lleva consigo la responsabilidad, y como que las acciones malas por su esencia intrínseca ó legal no se conciben imputables sin que al mismo tiempo sean punibles, quiere decir, que allí donde está la imputación tiene que estar la delincuencia, y donde está la delincuencia, tiene que estar la imputación, ó lo que es lo mismo, que los requisitos indispensables para incurrir en delito, lo son también para incurrir en delincuencia.

Y la voluntad que tiene que ser el móvil de la acción, ¿será por ventura aquella que consiste en un acto interno del entendimiento que elige entre dos objetos que se le representan? ¿Será aquella voluntad á la que no alcanzan los medios de coacción ó de violencia? ¿Será aquella voluntad que según la filosofía estóica á pesar de la fuerza era una verdadera voluntad? Cuando se tratara de una imputación tal que apreciara las intenciones y los pensamientos del hombre; cuando se tratara del juicio de los actos internos para responder de ellos ante la justicia que puede estimarlos y tiene derecho para castigarlos, entonces la voluntad podría reputarse limitada á una concepción del entendimiento, sin consideración alguna á los actos externos que pudieran compelela ó restringirla; pero cuando se trata de la responsabilidad de los actos de la voluntad puestos en acción, entonces esa voluntad tiene que ser, esterna por decirlo así, de iguales condiciones que la materia sobre la cual ha de aplicarse; y como que esta voluntad está íntimamente relacionada con la libertad en el obrar; como que en el tránsito de lo interno á lo externo tiene que tocar necesariamente la voluntad con los medios de acción inherentes á la libertad, infiérese de aquí por una consecuencia lógica, que toda vez que en la apreciación de las acciones haya de jugar la voluntad como elemento de estimación de aquellas, la libertad tiene que entrar en combinación con ella.

Estas teorías que enseña la ciencia del derecho penal son forzosamente la base sobre la que tienen que descansar todos los códigos de derecho constituido; y así es que partiendo de ellas, el uso de la palabra *voluntario* debe entenderse en el sentido explicado, y como una voz representante de las ideas de voluntad y libertad. El Código penal no pudo separarse de estas teorías, y por mas que el epígrafe del capítulo 2.º, título 1.º, libro 1.º, aparentemente parezca significar lo contrario en la enumeracion de las circunstancias, sigue paso á paso las doctrinas sentadas y desenvuelve el sistema de penalidad único concebible.

En efecto, siendo tres los elementos justificativos de la delincuencia, de la imputacion y de la responsabilidad; por una razon natural cada uno de ellos debe producir circunstancias que las impidan ó eximan de ellas, ó produzcan exencion, ó atenúen ó agraven la culpa y la pena. El conocimiento del mérito legal de la accion está en abierta oposicion con la ignorancia, y por lo mismo que aquel es necesario para delinquir, claro es que los ignorantes de la ley no delinquirán ni sus acciones serán imputables. Así es, que el Código penal ha eximido de responsabilidad, ó hubiera dicho mejor, no incurren en criminalidad los menores de cierta edad, por la debilidad ó incompleto desarrollo de su razon, los dementes ó locos por la perturbacion de esta, y debiera añadir tambien la exencion de aquellos que no pueden tener conocimiento de la promulgacion de las leyes especiales del pais, como son los extranjeros. Siendo la voluntad el segundo elemento constituyente de la imputacion, no incurren en criminalidad los que por causas de coaccion moral ó física, tienen que obrar de una manera determinada; como lo son por ejemplo los que por evitar un mal ejecutan un hecho que produce daño en la propiedad ajena: el que con ocasion de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por accidente. Y por último, siendo la libertad otro de los elementos ocasionales de la imputacion, claro es que la necesidad, la coaccion, el miedo y otros motivos morales deben ser circunstancias que impidan la criminalidad.

Estas teorías demuestran por fin que la palabra *voluntario* en la definicion del delito encierra en sí la de libre, y que por consiguiente, aunque sea doloroso confesarlo, la regla que establece

el artículo 1.º, párrafo 2.º, del Código penal, sanciona que las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias y libres, mientras no conste lo contrario. En otra ocasión nos ocuparemos de averiguar qué clase de prueba, qué demostración es necesaria para destruir los efectos de esa presunción legal.

El efecto, siendo tras los elementos justificativos de la delincuencia, de la imputación y de la responsabilidad; por una razón natural cada uno de ellos debe producir circunstancias que las impidan ó eximent de ellas: ó producen exención ó atenúan ó agravan la culpa y la pena. El conocimiento del mérito legal de la acción está en abierta oposición con la ignorancia, y por lo mismo que aquel es necesario para delinquir, claro es que los ignorantes de la ley no delinquent, á menos que se les imputa tal cosa. Así es que el Código penal ha eximido de responsabilidad á quienes dicho mérito no incurrir en criminalidad los autores de cierta edad, por la debilidad ó incompleto desarrollo de su razón, los menores ó locos por la perturbación de esta, y de cierta manera también la exención de aquellos que no pueden tener conocimiento de la penalización de las leyes especiales del país, como son los extranjeros, siendo la voluntad el segundo elemento constituyente de la imputación, no incurrir en criminalidad los que por causas de coacción moral ó física, tienen que obrar de una manera determinada; como lo son por ejemplo los que por estar un mal quejan un hecho que produce daño en la propiedad ajena; el que con ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por accidente. Y por último, siendo la libertad uno de los elementos ocasionales de la imputación, claro es que la necesidad, la coacción, el miedo, y otros motivos naturales deben ser circunstancias que impidan la criminalidad.

Estas teorías demuestran por sí que la palabra voluntario en la definición del hecho exterior en sí es libre, y que por consiguiente, siempre sea doloso o culpable, la regla que establece

CUESTION TERCERA.

Así como todas las acciones se reputan voluntarias, mientras no se pruebe lo contrario, ¿se reputan tambien maliciosas?

En la precedente cuestion concluimos manifestando nuestro juicio afirmativo de que la presuncion legal espresada en el párrafo segundo bajo la fórmula: «las acciones ú omisiones, se reputan voluntarias mientras no conste lo contrario,» debia entenderse en sentido lato, de tal manera que, bajo la palabra voluntad, se comprendiera tambien la de libertad en el obrar; mas al presente preguntamos de nuevo, ¿las acciones que el Código reputa voluntarias y libres mientras no conste lo contrario, se reputarán tambien maliciosas? La contestacion á esta pregunta debe meditarse detenida y escrupulosamente, porque en ella va envuelta la mayor ó menor gravedad de la pena, supuesto que segun que los actos punibles son ó no maliciosos, así se califican de imprudencias ó de delitos, y sus efectos en cuanto á lo material de la pena se distinguen enormemente; y en cuanto á la opinion ó fama pública, producen consecuencias notoriamente perjudiciales ó inofensivas, porque á pesar de que el Código declare que ninguna pena es infamante, el concepto público sin embargo califica las acciones, y su terrible fallo imprime un sello eterno de reprobacion que ofende y difama y perjudica en los asuntos ordinarios de la vida social.

Antes de penetrar en el fondo de la cuestion propuesta, es indispensable dejar sentados ciertos precedentes, sin cuyo reconocimiento serian infructuosas las tareas que se ocuparan de deslindar y resolver la cuestion indicada. Si todas las acciones, que como queda sentado se reputan voluntarias y libres, por el solo hecho de su ejecucion constituyen delito ó falta, y solo estas causas fueran las fuentes de donde naciera la responsabilidad, ¿qué importaria entonces la intencion? Nada absolutamente, porque el delito seria uno mismo con intencion ó sin ella; porque esta no entraria en combinacion para el cálculo de la pena, supuesto que no era una cualidad precisa para la existencia del delito, base de la responsabilidad criminal. ¿Pero el Código reconoce solo delitos y faltas como títulos inductivos de la penalidad? Si se atendiera exclusivamente á la expresion ó contesto literal del artículo 1.º, pudiera contestarse en sentido afirmativo, porque ni este ni los siguientes hacen mérito de otra especie de acciones que sean punibles; y porque la definicion genérica, absoluta que aquel primer artículo comprende, abraza todas las acciones ú omisiones, siempre que tengan sancionada pena por la ley, y se perpetren voluntariamente. Pero era imposible que el Código penal se apartara de aquellas doctrinas que se fundan en los principios inmutables que enseña la sana razon; no era de creer que sus autores se olvidaran de las doctrinas establecidas en los códigos que han servido de fuente, en donde han bebido todos los de Europa, si bien pudiera acontecer que se cambiaran los nombres expresivos de las ideas y de los hechos; y así es que no pudiendo prescindir de que la intencion entra por mucho en la apreciacion de los actos ejecutados voluntaria y libremente, en el artículo 480 recordaron que no siempre que se infringe la ley acompaña la malicia á la voluntad y libertad en el obrar; así como en el artículo 271 sin la concurrencia de aquella tampoco se incurre en la pena sancionada por la ley para el delito. La imprudencia, pues, temeraria, ó por infraccion de reglamentos figura entre las acciones ú omisiones penadas por la ley; la cual se distingue del delito, no por razon de la materia, sino por razon de la malicia que es la causa impulsiva de obrar. Conveniente hubiera sido que el Código penal sancionara estas doctrinas con mas estension y claridad;

que en vez de clasificar las acciones punibles en delitos y faltas, y de definir las de una manera tan absoluta, que al parecer no es posible la perpetración de acción alguna penada por la ley que no se comprenda entre los delitos ó las faltas, hubiese hecho una división timbre de las acciones ú omisiones punibles; porque entonces la imprudencia se presentaría en segundo término en la escala gradual de las acciones penadas, y de esta manera se evitarían errores y conflictos que tal vez ocasionen la ruina ó la deshonra de las familias.

Definida y penada la imprudencia en el último artículo del libro 2.º, ha sido fácil concebir que la intención juega en la combinación de la delincuencia y de la penalidad, sin embargo de que muchas veces se reconocen como título regulador las consecuencias del delito, como se ha visto palpablemente en los que se cometen contra las personas. En efecto, atemperándose estrictamente á lo que ordena el Código penal con relación al homicidio y lesiones corporales, parecerá á primera vista que las consecuencias de la lesión causada son el único barómetro regulador de la pena, y que la intención del delincuente es insignificante, toda vez que hayan concurrido la voluntad y la libertad en la ejecución. El que mata á otro sin premeditación, sin alevosía, ó sin la concurrencia de cualquiera otra de las circunstancias que expresa el artículo 353 en su número 1.º incurre en cadena temporal, toda vez que haya obrado con libertad y con voluntad, porque ha consumado un hecho penado por ese artículo con las condiciones que prescribe el artículo 1.º Pero ¿no puede acontecer que el ejercicio de esas facultades intelectuales sea relativo al hecho con absoluta independencia de sus consecuencias? ¿No es posible que con la mas sana é incensurable intención se realice una acción cualquiera sin meditar su resultado, sin precaver su término, sin jugar para nada la intención de obrar con relación á la causa prohibitiva de la ley? El hecho y sus consecuencias mas ó menos inmediatas no corresponden tampoco siempre al propósito de su autor, y por consiguiente puede acontecer que no obstante que se incurra en uno de los casos penados por la ley, y que se haya procedido con conocimiento de la prohibición legal, con voluntad y con libertad; sin embargo, no merezca la calificación de delito. Para incurrir en este no

basta que se conozca el hecho material que se ejecuta en sus relaciones calificativas con la ley, que á la ejecucion preceda la voluntad de obrar, y que esta pueda ejercerse sin obstáculos que estorben su libre ejercicio; es necesario ademas y esencial, que sean conocidas las consecuencias de aquel hecho material que la ley prohíbe ó manda, y que esto no obstante se lleve á efecto con la intencion de que produzca aquellas consecuencias que dieron margen á la prohibicion de la ley, que es lo que constituye la malicia.

Reconocidas tres clases de acciones punibles; delitos, imprudencias y faltas, á pesar de que las segundas no se han descrito exacta y minuciosamente por el Código, ni han entrado en el cálculo precedente á la fijacion de reglas para la aplicacion de las penas; y sentado que el carácter distintivo entre el delito y la imprudencia consiste en la malicia, ó mas bien en la intencion maliciosa, visto es ya que la cuestion de que nos venimos ocupando es grave, trascendental, infinita en sus efectos; porque si se decidiera que donde consta el hecho se reputa existente el dolo, entonces la presuncion legal se llevará hasta el último grado en sentido favorable á la criminalidad; de tal modo, que al actor se le reputaria colocado en el mas alto grado de culpa, toda vez que no se justificara que habia obrado sin malicia. Esta opinion es en verdad dura é injustificable segun las creencias de algunos, porque si bien por razones antes espuestas se presume la voluntad donde existe el hecho, y donde obra la voluntad, se supone inherente la libertad, y á la libertad acompaña la intencion, porque tal es el órden comun de obrar, cuando se dá un paso mas adelante, cuando esa intencion se califica ya de una manera determinada, esta calificacion carece de fundamento cuando no se aducen otros comprobantes mas que el del hecho material, porque las acciones ordinarias de la vida, aunque voluntarias y libres, se reputan no maliciosas. Por eso, pues, segun estos principios parece que, aunque pueda interpretarse el artículo 4.º en sentido lato, esto es, que bajo la presuncion legal de que la accion se repute voluntaria, se entienda comprendido que se repute libre é intencional; sin embargo, no ha de entenderse que se considera tambien maliciosa. Si esto fuere así, la material existencia de un hecho punible no daria por sí sola

causa para la clasificacion de este como delito ó como imprudencia, sino que para determinar en definitiva la pena imponible, hubiera que traer á los autos otras pruebas que instruyeran al magistrado de las condiciones calificativas é intencionales del hecho. Sin embargo, aunque dura y severa en sus consecuencias la opinion contraria, nos parece mas conforme á las teorías que ha elevado á principios el Código penal. Presume la ley, por una razon de necesidad social, que todos conocen el derecho, y partiendo de esta base, declara que su ignorancia no aprovecha, principio que presupone que sea vencible la causa de ignorar. Siendo esto así, concíbese ya con toda claridad, que el que ejecuta una accion penada por la ley, es conocedor no tan solo de sus consecuencias naturales, sino tambien de la prohibicion ó precepto legal y de la pena sancionada contra los infractores; y por lo mismo presúmese tambien con razon, que el que se resuelve á obrar contra los preceptos de la ley que le son conocidos, y es sabedor de las consecuencias del hecho ó la omision, proceda con intencion maliciosa de causar el daño y de infringir el precepto legal. La imprudencia, esto es, la ejecucion de las acciones ú omisiones penadas por las leyes, es una escepcion del órden de proceder comun al género humano; y por consiguiente la presuncion de que no medió malicia, de que sin intencion dolosa se irrogó el daño y se faltó al cumplimiento debido á la ley, tiene que ser el resultado de los comprobantes relativos á los antecedentes del hecho punible; de manera que la consumacion de un acto que la ley castiga, induce la presuncion legal de su malicia, y los precedentes que le acompañan pueden inducir la contraria, esto es, la de que se obró sin ella.

Rigorosas y duras parecerán á primera vista estas doctrinas, y cuando se trata de la lucha entre la sociedad armada con el poder, y el individuo débil ó indefenso, poco digna, poco generosa se juzgará esa presuncion legal, que á los grandes elementos con que la sociedad cuenta para entrar en el combate, añade el arma poderosa que constituye la presuncion ó sea la probanza de la criminalidad. Pero así como no creemos que estas observaciones sean exactas; así como vemos que en ellas resaltan mas bien los temores que la realidad, y por eso nos inclinamos á favor de la interpretacion mas lata; así por el contrario juzgamos que esa

presuncion del párrafo 2.º, artículo 1.º, no tiene todo el valor que se la quiere dar; que no es una presuncion de derecho que constituye plena probanza; en una palabra, que no tiene todo el mérito que las leyes concedieron á la presuncion que la ciencia del derecho llama *juris*, aplicándola á los asuntos puramente civiles. En la cuestion inmediata nos ocuparemos de esta materia interesantísima.

CUESTION CUARTA.

¿A quién incumbe hacer constar que las acciones ú omisiones penadas por la ley no son voluntarias, ó libres, ó maliciosas? ¿Qué clase de prueba se necesita para invalidar la presuncion legal?

Los dos extremos que abraza el asunto de que vamos á ocuparnos, son á no dudar de los mas graves que pueden suscitarse en el foro, porque de su resolucion dependen la seguridad del individuo y su fortuna, su honor y reputacion pública. El fallo condenatorio en una causa criminal es la calamidad mayor que puede ocurrir á una familia, porque ademas de la mancha que cae sobre sus individuos para alejarlos de las relaciones sociales con las demas gentes, para señalarlos como objetos de reprobacion, puede llevar en pos de sí la ruina total de sus intereses y sumergir en la indigencia á víctimas inocentes, exhaustas de medios de justificacion. Por eso, pues, interesa á la sociedad misma que la presuncion de la ley no se lleve mas allá de los límites de lo justo y conveniente; porque á la manera que la luz vivificadora cuando se convierte en rayo abrasador destruye y aniquila las plantas que nutridas con su calor se robustecen y reproducen; así la ley que sanciona penas para garantir las personas y sus derechos, pudiera convertirse, por su excesivo celo en castigar á los criminales, en una plaga destructora de la sociedad.

Presuma en buen hora la ley, á raiz de los sucesos, que los hechos se ejecutaron con libre voluntad é intencion maliciosa; lleve adelante esta presuncion mientras tanto que las diligencias no hagan constar lo contrario; pero si el interés social, hermanado con el modo comun de obrar del hombre, autorizan aquella presuncion y la justifican, ¿autorizarán y justificarán tambien que la accion pública representada por el ministerio fiscal se pertreche en ese muro formidable que levanta la ley con la presuncion perjudicial al individuo? ¿Autorizarán, ni justificarán tampoco que el juzgador limite sus pesquisas á la demostracion del hecho material para lanzar sin otro fundamento un anatema sobre el individuo? ¿Podrá suponerse que el Código penal refiera al encausado la prueba de la involuntariedad, de la falta de libertad, ó de la intencion dolosa, para ponerse á cubierto de la presuncion legal y de sus fatales censecuencias? ¿O tal vez esa regla absoluta é indeterminada, puede considerarse como un medio supletorio á que se acogen las leyes, para cuando las circunstancias calificativas permanezcan encubiertas bajo un espeso velo impenetrable á los medios pesquisitorios? Si la regla establecida en el párrafo 2.º quisiera significar el pensamiento de relevacion de prueba á la accion fiscal y de investigacion al juzgador que ha de aplicar la ley, sin dudar la calificáramos desde ahora de injusta, de inhumana y de severa.

Efectivamente la sociedad, colocada al frente del individuo, debe ser grande, noble y generosa. A la manera que se calificára de inícuca la agresion del hombre robusto y fuerte, contra el débil y enfermizo anciano, así tambien la sociedad, procediera con injusticia evidente, si robusta por su poder, poderosa por sus medios de accion, é indestructible por su propia organizacion, ordenára á los agentes que la representan, que validos de la presuncion legal dejáran al individuo abandonado á sí mismo, privado de su libertad en dura y penosa prision, y que á su tiempo hicieran caer sobre su cabeza la cuchilla de la ley. En la lucha de fuerzas desiguales engrandece y ennoblece su poder el que mas fuerte tiende la mano á su adversario para salvarle del riesgo que le amaga sin peligro propio. La sociedad, por último, nunca puede ni debe presentarse en lucha abierta con ninguno de sus individuos hasta que sea declarado miembro corrom-

pido del cuerpo social; porque la sociedad luchando con el individuo se perjudica y se hiere á sí misma, á la manera que el hombre se daña á sí propio mutilándose un miembro, cuando no tenga completa seguridad de que es imposible salvarse la vida sin inutilizarle.

Todas las razones espuestas hacen creer que, el Código penal no refiere exclusivamente al autor de un hecho punible la demostracion de la ausencia de las circunstancias, que han de servir para declararle exento de la responsabilidad criminal. La sociedad no podia sin ser injusta abandonar á uno de sus individuos encubriendo á todos los demas bajo el manto de su poder, y para afirmarla mas y mas, convertirse en inexorable perseguidora de aquel que á la sola vista de la autoridad que la representa se aterra y enmudece: la sociedad, madre y comun protectora, debe colocarse inflexible é imparcial en el elevado trono de la justicia para descubrir desde tan alto puesto la verdad de los hechos limpios de todo género de afecciones, y de la fea mancha de la sugestion y de la mentira.

Si tal es la mision augusta de la sociedad en quien reside el derecho de castigar, el ministerio público que á su nombre investiga y pide, y el magistrado que en su representacion pesquisa y condena ó absuelve, no deben jamás suspender sus pasos ante la justificacion de los hechos materiales que la ley castiga é inducen la presuncion del párrafo 2.º, art. 1.º: su mision es mas noble, mas santa y mil y mil veces mas sublime: el ministerio público y el juzgador deben avanzar en el terreno práctico de los hechos, deben escudriñar todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes; deben, en una palabra, depurar por cuantos medios esten á su alcance, todos los extremos que *à priori* ó *à posteriori* puedan contribuir á formar un juicio exacto de las condiciones morales concurrentes en el actor, sin cuya presencia no puede declararse una accion punible: el ministerio fiscal y el juez deben, por decirlo de una vez, acreditar en los autos, sin necesidad de instancia de la parte, todos los medios que contribuyan á demostrar la criminalidad ó la inocencia; tales son las nobles funciones que la ley les encomienda, tal es el deber de que son responsables.

Interpretado con sujecion á estos principios, eminentemente

racionales el párrafo 1.º del artículo 1.º, cesa ya la causa de la dureza con que ha sido censurado por entendidos jurisconsultos, calificándole de severo; y cesa también la causa de los temores fundadísimos que hacían recelar con razón sobrada, que la inocencia fuese víctima de la imposibilidad, ó de la dificultad al menos, de utilizar medios probatorios que desvaneciesen la presunción de la ley. No ha querido, pues, el Código, diremos en conclusión, referir al encausado la prueba de falta de intención maliciosa, de la involuntariedad de sus actos; el Código no puede entenderse de otra manera, porque no es de creer que sus preceptos sean contrarios á los de la justicia natural, ni á los consejos de la razón, ni á las reglas de la conveniencia pública; porque conveniente es que la sociedad no ejercite el derecho de castigar sino cuando por sí misma se haya convencido de la culpa del que debe ser castigado; el sacrificio de un inocente es para el cuerpo social la mutilación indebida de un miembro útil para el cuerpo humano.

Todavía el párrafo 2.º del artículo 1.º pudiera calificarse de severo, si la presunción de derecho que sanciona fuera de tal valor y mérito, como el que dan varias leyes de Partida á semejantes presunciones que declararon de derecho. Conocen muy bien nuestros lectores las disposiciones de las leyes 9, 10 y 14, título 14, Partida 3.ª, cuyo contesto creemos escusado transcribir; y tampoco ignoran que esas presunciones, á pesar de que únicamente están fundadas en el curso ordinario de los sucesos humanos, se declararon de tal eficacia y crédito, que tan solo cuando por prueba contraria cumplida y acabada se combatían, llegaban á invalidarse. Pues ahora bien, presumiendo la ley penal que todas las acciones ú omisiones se reputan voluntarias mientras no conste lo contrario, ¿será menester que ese crédito legal se combata y destruya por cualquiera de las especies de prueba que la ciencia del derecho denomina plenas? ¿Será menester que se acredite lo contrario de lo que la ley presume por el dicho de dos testigos al menos intachables, por la confesión de la parte ó la prueba de instrumentos? La opinión afirmativa no carece de partidarios que atemperándose estrictamente á las disposiciones de las leyes, ratiocinan en los términos siguientes: «La presunción de derecho constituye plena probanza, la prueba plena no

«cae en demérito sino por otra mas robusta y acabada,» luego la presuncion del párrafo 2.º del artículo 1.º, como de derecho, necesita destruirse por otra de mayor crédito segun las prescripciones de la ley.

A pesar de que el precedente razonamiento aparezca adornado de todas las condiciones lógicas que legitiman la consecuencia, no creemos que sea conforme á las doctrinas fundamentales sobre las que descansan los preceptos de las leyes en materia de pruebas, ni mucho menos á las declaraciones especiales que acerca de ellas ha consignado la ley provisional. Séanos permitido para fundar nuestra opinion, que no dejará de ser combatida por eminentes jurisconsultos, reseñar ligeramente las teorías sobre las que descansan la necesidad y la justicia de las pruebas.

La necesidad de la prueba para egercer el derecho de castigar, es tan patente como la de la existencia de la causa para que se produzcan los efectos. La regulacion y tasacion de los medios probatorios es una transaccion entre la sociedad y el individuo que colocados frente á frente se disputan sus derechos. La primera invoca las leyes fundamentales que la autorizan para castigar al que las infrinja, y el segundo se escuda con la promesa solemne que garantiza sus seguridades individual y propietaria; y como que la primera no egerce el derecho absoluto de castigar á su voluntad y á su capricho; y el segundo únicamente puede reclamar la proteccion de la ley cuando no la infrinja, forzosa fue una transaccion que á entrambos asegurase el ejercicio justo, legítimo y libre de sus derechos. La sociedad dice al individuo, «tus seguridades serán respetadas mientras tanto que no faltes á la ley, y como que esta condicion esencial legitima el castigo, yo te aseguro que antes de condenarte, habré de probar que te hallas en el caso de que ejercite la soberanía que me está encomendada.» La prueba pues, autoriza y santifica la pena; pero esta prueba puede nacer de causas de índole diversa y de aquí el artículo 2.º de esa transaccion santa y respetable.

Obsérvase por lo que queda espuesto, que ese convenio entre el individuo y el poder que representa á los asociados descansa sobre la base inalterable de la comun reciprocidad; y por eso en la escala de las condiciones de esa tácita transaccion necesariamente habia de consignarse una tercera cláusula que declarase la

igualdad de los derechos con relacion á la prueba. Sería injustificable en verdad que aquellos medios de probar que fuesen admisibles para la sociedad, ó aquella cantidad de prueba que la ley declarase suficiente para demostrar la procedencia de la acción social, no fueran asimismo admisibles y suficientes para reputar probadas las excepciones del encausado. Ante la ley iguales son todos los que demandan justicia; el juez executor de aquella ni atiende ni puede atender á las condiciones especiales de demandante y demandado, y por eso el tercer artículo de la transacción de la sociedad y el individuo reconoce entre ellos la igualdad en el ejercicio de los medios, y en los efectos de estos con relacion á la prueba.

Las leyes de Partida, dignas de la memoria de los siglos en su mayor parte, dieron un ejemplo de su respeto á tan inviolables principios: ellas ordenaron que los juzgadores pesquisasen la verdad por todos los medios legales que estuviesen á su alcance: declararon y reconocieron la igualdad en el uso de los medios probatorios, y por último en vez de presumir que el encausado y acusado era criminal, sancionaron con su autoridad en la ley 9.^a, título 31, Partida 7.^a la siguiente regla, sobre la que debe llamarse la atención de los que apellidan al siglo en que vivimos de civilización y de humanidad. Dice así en su último periodo la ley de Partida: «E aun decimos que los juzgadores todavia deben
»estar mas inclinados é aparejados para quitar los omes de pena,
»que para condenarlos en los pleytos que claramente no pueden
»ser probados, ó que fueren dudosos; cá mas santa cosa es, é mas
»derecha, de quitar al ome de la pena que mereciese por yerro
»que oviesse fecho, que darla al que non la mereciesse, nin
»oviesse fecho alguna cosa por qué.»

Asimismo las leyes del Código de D. Alonso, aunque en materias civiles reconocieron las presunciones de que tratan las antes citadas del título 14, Partida 3.^a, respecto á los asuntos criminales prescribieron y mas especialmente la 7.^a, título 31, Partida 7.^a, que los jueces no pudiesen imponer castigo alguno por *sospechas, nin por señales, nin por presunciones*, así es que el juez en sus fallos tenia que someterse en todo á la prueba reconocida y tasada por la ley, salvo en ciertos casos que se exceptuaron, acaso sin razon fundada, de la regla general establecida.

Sí, pues, el derecho de las Partidas todo lo remitía á las pruebas, y solo de ellas habian de resultar los méritos para absolver ó condenar, no es ciertamente en aquel Código en donde debemos buscar la regla tasativa de la probanza que se necesita para destruir la presuncion de la ley.

Escasos los libros de nuestras leyes de reglas sobre pruebas, en la Novisima Recopilacion tampoco puede encontrarse la doctrina que hubiera de servir á nuestro propósito: desde las Partidas hasta la Provisional para la aplicacion del Código, no volvió á tratarse de la cuestion que nos ocupa; pero la ley Provisional la ha resuelto, adoptando un término medio entre el arbitrio judicial y la tasacion legal; así es que con mas ó menos justicia, con mayor ó menor conveniencia, se ha sentado como principio legal incontestable que hoy no es necesaria para condenar la prueba que tasaba la ley 12, título 14, Partida 3.^a Sin la de testigos, de cartas ó instrumentos, ó confesion de la parte puede imponerse pena al procesado: basta el convencimiento del juzgador de la criminalidad de aquel, fundado en las reglas ordinarias de la crítica racional.

Pues bien, reconocido ya como un principio indudable, como una verdad jurídica, que el convencimiento del magistrado le autoriza para condenar, ¿podrá sentarse como principio igualmente cierto, que ese mismo convencimiento contrario debe servir para absolver? ¿Podrá reconocerse como una verdad legal que la presuncion de la ley se destruye por las presunciones contrarias? ¿Podrá admitirse como doctrina incuestionable que la presuncion de la voluntariedad, de la libertad y la malicia de las acciones se desvanece á la presencia de otros hechos que infunden la presuncion de que el actor no procedió con libertad, ni mucho menos con malicia, ó que aunque aquella concurriese, y la intencion relativamente á un objeto no penable, faltó la malicia respecto al hecho frustrado ó consumado? Muchos y frecuentes ejemplos se presentan en la práctica, en los cuales pueden tener aplicacion las preguntas que acabamos de sentar. El que trabajando en un monte enciende un fósforo para fumar y le incendia, se presume con el párrafo 1.^o, artículo 2.^o, que obró con voluntad y esto es cierto; que obró con libertad y esto es exacto; y se presume tambien que obró con intencion dolosa mientras no

conste lo contrario. Pues bien, acreditando su costumbre de fumar durante el trabajo, justificando sus buenas relaciones con el dueño del monte, y su intachable conducta, ¿será bastante el convencimiento favorable que arrojan estos antecedentes para destruir la presunción legal y reputarle á lo mas imprudente? No vacilamos al contestar en sentido afirmativo. El que dispara un arma á larga distancia cargada con perdigones y hiere en un ojo al que la dirige el tiro, causándole una lesión que le priva de la vista, no podrá decirse autor de lesiones graves, porque la presunción de la ley se desvirtua por la contraria que nace de la ninguna prevencion contra el ofendido, de la distancia, de la clase de municion; la casualidad figura en este caso en primer término; la imprudencia es el título que justifica la pena.

Sentado, pues, que segun la regla 45 de la ley provisional el convencimiento de la criminalidad, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, es suficiente para condenar; sentado que la presunción del artículo 1.º, párrafo 2.º se funda en el convencimiento que emana de las reglas generales que se desprenden del modo comun de obrar; y sentado por último que entre la sociedad y el individuo debe observarse estricta reciprocidad en esta materia; no vacilamos en concluir que aquella presunción se combate y destruye completamente por la presunción contraria favorable al procesado, y mucho mas por el convencimiento formado con arreglo á las reglas de crítica racional.

CUESTION QUINTA.

¿Se necesita para eximirse de responsabilidad criminal, dar parte á la autoridad y revelar el plan preparado cuando el que incurrió en tentativa ó delito frustrado desiste voluntariamente?

La cuestion que acabamos de proponer es una de las que con mas evidencia hacen resaltar á la vista de todo el que examine y estudie el Código penal, la irrelacion de sus artículos y la ligereza con que se redactaron las reformas, luego que la esperiencia hizo patentes algunos de sus defectos, y la imperiosa é imprescindible necesidad de corregirlos. Pero lo mas extraño es á la verdad, que la insercion de los nuevos artículos, de que vamos á ocuparnos, no hiciera fijar la atencion sobre los anteriores y subsiguientes, porque así como el artífice que trata de mejorar ó embellecer incrustando ó sustituyendo nuevas y mas bellas piezas en una obra cualquiera debe revisarla toda, así el legislador al retocar un código para mejorarle, no debe prescindir de las demas reglas ó artículos que, con las novedades que crea conveniente establecer, tengan relacion mas ó menos inmediata, porque de otra manera se espone á sembrar nuevas y mas perniciosas semillas, que lejos de embellecer empeoren, y obstruyan la senda que hubiera de conducir á la justicia legal que se intenta asegurar. Así ha sucedido sin duda reformando el artículo 4.º en sentido opuesto á lo prescrito en el primitivo, é in-

:

comparando entre aquel y el 3.º el párrafo de que despues nos haremos cargo.

Los autores [del Código, haciéndose superiores al influjo de las ideas políticas, y elevados á una altura á la que no alcanzaba la perniciosa influencia de la abusiva acepcion de las palabras, no vieron en la de *conspiracion* ese delito que espanta y aterroriza á los honrados y pacíficos ciudadanos; no creyeron que esa palabra representaba la idea siempre funesta de un alzamiento contra las Autoridades constituidas ó contra las leyes fundamentales del Estado, y por eso considerando á la *conspiracion* como un medio preparatorio para los delitos en general, opinaron justamente que la *conspiracion* y la proposicion para cometer un delito no debian ser punibles, sino en los casos en que la ley las penara especialmente.

No cumple á nuestro propósito examinar, si esta disposicion legal es ó no mas justa, mas conveniente y útil á los intereses sociales que la nueva comprendida en el Código reformado, preceptiva de la penalidad de la *conspiracion* y la proposicion para cometer un delito, art. 4.º del Código. Pero ya que vamos á emitir nuestra opinion sobre una duda que ofrece la reforma, diremos aunque de paso, que no alcanzamos la razon que sea bastante á justificarla. Bien comprendemos que la impunidad precipita á los hombres tentados al crimen; no somos tan estraños á los asuntos forenses, que no veamos las consecuencias funestas que llevan consigo los escándalos, hijos de actos preparatorios para la consumacion de los delitos; pero juzgamos al mismo tiempo que los vicios son irremediables en la sociedad, que el rigor llevado hasta su extremo suele fomentarlos lejos de reprimirlos, y que no estan reñidas la consideracion y la indulgencia con la severidad y el rigorismo de las leyes penales. Criminalistas de reputacion justamente adquirida, no muy conformes con el sistema humanitario que con asombroso progreso se ha desplegado en nuestros dias, han censurado con razones incontestables, eminentemente filosóficas, la estremada severidad de alguna de nuestras leyes que levantaba una barrera inespugnable entre los primeros pasos del delito, y el arrepentimiento; porque ciertamente esa ley, por un celo indiscreto á favor del bien público, impelia muchas veces al arre-

pentido á proseguir en la senda del crimen. La sociedad tiene el indisputable derecho de castigar á los delincuentes, á la manera que la obligacion de amparar y proteger á los honrados y pacíficos ciudadanos; pero como la pena debe corresponder proporcionalmente á la intencion y al mal causado, cuando la primera no pasa de los límites de un propósito interno, y los segundos no han llegado á realizarse', y ni siquiera se han puesto en juego los medios directos de conseguir la perpetracion del delito, parece que la Sociedad entonces se muestra demasiado severa para con los que, si bien concibieron malos pensamientos, si bien dieron algunos pasos preparatorios para la ejecucion de sus perversos designios, todavía no causaron mal alguno en ofensa del individuo, de su honra, ni de su propiedad.

Comprendemos muy bien que el escándalo de la conspiracion ó de la proposicion debe castigarse en algunos casos; porque lleva en pos de sí una ofensa á la moral social; comprendemos tan bien toda la importancia y conveniencia de la conservacion de las buenas costumbres, y no se nos oculta que la impunidad del escándalo alienta por una parte á los hombres tentados al crimen, y amortigua por otra el espíritu público y el amor á la ley. Pero entre la impunidad y el castigo cabe un término medio, cabe la teoría elevada á ley en el art. 4.º del Código primitivo; porque reservándose la determinacion de la pena para la conspiracion y la proposicion en ciertos delitos especiales, ni se incurre en el extremo funesto de castigar en casos, en los cuales la proposicion y la conspiracion ni ofenden ni escandalizan, ni tampoco se cae en el opuesto de dejar absolutamente impunes en ciertos delitos, que por su gravedad, por su trascendencia, ni lícito debiera ser pensar en consumarlos. Si las razones que algunos autores han alegado, fueron en efecto las que provocaron la reforma, y con ellas se cree justificada, á nuestro entender esas mismas razones confirman la idea de que no ha debido sentarse una regla general preceptiva de la penalidad de la conspiracion, porque si la publicidad de ésta es la única causa inductiva de la necesidad de castigar á los conspiradores, toda vez que esa publicidad no exista, cesa la razon de la pena, y sin embargo los conspiradores, atendiendo al nuevo texto del art. 4.º, no pueden eximirse de ella.

Las disposiciones que comprende el art. 3.º, conservado en su primitiva integridad, á la par que dán márgen á la cuestion que dejamos propuesta, corroboran la opinion que acabamos de emitir. ¿Pues qué, el delito frustrado y la tentativa no se hallan á mayor altura en la escala gradual de los actos ejecutivos para la consumacion de los delitos? ¿Pues qué, á pesar de esos actos vejatorios, cuando el delincuente desiste voluntariamente, no se exime de la pena que en caso contrario debiera imponérsele? Así lo dispone el Código penal; así lo ha enseñado la esperiencia consiguiente á la severidad de algunas de nuestras antiguas leyes, y así lo aconsejaron tambien célebres criminalistas, porque lo exigia del mismo modo una poderosa razon de conveniencia pública, y porque la moral y la religion enseñaron siempre, que conviene dejar paso franco al arrepentimiento para obtener sus benéficas consecuencias. El que sabe que ha de ser castigado, cuando dió algunos pasos en la senda del crimen, no es fácil que retroceda, porque á su vista se presentan por una parte los sufrimientos de la pena, que le asustan y horrorizan, y por otra los medios de burlar la vigilancia de las autoridades, y de llegar al terreno de la impunidad; y colocado entre estos dos escollos, aunque de diferentes dimensiones en su término, opta comunmente por el que en la actualidad ofrece menos obstáculos, y presenta menos dificultades para salvarse. La ley, pues, parece que debe contribuir con su poderoso influjo á facilitar el estremo mas conveniente á los intereses sociales, que es el arrepentimiento con la impunidad.

Tal vez como contestacion á estas poderosas observaciones se nos presentará el párrafo último del art. 4.º, segun el cual, *exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion ó proposicion para cometer un delito, dando parte y revelando á la autoridad pública el plan y sus circunstancias antes de haber comenzado el procedimiento.* Hé aquí, pues, se dirá, reconocida la conveniencia de proteger el arrepentimiento: aquí se halla consignado como un medio de eximirse de la pena; pero ese artículo exige una condicion que no queremos calificar, condicion que nos complacemos en reconocer como menos repugnante que la de obligar al denunciador á manifestar los nombres de sus consortes, pero que sin embargo la consideramos irrealizable en unos

casos y opuesta á su objeto en otros. En efecto, ¿quién ha dicho que el conspirador podrá siempre revelar á la autoridad el plan del delito y sus circunstancias? ¿Pues qué, no acontece la mayor parte de las veces, que los meros ejecutores no conocen el plan proyectado hasta el momento de la ejecucion? En estos casos, preguntaremos, ¿no quedará exento de la pena el conspirador que dá parte á la autoridad é implora la indulgencia de la ley, pero que no revela el plan, porque lo ignora? La contestacion afirmativa es sin duda la mas racional y prudente. No podemos concebir que para conceder el perdon de la pena se exija el cumplimiento de un imposible; porque tal es el hecho de revelar lo que se ignora: así es que en nuestro concepto el conspirador, que se presente á la autoridad, y manifieste que se trata de la perpetracion de un crimen, cuyo plan y circunstancias no ha podido averiguar, no por esto quedará privado de los beneficios del párrafo último del art. 4.º

Pero descendiendo ya al punto capital, que nos propusimos tratar, plantearemos la cuestion en términos claros y precisos. El art. 3.º del Código reconoce ciertos hechos, que denomina delitos frustrados ó tentativas, declarándolos punibles, y reconoce al mismo tiempo, que estos hechos no se podrán castigar en ciertos casos. Son punibles las acciones que el Código llama tentativas á delitos frustrados, toda vez que en las primeras no haya podido continuar su autor hasta consumar el delito á que se encaminaba, ó en los segundos no haya conseguido el mal propósito, que le impelia á obrar, por causas independientes de su voluntad: esto es, porque las circunstancias concurrentes en el acto le opusieron obstáculos que no pudo vencer. Mas si por el contrario, la voluntad espontánea del actor produjo el desistimiento, entonces por aquellos actos por regla general no se le puede imponer pena alguna.

El art. 4.º del Código reformado, declara asimismo que el proponente ó el conspirador para la consumacion de un delito, debe ser castigado; pero tambien, como en los delitos frustrados y tentativas, quedará impune, toda vez que se arrepienta, se presente á la Autoridad y la revele el plan y sus circunstancias. De lo referido á la simple vista resalta una diferencia notable y que llama la atencion por su gravedad y trascendencia; á saber, la

de que para eximirse de pena no basta en la conspiracion ó proposicion el voluntario desistimiento, acreditado por la presentacion á la Autoridad, sino que es ademas requisito esencial la revelacion del plan y sus circunstancias, segun espresamente lo ordena el párrafo último del art. 4.º; pero tratándose de los hechos que constituyen tentativa ó delito frustrado, nada dice el Código, solo declaran punibles aquellos actos, cuando la desistencia no es espontánea; lo que es equivalente á mandar que el desistimiento simple lleve consigo la impunidad, ó lo que es lo mismo, que la regla general que debe observarse es, la de que la desistencia exime de pena sin necesidad de presentarse á la autoridad y manifestarla el plan, y que por el contrario, la excepcion es la de que serán penados aquellos de que se acredite desistieron sus autores por serles imposible continuar obrando hasta la consumacion del delito.

Tales son, pues, las deducciones inmediatas y precisas del contesto literal de los artículos del Código reformado; pero como de ellas se infiere la anomalía de exigir mas condiciones para eximirse de pena al conspirador que al autor de tentativa ó de delito frustrado; como en otros términos las manifestaciones relativas al plan decrecen en proporcion que aumenta la criminalidad, no será extraño que preguntemos: ¿la reforma del art. 4.º relativa á la conspiracion y proposicion, será aplicable á la tentativa y delito frustrado en cuanto exige la revelacion del plan y sus circunstancias? Rigoristas en la aplicacion de las leyes, creemos que la contestacion negativa es mas conforme á los buenos principios y á las reglas exactas de la verdadera interpelacion, por mas que la razon de la ley y las teorías sobre justicia distributiva favorezcan á la opinion contraria. Efectivamente, ¿quién se atreverá á negar que si al proponente ó conspirador se le exime de responsabilidad tan solo cuando revela el plan y circunstancias del delito, con doble razon se debiera sujetar á estas mismas condiciones al autor de tentativa ó delito frustrado? Si la razon ocasional de aquella revelacion es la de acreditar el arrepentimiento, mayores muestras y mayor número de condiciones deben exigirse al que llegó, hasta realizar todos los hechos que coronaron la obra del crimen, que al que por medio de la proposicion buscaba compañeros de delincuencia, ó al que se limitaba á preparar los

medios ejecutivos. Si la razón de exigir la revelación del plan y las circunstancias ha sido el interés público en precaver é impedir la perpetración de los delitos, entonces mas necesaria es en los casos de tentativa y delito frustrado, porque hallándose los co-reos del arrepentido mas próximos á la consumación del atentado, mucho mas interesa tener cuanto antes conocimiento del plan ya comenzado á ejecutar. Así, pues, sancionada la necesidad de revelar el plan para eximirse el conspirador ó proponente de la pena, sin duda que con mas razón debiera preceptuarse en la tentativa ó delito frustrado.

Sin embargo, insistimos en la opinion contraria antes indicada, por mas que las razones espuestas sean de gran peso en el derecho constituyente: porque ademas de que las leyes deben aplicarse segun la espresion de su contesto literal, en el caso de que se trata, existe una causa especial para guardar estrictamente aquella doctrina. El Código primitivo reconoció en el simple desistimiento un título bastante para eximir de responsabilidad sin exigir otros requisitos; cuando se hicieron las reformas, esa declaracion existia consignada en el art. 3.º, y si hubiera querido reformarse así se hubiera espresado, porque no es de creer que los autores de la reforma no tuvieran conocimiento de lo que el Código preceptuaba, y que era necesario examinar para reformarle.

Corrobórase esta opinion por otro razonamiento apoyado en lo dispuesto en el art. 182, segun el cual, tratándose del delito de rebelion ó sedicion, los que se hubieran lanzado públicamente, siempre que se disuelvan á las intimaciones, quedan exentos de esta pena. En este caso hay ya mas que conspiracion, existe un delito en toda su estension, porque la tentativa en estos casos equivale al delito consumado; y sin embargo el voluntario y simple desistimiento sin necesidad de revelacion alguna exime de responsabilidad criminal. La disposicion de este artículo era anterior á las reformas, y no obstante estas, quedó en el mismo estado que anteriormente se hallaba.

Concluiremos, pues, reconociendo que se observa cierta anomalía entre lo dispuesto en los arts. 3.º y 4.º; reconoceremos tambien que pedir en la proposición la revelacion del plan y sus circunstancias, es exigir lo que no existe, porque al realizarla

todavía no se habia preparado el plan que habia de revelarse; pero que por mas que estas observaciones acrediten la necesidad de armonizar aquellos artículos, mientras tanto que subsistan como se hallan en el dia, en los casos de tentativa ó delito frustrado basta el espontáneo desistimiento para eximirse de responsabilidad criminal.

CUESTION SESTA.

¿Ha declarado la regla 45 de la ley Provisional, que el convencimiento de la criminalidad pueda formarse por sospechas, presunciones ó indicios calificados por el criterio racional absolutamente independiente del legal?

La cuestion propuesta pertenece al sistema de procedimientos reformado en parte por la ley Provisional para la aplicacion del Código: pero atendiendo á su gravedad y transcendencia, y con el objeto de complacer á los que han manifestado su deseo de oír nuestra opinion sobre tan delicada como espinosa materia, no hemos vacilado en invertir el órden que pensábamos seguir.

La regla 45, reformadora de la 2.^a de la ley Provisional primitiva, ha resuelto una de las mas graves cuestiones que se han discutido en las escuelas teóricas de la ciencia del derecho. ¿Es conveniente á los fines de la sociedad, conforme á los santos objetos de la justicia, que la ley prefije los medios de probar en juicio, y que tase la cantidad de prueba necesaria para condenar? ¿O es mas justo, conveniente y equitativo dejar al arbitrio judicial uno y otro extremos? Estas dos preguntas representan la posibilidad de otros tantos sistemas, y sin obstáculos ha podido formarse otro tercero, compuesto de partes diversas tomadas de cada uno de aquellos.

Si se nos colocara al presente en la crítica y comprometida necesidad de elegir entre esos sistemas, el que creyésemos mas

:

conforme á los principios de justicia, mas conveniente á los intereses sociales, compatible á la vez con la seguridad individual, solo en el caso de que no se nos permitiera declinar tan peligrosa obligacion, daríamos nuestro voto favorable, al que entre mil y mil dudas imposibles de superar, estimáramos menos espuesto á los errores de la limitada y débil condicion humana. Y ciertamente que no son las teorías abstractas, las que nos infunden tan serios como fundados temores: si para resolvernos pudiéramos contar con probatorios elementos efectivos, seguros, ciertos é infalibles, ni un momento siquiera vaciláramos en optar por el sistema que sostiene el arbitrio judicial, fundado en la crítica racional, como mas beneficioso á los intereses sociales, porque la impunidad no levantára osada su frente en medio de la Sociedad, que por atender acaso por demas al individuo, la patrocina. Pero cuando volvemos la vista para buscarlos elementos de accion, y aparece á nuestra presencia el hombre dotado de tan limitada comprension como presuntuoso de su capacidad; tan débil para ceder á todo género de afecciones, como se cree fuerte para resistirlas; tan obcecado con sus opiniones, como se cree imparcial al formarlos, mil y mil temores nos asaltan, y ante el sangriento espectáculo de víctimas inmoladas por el error, por la parcialidad ó las pasiones vituperables, temblamos por el individuo aislado é indefenso contra el poder inmenso de la Sociedad que le persigue. Bien comprendemos que el hombre es tambien demasiado accesible á veces á las seductoras persuasiones de la indulgencia, y que por eso el arbitrio judicial puede convertirse en un instrumento protector de la impunidad; pero con todo eso la lucha es desigual en el terreno de la posibilidad y de sus consecuencias: lo primero, porque el juez poco ó nada tiene que temer del individuo inmolado por el error ó las malas pasiones; y por el contrario depende de la sociedad á quien sirve, y con la que se halla ligado por los intereses y por el temor de la pena: y lo segundo porque el desafuero cometido contra el individuo, puede poner término á su vida natural ó civil, y la Sociedad nunca perece. Por estas y otras razones igualmente atendibles y poderosas sostuvimos en el TOMO 1.º DE LA SEGUNDA SÉRIE DE NUESTRO BOLETIN, pág. 20, que nunca por sospechas, presunciones ni simples indicios podia imponerse pena alguna. Entonces citába-

mos con placer en nuestro apoyo diferentes leyes de Partida, mas humanas sin duda que la regla 45 de la ley Provisional, si es que esta admite las presunciones, sospechas ó simples indicios como elementos constituyentes del convencimiento.

Esta es precisamente la gran cuestion que se presenta á cada paso en los tribunales y juzgados: esta la que ha dado margen á debates empeñados entre distinguidos jurisconsultos, y la que no se ha resuelto por una práctica clara y determinada por limites fijos en los tribunales. Débiles son en verdad nuestras fuerzas para tomar parte en tan espinosa y debatida cuestion, pero las indicaciones de nuestros lectores son harto poderosas, para que dejemos de complacerlos.

No se trata ya de discutir un principio para elevarle á la categoría de ley, si reúne las condiciones que le hagan aceptable; existe ya en la ley Provisional una regla preceptiva y de precisa observancia, y la discusion únicamente puede referirse á determinar su verdadero espíritu, atendiendo á su contesto y á las reglas de interpretacion doctrinal. Dice así la regla 45 en su primera parte. *En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquieran los tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley 12 título 14 de la Partida 3.^a, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código.*

La regla 2.^a de la ley provisional primitiva, que la 45 ha reformado ó pretendido aclarar, se hallaba concebida en los términos siguientes: *En el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor adquirieren los tribunales la certeza de la criminalidad del acusado; pero faltare alguna de las circunstancias que constituyan plena probanza, segun la legislacion actual, impondrán en su grado mínimo la pena señalada en el Código, á menos que esta fuere la de muerte, ó alguna de las perpétuas, en cuyo caso impondrán la inmediatamente inferior.*

Transcritas las dos reglas primitiva y aclaratoria, obsérvese que en ellas se han cambiado las palabras *certeza* por *conocimiento*, y las frases *plena probanza segun la legislacion actual*, por *evidencia moral que requiere la ley 12, tit. 14 de la Partida 3.^a*; y la otra, *pero faltare alguna de las circunstancias*, por

la de *reglas ordinarias de crítica racional*. Mas adelante nos haremos cargo del mérito de esta reforma, porque antes de emitir nuestra opinion en asunto tan grave, delicado y de tanta trascendencia, queremos transcribir las opiniones de entendidos jurisconsultos, cuyos conocimientos y erudicion profunda respetamos, por lo que pueden ilustrar la cuestion; despues nos haremos cargo de ciertas teorías sobre las que necesariamente descansa el sistema probatorio, y reseñadas las vicisitudes que ha sufrido este en nuestras leyes, vendremos por último á concluir espresando nuestras creencias con relacion al espíritu de la regla 45.

Uno de los mas célebres jurisconsultos que han comentado el Código penal, que despues de la reforma de 1850 ha emitido sus opiniones, esplicando en varios casos el espíritu de las partes reformadas, con referencia á la regla 45 se espresa en los términos siguientes, que transcribimos sin comentarios de ninguna especie. Dice así: «La reminiscencia que se hacia anteriormente en este artículo (regla 2.^a) de los requisitos exigidos por el criterio legal casuístico de nuestras antiguas leyes, producía realmente en la práctica graves inconvenientes. Una de las de Partidas, tít. 14, Partida 3.^a, y su concórdante 7.^a, tít. 31, Partida 7.^a, exige testigos ó confesion para formar la plena prueba: otra mas filosófica y ámplia en sus mandatos 26, tít. 1.^o, Partida 7.^a, se contenta con que haya pruebas *sobre que no venga dubda y claras como la luz*, especialmente para los casos en que haya de recaer pena de muerte, ó de perdimiento de miembro: otras recopiladas admiten al testigo singular y al tachado en ciertos casos.»

«La antigua y respetable jurisprudencia de los Tribunales españoles jamás admitió los simples y livianos indicios como plena prueba; pero jamás tampoco se detuvieron nuestros jueces en imponer hasta la propia pena capital por delitos alarmantes y escandalosos, cuando veian claro como la luz quién era el delincuente, fuese esto por virtud de plena probanza ocular, fuese por semi-pletas pruebas de hechos necesariamente conexos entre sí, ó sea la prueba circunstancial, como la llamaba Bentham.»

«Hay, sin embargo, intérpretes que sostienen con calor que

»dos semi-plenas pruebas no forman plena probanza ; y esta jurisprudencia peligrosa empezó á enseñorearse hace pocos años de nuestros Tribunales, en términos de llamar alguna vez la atención del Supremo de Justicia en una causa célebre de paricidio ocurrido en Valencia. A pesar de ello fue imposible proceder legalmente contra unos jueces que se fundaban en opiniones de juriscónsultos, que adquieren un peso inmenso cuando se trata de imponer la irreparable y tremenda pena de muerte.»

«Dos testigos idóneos y contestes en el delito y en todas sus circunstancias, son una prueba casi imposible de encontrar en los crímenes que se verifican con premeditación. Este casuismo de la ley de Partida tenia su correctivo, ó era siquiera tolerable, cuando se aplicaba el tormento con semi-plenas pruebas: pues entonces la confesion hacia innecesaria la doble testificación, y el defecto que tenia el tormento era cabalmente, (prescindiendo de su natural repugnancia) que suministraba confesiones demas, con especialidad entre los reos débiles y no reincidentes.»

«La reminiscencia, pues, de nuestras leyes con su imperfecto criterio, dándoles una fuerza que algunas veces habia mitigado antiguamente la jurisprudencia, debia producir dos males de gravísima importancia. Era el primero entronizar la impunidad, prestando nueva fuerza á las opiniones de nuestros intérpretes, que esplican la ley de Partida de una manera peligrosísima para la causa pública. Los jueces dudan naturalmente en estos casos, y encontrando un solo escritor que les dé asidero para salvar la vida de un hombre, se la salvan, como deben practicar en materia tan delicada. En el órden moral proceden de una manera que no es seguramente tachable: en el legal saben que no pueden contraer responsabilidad alguna.»

«Era el segundo inconveniente, que muchos jueces y autoridades con un celo indiscreto y hasta punible, por buscar pruebas legales que tanto escaseaban, recurrían ó podían recurrir á los reprobados medios de seducir, vejar y aun atormentar á los reos para arrancarles una confesion sin la cual no podia imponérseles pena, á falta de dos testigos presenciales.»

«Deber era del legislador prevenir los inmensos males de esta impunidad legal, que á veces rayaba en un escándalo inau-

»dito para toda una poblacion que tenia evidencia de la comision
»de un delito atroz, no presenciado por dos testigos, ó presencia-
»do si se quiere por tres; pero faltando alguna de las escolásticas
»circunstancias que requiere una de las dos indicadas leyes de
»Partida.»

— «Ya en el proyecto de ley sobre Tribunales de Hacienda apro-
»bado por el Senado se ha echado abajo el importuno casuismo
»del criterio legal, y se establecen como bases del juicio forense
»las reglas de una crítica racional. Los Tribunales de Hacienda
»podrán pronto imponer todo género de penas, hasta la de muer-
»te; y aprobada aquella ley, pareceria un contra sentido que los
»tribunales ordinarios, tuviesen una traba que no existe, cuando
»se trata de los intereses del fisco. Bastantes garantías posee ya
»el individuo con la promulgacion de un Código penal, con la
»publicidad y fundamentacion de los fallos, y con otras muchas
»medidas tomadas modernamente para asegurar la buena admi-
»nistracion de justicia. No son un jurado los jueces españoles;
»pero sin serlo han estado dando por siglos enteros el noble es-
»pectáculo de fallar las causas criminales de una manera justa y
»equitativa, á pesar de carecer de leyes vigentes y adecuadas
»para el castigo de los delitos. Esto era ser mas que jurados,
»pues eran indirectamente legisladores. La opinion sin embargo
»no les ha achacado desmanes habituales, si bien han podido
»existir imperfecciones y aun casos aislados de responsabilidad.
»Este precedente es muy importante, y en él puede estribar la
»concesion que acaba de hacerse á los tribunales, de una nueva
»confianza, que era por otra parte una necesidad, un agente de
»la justicia.»

— «Nos parece por lo tanto muy digno de elogio, que sin remo-
»ver profundamente el terreno, y aun sin hacer alarde de que se
»practica una gran innovacion, se haya consumado una refor-
»ma que es quizá la mas trascendental á que han dado lugar las
»imperfecciones del antiguo Código. La ley reconoce con Bentham
»diversos grados en las pruebas: el convencimiento y la eviden-
»cia; pero esta y aquel se han de considerar moralmente, segun
»las reglas de la crítica racional, no segun un casuismo peligroso.
»Hemos visto, hace pocos dias, el ejemplo de un asesino que se
»libertó con escándalo público de la pena capital, porque los tes-

»tigos presenciales estaban presos en la misma cárcel donde se
»ejecutó el delito, y no habia otros idóneos, segun el literal tenor
»de una ley de Partida. Hemos visto pruebas moralmente robus-
»tísimas, invalidadas por derecho á causa de faltarles requisitos
»legales secundarios, de todo punto indiferentes á los ojos de una
»sana crítica. De hoy mas cesarán estos inconvenientes: las
»pruebas han de ser claras como la luz; mas la ley no se entro-
»mete á delinear su forma, y deja en todo caso la calificacion de
»su suficiencia al recto juicio, al buen sentido de los Tri-
»bunales.»

«Continúa ó debe continuar, la absolucion de la instancia
»para los casos en que no resulte evidencia ni convencimiento,
»pero sí indicios ó sospechas livianas contra el acusado.»

Tan luego como vió la luz pública la precedente nota espli-
catoria de la regla 45 de la ley Provisional, se comunicó á los
Fiscales la siguiente circular, fechada en 22 de agosto de 1850.

La nota 113 del Código penal reformado, publicado poco há
por D. M. O., no ha podido menos de fijar mi atencion de un
modo muy especial por los grandes desaciertos á que en la prác-
tica puede conducir.

Desde luego esta nota se presenta desautorizada por el mis-
mo caso de buscar apoyo entre otras cosas en un hecho cuya
inexactitud es evidente. «Ya en el proyecto de ley (dice la nota),
»sobre Tribunales de Hacienda, aprobado por el Senado, se ha
»echado abajo el importuno casuismo del criterio legal, y se es-
»tablecen como bases del juicio forense las reglas de una crítica
»racional. Los Tribunales de Hacienda podrán pronto imponer
»todo género de penas hasta la de muerte; y aprobada aquella
»ley, parecía un contrasentido que los Tribunales ordinarios tu-
»viesen una traba que no existe cuando se trata de los intereses
»del fisco.» El Sr. D. M. O., no ha tenido presente que el ar-
tículo 17 del citado proyecto de ley distingue dos clases de deli-
tos, los directos y los conexos: que en la primera comprende los
de contrabando y defraudacion, y en la segunda incluye las va-
rias especies que enumera: que por los delitos directos nunca se
incurre en pena de muerte, quedando reservada la posibilidad de
ello para algunos de los conexos; y por fin que el artículo 83 del
mismo proyecto está concebido en estos términos. «El juicio so-

»bre la certeza de los hechos ha de formarse en esta clase de
»procesos por las reglas ordinarias de la crítica racional, aplica-
»da á los indicios, datos y comprobantes, de toda especie que
»aparezca en la causa. Respecto á la calificación de la probanza
»de los delitos conexos se observará lo que dispone ó dispusiere
»el derecho comun.» (Gaceta de 30 de noviembre y 1.º de diciem-
bre de 1849, y 6 de enero del corriente). Si el autor de la nota
hubiera tenido presente todo esto, hubiera visto que el proyecto
que cita no ha echado abajo en lo relativo á delitos conexos, lo
que llama *importuno casuismo* del criterio legal, cuando precisa-
mente este criterio que no es, ni puede ser mas que un conjunto
de *reglas generales* que, prescindiendo de *casos particulares*, de-
ciden á *priori*, para todos los que ocurran, de la eficacia ó inefi-
cacia de las pruebas, dista tanto del casuismo como lo abstracto
de lo concreto, y lo general de lo singular. Hubiera reconocido
por tanto, que lo dicho en esta parte es cabalmente lo contrario
de lo que asienta en la nota; esto es, que en virtud del referido
proyecto, cuando reciba la sancion Real, no podrian los Tribu-
nales de Hacienda imponer hasta la pena de muerte, aplicando
solo las reglas de una crítica racional, sino los autoriza para ello
la ley general, el derecho comun. Refiriéndose la nota á un dic-
támen que el Excmo. Sr. Ministro actual de Gracia y Justicia dió
como Fiscal del Tribunal Supremo, dice que sería el mejor com-
probante de cuanto contiene su nota. Sin embargo, yo que en el
archivo de esta Fiscalía he podido ver dicho dictámen, puedo y
debo asegurar á V. S. que no hay tampoco exactitud en esto. El
dictámen gradua de suficiente para la imposicion de la última
pena, la prueba de indicios contenida en la causa á que hace re-
ferencia; pero entre esto y el simple criterio racional, que es lo
que predomina en la nota, hay una distancia inmensa, la misma
exactamente que media entre dicho criterio y el criterio legal.
Mientras no se establezca de la manera terminante y esplicita
que requiera la gravedad de la materia, de que se trata, esa no-
vedad de sustituir simplemente uno de estos criterios al otro, que
se supone introducido ya por el artículo 45 de la ley Provisional,
mañosa y como disimuladamente, ó lo que tanto vale, *sin remo-
ver profundamente el terreno, y aun sin hacer alarde de que se
practica una grande innovacion*, será incuestionable que en la

apreciación de la prueba de indicios no se puede prescindir del criterio legal sin incurrir ó esponerse á incurrir en responsabilidad. V. S. sabe bien que en dicha prueba hay que distinguir cuidadosamente dos cosas principales: la circunstancia, el hecho accesorio ó circunstancial que señala mas ó menos determinada-mente el autor del delito; y la prueba que abona la certeza de cada uno de estos hechos, de cada una de estas circunstancias. Esta prueba está hoy sujeta á las mismas reglas, cuyo conjunto constituye el criterio legal, y lo estará mientras una ley ó un Real decreto con fuerza de tal, no den paladinamente y con palabras que no admitan mas que un solo sentido, el carácter de jurado á los juzgados y Tribunales ordinarios. El dictámen parte de este supuesto, en el cual eran indudables dos cosas: 1.^a que la jurisprudencia habia reconocido como suficiente para la imposición de la pena capital la prueba perfecta de indicios: y 2.^a que un conjunto de hechos accesorios, aunque considerados en sí mismos, designasen sin género de duda el autor del delito, no constituían sin embargo semejante prueba, si cada uno de ellos no ofrecia un crédito de su certeza, una plena prueba legal. El dictámen reconoció esta prueba particular en los indicios que acriminaban al acusado, y estimó que su conjunto no dejaba lugar á la duda, ó lo que es lo mismo que producía la certeza, el convencimiento, la evidencia moral, la prueba clara como la luz que exige la ley de Partida para la imposición de la pena ordinaria; y por eso cabalmente graduó de injusta la sentencia que presu-poniendo lo contrario impuso la pena inmediata. Mas ¿qué tiene esto que ver con el simple y puro criterio racional, que se dá por establecido en la regla 45 de la ley Provisional reformada? Nada absolutamente. Y si nada tiene que ver con esto el criterio la doctrina sobre que descansa dicho dictámen, ¿de qué modo serviría este de comprobación de cuanto se dice en la *nota* que nos ocupa?—V. S. comprenderá sin el menor esfuerzo que mi objeto ni es ni puede ser el impugnarla en esta *circular*, y lo que he dicho debe V. S. mirarlo no como impugnación, sino solo como indicación del riesgo que ofrece la *nota*, de incurrir en el mas grave de los desaciertos judiciales, que es segun el estado actual de la legislación, el de condenar al último suplicio en virtud de una prueba plena y perfecta segun el criterio racional, pero

imperfecta y no plena segun el legal.—En mi concepto la regla 45 se ha propuesto solo ocurrir á las dudas que la *segunda antigua* permitia suscitar á los que profesan la opinion, de que se ha de estar tocante á la prueba de indicios á lo prescrito literalmente en la ley de Partidas, y ha ocurrido no del modo que se piensa, sustituyendo sin cortapisa ni modificacion de ningun género el criterio racional al criterio legal, sino reconociendo en la prueba perfecta de indicios el carácter de prueba plena que le ha dado hasta aqui la buena práctica, y práctica inconcusa de los Tribunales. La opinion del Sr. Ministro actual en la materia, consignada en el mencionado dictámen, lo hace presumir así; la necesidad de renunciar á la pena de muerte, sino se admite esta prueba como completa, lo persuade con no menos fuerza. Proscritos por la ley afortunadamente el tormento y los apremios en lo criminal, y habiéndose reservado por ella justamente la pena de muerte para el castigo de los delitos gravísimos que siempre, ó las mas veces se cometen, ó procuran cometer sin testigos, desechar para su imposicion la prueba perfecta de indicios fuera un contrasentido, una inconsecuencia manifiesta; sería abolir de hecho una pena establecida de derecho. Si á esto se añade que el criterio racional por sí solo no ofrece ninguna garantía, porque aplicándole no es posible infringir regla alguna legal, y no hay responsabilidad legal posible sin esta infraccion, no parece que puede caber duda en que lo establecido por la nueva regla es lo que yo supongo, y no lo que se da por sentado. Tambien yo soy opuesto al simple criterio legal, porque la acertada apreciacion de las pruebas hechas á *priori*, es un imposible; mas entre este sistema y el que se supone subrogado al mismo, hay otro que evita todos los inconvenientes, y es el que resulta de la bien meditada combinacion de entrambos. Segun este sistema, que es el que confio, el que deseo al menos que en su dia se adopte, los jueces y Tribunales no se verán nunca en la precision de condenar al que legalmente convicto, no crean sin embargo que lo está en realidad; mas tampoco les será lícito seguir su conviccion propia. La ley en este sistema no les dirá nunca la prueba que es suficiente para condenar; pero les señalará la que no baste para ello, haciendo así posible la responsabilidad legal, y proporcionando por su medio, como es indispensable, una ga-

rantía positiva y precisa que los acusados buscarían en vano en el simple criterio racional, que es el del jurado irresponsable. En resolución, el criterio legal por sí solo es un concepto, ó puede ser la arbitrariedad en la ley: el criterio racional aislado es ó puede ser la *arbitrariedad en la sentencia*; y la arbitrariedad donde quiera que esté y cualquiera que sea su origen es siempre abominable.—Sin estas consideraciones, estoy seguro de que la ilustracion de V. S. hubiera podido leer sin peligro la *nota* á que se refieren: y si las comunico á V. S. es porque me toca dar al ministerio Fiscal esta voz de alerta contra la misma, por presentarse como autorizada con dos votos tan respetables, como el del Senado y el del Sr. Ministro de Gracia y Justicia. Con esta fecha trasladaré al mismo esta circular: si mi opinion es infundada, si la regla 45 de la ley Provisional reformada ha querido decir lo que piensa el Sr. D. M. O., no se hará esperar la rectificacion oficial de mi error, y sabremos á que atenernos con seguridad. Entre tanto debe V. S. desechar como destituida de fundamento la referida nota, en la parte que supone sustituido simplemente por dicha regla el criterio racional al legal. Espero aviso del recibo de esta circular. Dios etc.—Madrid 22 de agosto de 1850.—José Joaquin Casaus.—Sr. Fiscal de la Audiencia de...

El Sr. D. Miguel Agustin Príncipe en sus artículos *sobre la inteligencia de la regla 45 de la ley Provisional*, despues de hacerse cargo de las dudas que ofrecia á los jueces y magistrados la antigua regla 2.^a, resueltas ya por la 45 de la reforma, refiere, aunque sucintamente, la historia legal de las pruebas con copia de datos que acreditan la vasta estension de los conocimientos de tan distinguido jurisconsulto, y apoyando la interpretacion de la regla 45 en la historia, se espresa en los términos siguientes.

«La *ley Provisional*, tanto primitiva como reformada, vió en
»nuestra antigua legislacion pruebas establecidas á *priori*, y vió
»ademas pruebas de conciencia, incapaces de ser determinadas,
»de describirse con todos sus caractéres; vió que tanto las unas
»como las otras podian ser, decisivas, y que si solo la prue-
»ba *obligada* debia ser la que sirviera de norte á los Tribunales,
»los delitos quedarian impunes siempre que el reo no confesase,
»ó no hubiera contra él dos testigos, ó no resultara probada su
»delincuencia por medio de escritura; vió en fin, que era pre-

»ciso proclamar lo que ya proclamaba la práctica; que ade-
»mas de esas tres fuentes de lo cierto, existen otras mil no pre-
»vistas, y que solo el criterio judicial puede y debe apreciar en
»cada caso: y, como consecuencia precisa de todas estas consi-
»deraciones, legalizó, por decirlo así, lo que el arbitrio de los
»juzgadores practicaba desde muy antiguo, decidiendo como ju-
»rados lo que atendido el riguroso texto de la antigua legislación,
»no podrian decidir como jueces. Quedó en consecuencia legal-
»mente reconocido el *criterio judicial*, como regla á que los Tri-
»bunales pudieran y debieran atenerse, cuando enmudeciese en
»todo ó parte el *legal*, el de las tres pruebas *tasativas*; y para
»diferenciar la certidumbre que nace del uno, de la *certeza* que
»produce el otro, *solamente para diferencirlas*, llamó prueba de
»*convencimiento* á la fundada en la buena crítica, en la crítica
»filosófica, en la crítica racional, y prueba *de evidencia moral*, á
»la que tiene los requisitos de que habla la ley de Partida. Esa
»diferencia de voces no podrá nunca alterar la esencia de toda
»prueba propiamente dicha. El juez no puede tener *convencimien-*
»*to* de la delincuencia de un reo, sino *viéndola claramente y sin*
»*género alguno de duda*. Que ese *ver* se llama *evidencia* cuando
»se refiere á la prueba establecida por Alfonso el Sabio, y otra
»cosa al referirse á otras pruebas, para nosotros es cuestion de
»nombre: lo esencial es convenir en que unas y otras deben dar
»por resultado lo *cierto*.»

El mismo distinguido escritor que con tanta erudicion califica las leyes de Partida, y con laudable prudencia censura la adopcion del tormento que tanto es de estrañar en el Sabio Rey D. Alfonso, se produce de la manera siguiente.

«Así se fué aboliendo el tormento primeramente por la cos-
»tumbre, y despues casi en nuestros dias, por disposicion de la
»ley; y así continuaron los Tribunales en su práctica de penar
»*estraordinariamente* cuando la conviccion les arrastraba á ello,
»en virtud de pruebas distintas de las determinadas en la ley 12,
»título 14, Partida 3. No, no penaban á los *sospechosos* como
»algunos malamente han creido, si solamente eran *sospechosos*
»en la genuina acepcion de la palabra: á estos *los absolvian de*
»*la instancia*, fórmula equivalente en el fondo á un *sobreseimiento*
»*sin perjuicio*, y por lo cual quedaba abierto el *pleito criminal* á

»ulteriores indagaciones, si resultaban despues nuevos datos de
»criminalidad contra esos delincuentes *presuntos* y absueltos de
»un modo interino. La doctrina del fallo condenatorio, yasado
»sobre meras *sospechas* no la ha profesado jamás la magistratura
»española. Si ha condenado ha sido *convencida* de la delincuen-
»cia del reo: si le ha faltado el *convencimiento*, se ha atendido al
»*in dubiis abstine*, aconsejado por la sabiduría. La fórmula que
»acabamos de citar, fórmula que la ley no reconoce, pero que
»aconsejada por el buen juicio, y consagrada por la jurispruden-
»cia de los Tribunales ha llegado hasta nuestros dias, no da lu-
»gar á la menor duda en lo concerniente á este punto.

«Vemos, pues, que la prueba *indiciaria*, despues de replegar-
»se á la tortura como á su último atrincheramiento, resucitó de
»su postracion aun cuando el potro se desgastaba, sobrevivien-
»do á las ruinas de este, cuando solo quedó como un recuerdo de
»los errores de la humanidad en tiempos de ignorancia y de bar-
»bárie. Vemos tambien que esa resurreccion se debió á una in-
»terpretacion que relativamente á la ley taxativa aconsejaba la
»necesidad; y vemos, por último, que el respeto debido á esa ley
»fué el que motivó la aplicacion de penas *menores* que las esta-
»blecidas por ella, cuando el *convencimiento* de los Tribunales
»descansaba, no en la *plena probanza*, sino en la que producía
»*certeza* por otros diferentes caminos.»

«Tal era el estado de las cosas en nuestro pais, cuando sonó
»la hora de la reforma para la legislacion criminal. Mas no era
»en solo su estado. Hechos que antiguamente eran delitos, no
»podian serlo al presente: acciones ú omisiones que tal vez no
»lo eran, debian ahora tener sancion penal: una gran parte de las
»antiguas penas habia caido en desuso; el procedimiento era en
»gran parte rutinario, vicioso y mas de una vez absurdo, y el
»arbitrio de los tribunales no podia ni debia ser el único y es-
»clusivo regulador de lo mas conveniente, como de hecho venia
»á serlo en todo desde la edad media en adelante. A una parte
»de aquellas exigencias se atendió con el nuevo *Código*: á la otra
»era preciso acudir con una ley de procedimientos; y no siendo
»posible esta por necesitarse tiempo y espacio para reformarlos
»definitivamente, atendiose á lo mas urgente, publicando la *ley*
»*Provisional*.»

«Ahora bien. ¿Qué vió esta en lo relativo á las pruebas? Que
»la práctica estaba en pugna con lo determinado por la ley es-
»crita respecto á graduar su valor, y que los Tribunales eran ár-
»bitros tanto en graduarlo como en aplicar la pena que en el ca-
»so de castigar por *indicios* creian mas conveniente. Esa práctica,
»en rigor ilegal, era no obstante hija de la necesidad, y la ley
»Provisional la legalizó, elevando la prueba *indiciaria* á la cate-
»goría de tal, ni mas ni menos que la costumbre la tenia ya san-
»cionada. Pero el arbitrio de los Tribunales, no debia en con-
»cepto de la reforma, estenderse á mas que estimar el valor de
»esa prueba, en términos de ser su criterio, su último y solo con-
»vencimiento, quien decidiese sobre el grave punto de conside-
»rar ó no averiguada la criminalidad de los acusados, segun la
»certeza ó ambigüedad inherente á los indicios que contra ellos
»militasen: lo demas, lo relativo á la pena aplicable no lo quiso
»dejar á su arbitrio en los términos en que antes lo estaba. De
»aquí el consignarse en la regla que nos ocupa la legitimidad de
»la prueba *indiciaria*, y el determinarse, no obstante, la aplica-
»cion de la pena en su grado mínimo ó la inmediatamente infe-
»rior, si esta es la de muerte ó alguna de las indivisibles ó con-
»puestas de dos que lo sean. ¿Se ha debido esa restriccion al ca-
»rácter *dudoso* de la prueba que la ley ha legitimado? No, no ha
»podido deberse á eso, cuando esa misma ley reconoce que
»aquella prueba es fuente de lo *cierto*, ni mas ni menos que las
»*taxativas*: se ha debido á otra consideracion; al respeto que la
»ley de Partida exigia, al través de los siglos, de otra ley que al
»fin no lo es sino en sentido *provisional*; al mismo é idéntico
»sentimiento de veneracion que habia obligado á los jueces á
»decretar penas *inferiores* cuando la prueba no era en todo y por
»todo, tal cual el Sabio Rey la requeria; á la influencia tradi-
»cional que esa costumbre no podia menos de ejercer en una
»disposicion transitoria, que nada pretendia innovar en lo relativo
»á la prueba, dejando intacto este grave punto para el Código de
»procedimientos. Hé aquí, pues, á la ley Provisional limitarse á
»sancionar en el fondo lo mismo que tenia lugar en la práctica, la
»aplicacion de una pena menor á la determinada por la ley, cuan-
»do la conviccion resultaba de la prueba llamada menos plena. En
»esto no ha variado, no ha alterado, no ha modificado en lo mas

«mínimo la jurisprudencia seguida hasta ella; lo único que ha
»hecho es coartar el libre arbitrio de los Tribunales en cuanto á
»marcar esa pena, como lo hacian antes con las llamadas *estraor-*
»*dinarias*; y eso nada tiene de estraño en una ley, como la de
»aplicacion de un Código como el de 1848, en que tanto y tanto
»se coarta ese arbitrio para evitar sus inconvenientes, no sin in-
»currir mas de una vez, al menos á nuestro modo de ver, en in-
»convenientes opuestos.»

Transcritas literalmente las opiniones emitidas por juriscónsultos de merecida reputacion, desautorizada aparecerá la nuestra, pero debemos consignarla, cualquiera que sea su mérito, en cumplimiento de la obligacion que nos hemos impuesto.

La prueba y la falibilidad de los medios de que el hombre puede valerse son cosas implicatorias: triste idea dá de sí mismo el que comienza por dudar de su propia existencia, como ha dudado una secta filosófica bien conocida. Pocas veces puede asegurarse el hombre de la verdad de los sucesos en el sentido estricto de esta palabra: mas sin embargo, alguna vez la verdad es patente, otras es cierta, y la mayor parte probable. Pero era menester que no prevaleciese ese temor hijo de la pobre y débil condicion humana sobre la necesidad de llenar los gobernantes de la Sociedad la santa mision que les estaba encomendada: necesitó arreglarse en todas sus partes esa transaccion que mencionamos en la precedente *question* entre la Sociedad y el individuo: uno de los capítulos de ese pacto sagrado debia consistir en la determinacion precisa de las condiciones sustanciales de la prueba.

La imparcialidad de parte del juez que representa á la Sociedad, y en nombre de ella castiga, tenia que ser el primer elemento de confianza; el testimonio del juez no podia admitirse como medio de probar, era preciso que se le convenciera por los medios de persuasion que reconoce la condicion humana. Supuesto que el juzgador recto é imparcial no podia valerse como medio de prueba de la propia persuasion; supuesto que tenia que recurrir á medios externos que demostraran la existencia de los sucesos, claro es que tenia que apelar á la prueba testifical, porque en última análisis todos los medios probatorios que el derecho reconoce se derivan del testimonio.

Esta teoría por mas que parezca absoluta no deja por eso de ser verdadera. ¿Qué otra cosa es la prueba de instrumentos mas que la testifical solemnizada por la intervencion del depositario de la fé pública? ¿Qué es la confesion, sino la prueba de un testigo mayor de escepcion que por deponer en perjuicio propio merece crédito ante la ley? ¿Qué otra cosa es la prueba indiciaria mas que la demostracion de un hecho por medio de otros hechos, probados por testigos, que inducen á persuadirse de la realidad de aquel? En este caso la prueba testifical es auxiliada por el racionio.

No desconocemos otros medios que autores teóricos enumeran como idóneos para probar la verdad: la sensacion, el conocimiento interno, la memoria, el juicio y el racionio, y el sentido comun son medios que la ciencia abstracta reconoce como útiles para suministrar comprobantes de ciertos hechos; pero no es la prueba que por estos medios puede practicarse, la que ha de utilizar la Sociedad para fundar en ella la justicia de una sentencia condenatoria en un caso dado; de otro modo el juez que la representa, se convirtiera en juez y testigo: sus sensaciones, su juicio y su racionio le sirvieran de elementos de conviccion, y reasumiera por tanto las condiciones de autor y apreciador de la prueba: se convenciera á sí por sí mismo, y juzgara á los demas por su propio juicio. El racionio finalmente se funda en hechos que el juez conoce por el testimonio de testigos.

Sentados estos precedentes concíbese desde luego que esa prueba testifical puede ser directa ó indirecta; que puede referir los hechos materialas que constituyen el delito; ó tan solo otros hechos que tengan relacion mas ó menos íntima, mas ó menos inmediata con aquellos, otros que por la posibilidad de su connexion con los constituyentes del delito ó con sus causas ocasionales hacen sospechar ó convencer al entendimiento de la criminalidad de una persona cierta: los indicios, las conjeturas, las presunciones pertenecen á esta última especie de medios de probar, porque consisten en hechos que pueden constituir el delito, ó mas bien dicho la delincuencia.

Circunscritos los medios de prueba á la testifical directa ó indirecta, y reconocida su falibilidad, un nuevo capítulo de la transaccion con el individuo tuvo que regularizarla, porque no to-

dos los hombres son dignos de crédito: era forzoso desechar á todos aquellos que por cualquier título fueran cuando menos sospechosos: hé aquí la causa de las tachas de los testigos, esa nueva garantía que la Sociedad concedió al individuo de que no sería condenado sin la prueba de su culpa.

Clasificados de este modo los medios probatorios en cuanto á su admision, la ley necesitó fijar sus méritos respecto á la credibilidad: porque no todo lo que puede reconocerse digno de ser admitido como medio de prueba, tiene que ser respetado digno tambien de crédito. El legislador, pues, que debia colocarse imparcial entre la sociedad ofendida y el individuo inviolable, mientras que no se probára su criminalidad: el legislador, que tenia que depositar en una tercera persona al sagrado atributo de administrar la justicia, necesitaba préviamente resolver una cuestion espinosa, grave, acaso la mas dificil y peligrosa que puede concebirse; necesitaba resolverse ó á dejar al arbitrio del juez la determinacion de los medios hábiles para probar los hechos criminales, y la cantidad de prueba necesaria, ó á fijar por sí mismo uno y otro extremo, ó á determinar el uno, dejando al juicio del juez el otro. Forzoso es reconocer que ambos sistemas abundan en peligrosas y fatales consecuencias: y lo mas triste y doloroso todavía es, que no puede menos de confesarse que jamás la capacidad humana alcanzará á poner remedio á los males que son inherentes á aquellos sistemas. El arbitrio judicial en materia de pruebas lleva en pos de sí la licencia infinita del magistrado, su irresponsabilidad, y la inseguridad del individuo: la tasacion de la prueba por el contrario, en tanto que encierra al magistrado dentro de un estrecho círculo, abre un inmenso campo á la delincuencia y á la impunidad.

Las leyes de Partida, fuente inagotable de máximas eminentemente filosóficas, resolvieron esta cuestion en tésis general en sentido contrario al arbitrio judicial: fueron por ellas tasados los medios de prueba, fueron establecidas las condiciones que afianzaran el crédito de aquellos medios, y fué tasada la cantidad de la prueba necesaria para condenar. En esta parte las Partidas siguieron la jurisprudencia romana, rigorista algunas veces, con exceso en todo lo concerniente á procedimientos: ni el derecho de los romanos ni el de las Partidas admitieron la prue-

:

ba de raciocinio. Las conjeturas, las sospechas, esas dos especies de medios probatorios que las mas veces se confunden, por regla general nunca constituian prueba en juicio. Aquellas no deferian al convencimiento del juez, se le tasaban, señalándole la cantidad de prueba y su calidad. A la jurisprudencia práctica de los romanos, que estos tomaron de los griegos, es debida la absolucion de la instancia que no establecieron nuestras leyes, pero que la introdujo la práctica de los tribunales. Sabido es que cuando del proceso no resultaba justificada la criminalidad, por mas que el hecho criminoso fuera patente, el juez romano pronunciaba el célebre *non liquet*, no está claro, fórmula concisa que representa un sistema aceptable. Era preciso que las pruebas fuesen claras para condenar segun las leyes del imperio de Oriente.

Al reseñar ya el sistema probatorio que prevaleció en nuestras leyes anteriores á la Provisional, comenzaremos haciendo una concesion que mas adelante habrá de tenerse en cuenta para aclarar el sentido, el verdadero espíritu de la regla 45. Las leyes de Partida y las de otros fueros que rigieron en España, no pudieron desconocer que los medios probatorios no se limitaban al dicho de los testigos, á la confesion de la parte y á los instrumentos ó cartas; no hubiera sido prudente, ni racional, ni exacta semejante teoría: existen en el órden natural otros medios de justificacion mas ó menos perfecta, mas ó menos cumplida y acabada. Por eso dijo con razon la ley 90 del Estilo, que los jueces deben dar la sentencia segun la ley, *sabida la verdad del fecho por pruebas, por pesquisas, ó por preguntas, ó por conosciencias, ó por presunciones, ó por tormento, segun es derecho*. Y por eso dijo tambien la ley 8, tít. 14, de la Partida 3.^a: *pruebas é averiguaciones son de muchas naturas, para poder probar los omes sus intenciones, é son estas*: Y despues de contar entre ellas la confesion, el dicho de los testigos y las cartas ó instrumentos, *continúa, ó otra cosa cualquier que deba ser creida, é valedera, assi como se demuestra complidamente en las leyes de sus títulos. E aun hay otra manera de provar, á que llaman presumpcion: que quiere tanto decir, como grand sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de prueba.... pero en todo pleito non debe ser cabida solamente prueba de señales, é de sos-*

pecha, fuera ende en aquellas cosas que mandan las leyes de este nuestro libro, porque las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad.

Pero si bien la ley de Partida en tésis general reconoció la existencia de diferentes medios de prueba, abusando como todos tenemos que abusar de esta palabra, la ley en este caso se referia á la admision, no á la credibilidad de aquellos medios; y bien claramente se vé la exactitud de esta proposicion cuando la ley misma que titula á la presuncion *manera de prueba*, declara mas adelante que por solas sospechas no puede fallarse, *porque muchas vegadas non aciertan con la verdad*. Es preciso, pues, para conocer la jurisprudencia establecida por las leyes de Partida en esta materia, descender al estudio de cada una de las que prefijan reglas especiales.

Reconocida esta verdad, puede sentarse otra no menos exacta. Las leyes de Partida fueron mas laxas, menos escrupulosas en la prueba relativa á los asuntos civiles que á los criminales: en aquellos las presunciones ó sospechas tuvieron lugar alguna vez, en los asuntos criminales se desecharon por regla general, escepto en el adulterio y delito de traicion. La prueba de esta proposicion no la tomamos de las diferentes leyes, en otra ocasion citadas, que reconocen ciertas presunciones especiales como hábiles para juzgar en juicio civil, tampoco queremos tomar prueba de la ley 26, tít. 1.º, Part. 7.ª, que ordena al juzgador: *«Que debe poner guarda muy afincadamente, que las pruebas que recibiere sobre tal pleito (criminal) que sean leales, é verdaderas, é sin ninguna sospecha.»* Tampoco utilizaremos la ley 12, tít. 14, Partida 3, citada en la regla 45, ni nos valdremos de la 7.ª, tít. 31, Partida 7.ª, buscamos, pues, la demostracion de aquella verdad en la ley 14, tít. 4, Partida 3.ª, citada alguna vez por jurisprudencias de nota para demostrar que no tan solo con aplicacion á los asuntos civiles, sino tambien respecto á los criminales, reconocieron las leyes de las Partidas otras pruebas ademas de las de testigos, cartas ó confesion, ó instrumentos. Dice la ley mencionada, tratando de los encausados en juicio criminal: *presos tienen á las vegadas los judgadores algunos omes que non se atreven á judgar, é enviándolos al Rey. E por ende deben ser acuciosos para enviar escritas las razones al Rey porque les pri-*

sieron; *E otrosí*, las pruebas, é el recabdo que fallaron contra ellos, sobre aquellos yerros porque fueron presos, quién sean por testigos, ó por cartas, ó por conosciencias, ó por señales, ó por presunciones, de manera que el Rey pueda ser cierto de lo que oviese de facer de ellos. Obsérvase, pues, que esta ley reconoce las señales (los indicios) y las precauciones como medios de prueba admisible, pero no como medios creibles, porque á no ser así, ¿á qué fin habian de remitirse los procesos al Rey? ¿Por qué causa no habian de fallar los jueces que conocian del pleito? Remitian los procesos, porque no se atrevian á fallar por falta de prueba, y los enviaban al Rey, para que con presencia de los antecedentes y en uso de su autoridad Soberana, determinase de ellos, haciendo lo que no podia hacer el juez que tenia que sujetarse estrictamente á la ley. Las presunciones, las señales, podian constituir certeza para el Rey, que estaba dispensado del estricto cumplimiento de las leyes, pero no la constituian para el juzgador, que solo podia fallar en lo criminal á virtud de pruebas claras como la luz; claridad que nacia tan solo de los dichos de testigos, de la confesion ó los instrumentos.

Sentado que las leyes de Partida tasáran la calidad y la cantidad de las pruebas por regla general, ó lo que es lo mismo, que adoptáran el sistema del criterio legal como base única de la justicia de los fallos, oportuno será que nos hagamos cargo de uno de los medios de probar que autorizaron esas mismas leyes, el cual revela al mismo tiempo cierta contradiccion con sus propias doctrinas. Aludimos al *tormento*, á ese medio de investigacion duro y temible, por mas que no fuera tan atróz é inhumano como la exageracion le ha pintado: por mas que no fuera tan eficaz en sus consecuencias, como se le ha figurado inconsideradamente. Y aunque de paso, diremos tambien que la adopcion del tormento no es realmente un título que pueda empañar el buen nombre del Rey Sabio, porque su libro de leyes revela la repugnancia con que debió aceptar aquel modo de arrancar la confesion del reo en medio del dolor, ó por lo menos del temor de los sufrimientos. El tormento fué invencion de tiempos mucho mas remotos, aplicado en su origen solo á los esclavos, estendido despues á cierta clase de ciudadanos sospechosos por sus dichos; pero nunca el tormento se usaba sino con ciertos antecedentes

que indicaban criminalidad. Don Alonso, pues, se vió sin duda en la necesidad de transigir con la época, y aceptó lo que en nuestros dias hubiera rechazado con indignacion, por su dureza, y por su inutilidad.

El tormento fué reputado como un complemento de la prueba: en la larga época de su duracion se reconocia, como hoy se reconoce, la dificultad en reunir una prueba testifical cumplida y acabada: la práctica ordinariamente ofrecia á los jueces esos indicios que hacian sospechosos á los encausados, que infundian la creencia de la criminalidad, pero no formaban el convencimiento: y las leyes buscaron en los medios violentos el complemento de la prueba ó la purgacion de las sospechas que ocasionaba la conducta de los procesados: el tormento fué un medio ineficaz cuando los encausados eran diestros, é inhumano, toda vez que la malicia les habia enseñado que podian burlarse de la ley opresora, que les queria arrancar una confesion forzada. En efecto, la ratificacion de lo declarado en el tormento era esencial para que sirviera de base á la sentencia condenatoria, y sin mucho discurrir se concibe el medio de no sentir los dolores de la tortura y de no hacer una confesion con fuerza legal.

La esperiencia hizo conocer la inutilidad del tormento como medio de prueba y de purgacion: y los adelantamientos de las ciencias le rechazaron con horror, de modo que con el tiempo, ya por la repugnancia de los tribunales á usarle, ya porque leyes posteriores á la de Partida le abolieron, se quedaron reducidos los medios de probar á los que habian tasado las leyes antes citadas. Entonces fué cuando se vió patente la imperfeccion del sistema tasativo de las Partidas; entonces, la impunidad levantaba su frente orgullosa, y los tribunales comenzaron á fallar las causas por el convencimiento judicial, ó sea por pruebas que algunos jurisconsultos llamaron semi-pletas: desde entonces aquellos indicios que en tiempos anteriores servieran solo para llevar al tormento al hombre de mala fama y vil, como dice la ley de Partida, eran suficientes en muchos casos para imponer una pena. Nuestros lectores podrán apreciar cual de los dos sistemas es mas humanitario, mas racional y conveniente, aquel que al hombre vil, convencido pero no por los medios legales de criminalidad, le llevaba al tormento, haciéndole confesar al menor dolor

un delito, pero que no ratificaba á las dos ó tres veces, absolviéndole de la instancia, ó aquel otro sistema que por los mismos indicios impone hasta la cadena perpétua en sus casos, por la razon de que el juzgador se ha convencido de su criminalidad.

Hemos indicado al principio de esta *Cuestion*, que no nos proponiamos tratarla en el terreno del derecho constituyente; pero como hemos visto á los partidarios del criterio judicial absoluto, santificar este sistema hasta el extremo de considerarle infalible, no podemos menos de manifestar nuestras convicciones prácticas en contrario. Mucho valen las opiniones de los prácticos cuando se trata de calificar un sistema; pero es menester no perder de vista que la prueba de la bondad positiva del criterio judicial se apoya en hechos negativos. Yo no he visto, dirá un magistrado encanecido en la toga, que se haya justificado que aquellos á quienes he condenado por convencimiento de su criminalidad, no eran tales delincuentes. Yo no recuerdo, dirá un fiscal, que se haya probado que aquellos á quienes he acusado por convencimiento hayan resultado despues inocentes. Eso nada probaria á favor de aquel sistema, porque como no se habia seguido un nuevo juicio posterior á la condenacion para depurar los hechos, claro es que no sería fácil que se demostrara la falibilidad de los indicios en que se apoyaba el convencimiento.

No tratamos esta materia como jurisconsultos teóricos: muchos años de esperiencia nos han enseñado á apreciar lo que valen los medios de prueba tasados por la ley, y los que autoriza la regla 45 para formar el convencimiento, y todavía recelamos mucho hasta de la prueba que se dice cumplida, plena y acabada, porque hemos tenido que lamentar mas de una vez la facilidad con que el hombre cae en error, y la infidelidad de los hechos para deducir consecuencias infalibles acerca de otros hechos: porque son muchas, infinitas las causas que pueden producir ese error involuntario, é inculpable en el juez, esa falibilidad de las deducciones lógicas por la falsedad no conocida de las premisas. Proceso criminal ha pasado por nuestras manos, en el que cualquiera que le examinara y estudiara detenida y escrupulosamente, no podria menos de convencerse de que uno de los procesados era cómplice cuando menos de una cuadrilla de ladrones, y no lo era en la realidad. ¿Podrán darse indicios mas

vehementes que el de haber visto los ladrones en la casa del procesado, haber hallado en un cuarto tabicado de la única casa del mismo varios efectos robados, y haber negado el encausado la estancia de los ladrones en su casa y toda relacion con ellos? Pues sin embargo, la verdad era que ninguna culpa podia imputársele. Todavía hemos visto mas entre los miles de causas que han pasado por nuestras manos: hemos visto condenar á tres como presuntos reos de homicidio con anterioridad á la publicacion del Código, á dos años á unos, y á cuatro al otro de presidio, á virtud de la declaracion de un testigo presencial y varios indicios, y despues que los primeros habian cumplido la pena, denunciar á los autores de aquel delito por medio del Párroco, probándose con datos poderosísimos la criminalidad de estos últimos: hemos visto por fin, muchas causas en las cuales resultan elementos bastantes para formar convencimiento de la criminalidad de reos que son incompatibles, ó mas bien excluyentes, en la delincuencia, pero con tales elementos que si el proceso se dividiese en dos ramos separados y se entregase cada uno á jueces distintos, unos y otros condenarian cada cual á los procesados en la causa que se les entregara. Si para probar lo espuesto se nos obligara á citar las causas á que nos referimos, las citaríamos: y en la seccion judicial, insertaremos algunas cuando lo creamos conveniente.

Hechas estas manifestaciones, hijas de la esperiencia, que servirán para que nuestros lectores nos dispensen de que tratemos la cuestion tan minuciosamente, vamos á examinar cual fué la práctica que subsiguió á la abolicion de la tortura, de cualquier modo que se ejecutase.

Los tribunales por la razon antes espuesta, adoptaron un sistema penal arbitrario. Cuando no resultaba de los autos la prueba que tasaban las leyes de Partida, tanto en la calidad como en la cantidad, imponian penas arbitrarias, esto es, penas menores que las que las leyes sancionaban para delitos especiales, ó cuan-

do la ley no prefijaba la cantidad, condenaban en menor grado que el que solia imponerse con casos idénticos; pero siempre que se decidian por la condenacion, justificaban su fallo con el convencimiento formado á virtud de aquellos medios de probar ó convencer que la ley no reconocia como dignos de entero crédito.

Creemos que para justificar la interpretacion extensiva de la regla 45, se ha descrito esa práctica de los Tribunales con demasiada inexactitud: no fallaban estos como jurados; esto no es cierto: aquella práctica reconocia reglas taxativas hasta cierto punto, no era un convencimiento formado con elementos de cualquiera especie, el que autorizaba los fallos. Lejos de eso, los Tribunales dejaron en desuso la prueba especial indiciaria que autorizó cierta pragmática memorable por las circunstancias que la motivaron. Preciso es, pues, describir con sus verdaderos caracteres la práctica de los Tribunales posterior á la abolicion del tormento, y aun contemporánea de este para los presuntos reos que no podian ser atormentados; porque si es cierto que la regla 45 ha sancionado y elevado á ley la jurisprudencia práctica, conocida esta será mas acertada la interpretacion.

Los Tribunales conocian la dificultad de probar la criminalidad de ciertos delitos, por medio de testigos ó confesion: la esperiencia les hacia ver que la impunidad triunfaba por esta causa; y para atajar los males que llevaba en pos de sí, adoptaron un término significativo del acatamiento á la ley, y preservativo de las funestas consecuencias de la evidente impunidad. Cuando los autos arrojaban de sí comprobantes racionales de la criminalidad, cuando por los otros medios de probar que, como antes se ha dicho, la ley reconocia, pero no les concedia el crédito necesario, se persuadian de la certeza de la culpa del encausado, le condenaban, mas no á la pena prefijada por la ley ó la práctica, sino á otra mas proporcionada á los méritos comprobantes del proceso, y de esta manera querian significar que no desobedecian los preceptos legales. Reconoció, pues, la práctica en la *certeza, conviccion, convencimiento* ó como quiera llamarse, un título justificativo de la pena, pero no de toda la pena de la ley.

Mas al mismo tiempo que así discurrían y obraban nuestros antiguos tribunales con mas ó menos razon, estralimitándose

del círculo reducido de sus atribuciones, no se convertían en *jurados*, porque distinguían entre la creencia y el convencimiento de la criminalidad, entre los elementos de convicción legalmente justificados, y los que resultaban de autos incompletamente acreditados. Los Tribunales concebían en aquellos tiempos la convicción del hombre y la del magistrado; porque si no reconocían ni respetaban la necesidad de la prueba tasada por la ley de Partida en la calidad, la acataban y respetaban en el *origen*, permítasenos esta espresión. Los Tribunales prescindieron de la prueba de dos testigos presenciales respecto de la criminalidad de una persona determinada, pero la creyeron indispensable, esencial en cuanto á la justificación de los medios de probar. La exactitud de estas proposiciones se demuestra por un principio ó regla que reconocieron, respetaron y aplaudieron todos los espositores del derecho; el indicio justificado por otro indicio, no merece crédito, decían todos los jurisconsultos: cada uno de los indicios que enlazados pudieran demostrar la delincuencia, ha de acreditarse por el dicho de dos testigos hábiles á lo menos. Hé aquí la convicción del magistrado: pero como la reunión de muchos indicios no justificados plenamente podía y puede convencer también, esta convicción sería la del hombre, la cual no servía para condenar.

Todavía reconocieron los Tribunales otras reglas tasativas de los elementos que habían de constituir el convencimiento ó certeza de la criminalidad. Un solo indicio nunca se reputó suficiente para imponer pena por leve que esta fuera; un indicio podía convencer al hombre, pero al magistrado únicamente le haría sospechar; y los jueces nunca condenaron por sospechas, porque los Tribunales españoles jamás impusieron penas ciertas y positivas por culpas dudosas. Hé aquí otra prueba de que nunca se reconoció en España el criterio judicial, libre, absoluto, ni la aceptó la práctica.

Era demasiado trascendental la materia para que no se detuvieran en discutirla los espositores del derecho, y los Tribunales hartos justificados para que no estudiaran concienzuda y detenidamente un sistema que mal calculado podía llevar la ruina, la miseria, y aun la muerte á familias enteras, dependientes de un inocente sospechoso de criminalidad. Por eso nuestros antiguos

magistrados, no se sobresaltaban á la vista de la impunidad en casos dados; no se dejaban arrastrar por ese espíritu inconsiderado de castigar: nuestros magistrados veian desde la altura á que los colocaba la dignidad de su ministerio sagrado, los hechos que se sometian á su fallo, y admitian las pruebas de toda especie que acreditaban la criminalidad; pero nunca se dejaban arrastrar por las impresiones momentáneas, por lo general desfavorables á los encausados por el efecto que produce la vista de una carpeta en que figuran ciertos nombres: nuestros magistrados formando una idea elevada de sí mismos y de su augusto sacerdocio, no se creian realzados á tan alto puesto, para que como primer deber castigaran é impusieran penas, con lo cual dispensaran un beneficio á la Sociedad, y merecieran bien de la patria; creian sí, que se les encomendaba la administracion recta, imparcial de la justicia. Importa sí, reprimir principalmente los delitos por medio de leyes sábias bien meditadas; interesa castigar á los criminales ¿pero qué pierde la Sociedad de que quede impune un número reducido de criminales? ¿Qué importa á un poderoso y opulento señor la pérdida de una suma insignificante, ni la insubordinacion de la centésima parte de sus vasallos? La Sociedad es poderosa y opulenta: debe ser por lo mismo generosa.

Los Tribunales, pues, penetrados de estas ideas fueron cautos en la eleccion de los medios de prueba: no ambicionaron el arbitrio judicial por deseo de castigar antes que absolver: aceptaron el criterio limitado por razon de necesidad y de conveniencia; y así es que clasificaron en la práctica esos medios que pueden contribuir á que el raciocinio decida sobre la prueba de la criminalidad ó de la inocencia. Distinguieron, pues, los medios de probar indirectos ó sea *à posteriori*, clasificándolos por sus efectos en la formacion de los juicios; aceptaron los nombres que las leyes habian elegido para representarlos: conjeturas, sospechas, presunciones é indicios, son las voces que se usaron para distinguir las clases de medios probatorios. Pues bien, la práctica de los antiguos Tribunales no imponia penas por sospechas, por presunciones, ni por conjeturas, ni por indicios leves por muchos que resultaran de los autos; y si alguna vez lo hicieron, regulando la pena por el mérito de las presunciones, tuvieron que

imponerlas tan desproporcionadas al delito, que sus providencias aparecían raquíticas y ridículas.

Queda pues sentado como una verdad histórica, que abolido el tormento, los Tribunales no le sustituyeron con el criterio racional absoluto, sino que la práctica, supliendo al vacío que dejaron las leyes, adoptó un sistema misto probatorio de aquel criterio y el legal taxativo. Reconocieron la necesidad de que los medios de probar que no entran en la tasación de la ley de Partida, resultaran acreditados por la cantidad de prueba que la misma establecía: reconocieron y prefijaron también en la práctica una tasación de los medios probatorios que admitían como dignos de crédito, sin cuya concurrencia no se podía condenar: y por último desecharon como elementos insuficientes para formar convencimiento á las sospechas, conjeturas y presunciones. En otro lugar espondremos nuestra opinión relativa á las cualidades características de cada una de estas especies de prueba, reconocida como tal por un número aunque corto de jurisconsultos.

Tal como le acabamos de reseñar era el estado de la jurisprudencia práctica, cuando por todas partes cundió el espíritu reformador: fué tan exagerado el descrédito en que cayeron todas las antiguas instituciones, que en las escuelas no se oía ya discutir sino sobre su bondad ó malicia: todo lo antiguo era malo, todo perjudicial, y lo que mejor parado quedaba de los ataques que le dirigía el deseo irreflexivo de las reformas, se calificaba de imperfecto, oscuro y poco conforme con los adelantamientos de la moderna civilización. Acordada la árdua empresa de formar nuevos Códigos de procedimientos, el bullicioso espíritu de los reformadores tropezó con graves dificultades, cuando puso el pié sobre tan áspero y escabroso terreno, y acobardado entonces por los obstáculos que no había calculado, se limitó por el momento á plantear algunas reformas que sirvieron para la ejecución del Código penal, como si sin ellas no fuera ejecutable. Entonces vió la luz pública la regla 2.^a de la ley Provisional transcrita al principio de este artículo.

¿Y qué fué lo que ordenó esa regla de la ley Provisional primitiva? En dos partes puede dividirse; la primera relativa á la prueba; y la segunda á la penalidad: aquella determinante de las condiciones que necesitan concurrir en las pruebas para dictar sentencia condenatoria, y esta reguladora de la pena imponible segun la clase ó calidad de la prueba que resulte del proceso. ¿Se suscitaron dudas acerca de la esplicacion y aplicacion práctica de ambas partes de la regla 2.^a? Algun jurisconsulto ha sostenido que la primera parte se entendió por todos sin dificultad, y que solo la segunda ofreció dudas mas ó menos fundadas, infiriendo de esta premisas que la regla 45, es solo aclaratoria de la 2.^a en su segunda parte. Sin embargo, esto no es exacto; uno y otro períodos de la regla primitiva fueron objeto de encontradas opiniones, si bien es preciso confesar que la primera parte no fué tan disputada: el mayor número de jurisconsultos la consideraba como una sancion del criterio judicial que predominaba en los Tribunales: creyóse, pues, que la ley Provisional habia elevado á ley, lo que hasta entonces se respetaba únicamente como jurisprudencia introducida en el foro.

Pero no todos participaron de esta opinion, y nos contamos en el número de aquellos jurisconsultos. Creemos sí que aquel podia ser el pensamiento de los autores del Código; pero leimos mil y mil veces el testo y en sus palabras veiamos espresado claramente un pensamiento reducido á límites mucho mas estrechos. Hemos dicho anteriormente que no bastaba, segun las leyes de Partida, para constituir prueba plena y acabada la concurrencia de los medios que la misma tasaba y en la cantidad que exigia, sino que á virtud de esa transaccion ajustada entre la Sociedad y el individuo era menester que los medios de probar estuviesen adornados con ciertos requisitos ó circunstancias que alejaran la sospecha de falsedad: por eso no era suficiente la deposicion de dos testigos cualesquiera, debian estos ser intachables. Pues bien, la regla 2.^a presupone la existencia de pruebas; presupone que calculando su valor intrínseco, los magistrados se convencen de la criminalidad del procesado, pero que descendiendo á la calificacion legal de esa prueba, ó lo que es lo mismo, pasándola por el criterio tasativo de la ley, encuentran que falta, no algun medio de los reconocidos por las leyes, no una

parte integrante de la prueba, no una parte de la cantidad que la ley exige, sino *alguna de las circunstancias que constituyan plena probanza*, y que entonces deben limitarse los Tribunales á imponer la pena tasada por la segunda parte de esa regla 2.^a Así la comprendimos estudiando su testo, aunque persuadidos de que lo que decían sus palabras, no era lo que se habia querido decir. Juzgábamos, pues, que no podia sentarse que la declaracion de testigos, la confesion de la parte, ni los instrumentos podian denominarse con propiedad de estilo *circunstancias* constituyentes de la prueba; creiamos que su nombre convenia tan solo á las cualidades que debian concurrir en aquellos medios de probar para que mereciesen crédito en juicio, y por eso interpretamos la regla 2.^a en el sentido que dejamos espuesto, porque en caso de duda y á pesar de nuestras sospechas relativas á la intencion de los autores de las leyes, siempre nos detendremos ante los perjuicios que puede acarrear la interpretacion estensiva.

Promovidas estas dudas y discordes las opiniones de los tribunales, se aprovechó la ocasion de la reforma del Código penal, exigida imperiosamente por circunstancias que no interesa referir, la regla 45 de la nueva ley, sustituyó á la 2.^a, y su primera parte vino á aumentar las dudas, porque si la antigua regla podia promoverlas por la dificultad de penetrar su espíritu, la nueva las suscita tambien por la generalidad de sus palabras. Ya no se requiere que los magistrados adquieran, ó mas bien deduzcan de las pruebas la *certeza* de la criminalidad del encausado, es menester que adquieran el *convencimiento*; ya no se desvirtua el mérito legal de las pruebas por la *falta de alguna circunstancia que constituya plena probanza*, segun la *legislacion actual*; sino que el demérito ha de nacer de no encontrar la *evidencia moral que requiere la ley 12, tit. 14 de la Partida 3.^a*: ya no ha de adquirirse el *convencimiento* por el racionio individual, sino por *las reglas ordinarias de la crítica racional*. Hé aquí en breves palabras descritas las reglas primitiva y refor-

madora: la primera contrapone la certeza á la plena probanza legal; y la segunda el convencimiento á la evidencia moral, no á la evidencia en abstracto, sino á la de la ley de Partida que cita.

Para conocer exactamente el espíritu de la regla 45, es menester desentrañarla en todas sus partes: pueden estas reducirse á dos: la una relativa al grado de mérito de la prueba, la otra á los medios que producen aquellos grados. Para representar aquella usa la regla 45 las palabras, *convencimiento, evidencia moral*; para espresar los medios de obtener aquellos resultados, usa la frase *reglas ordinarias de la crítica racional y, que requiere la ley 12, tit. 14 de la Partida 3.ª*: la primera de estas se refiere al *convencimiento*, y la segunda á la *evidencia moral*. Obsérvase, pues, que si bien la regla 45 distingue los resultados mentales de la prueba y los medios que conducen á la formación de juicios diversos, respecto á los elementos que han de servir para convencerse ó formar evidencia moral, no hace mérito sino de la ley de Partida, á la que se refiere: luego no será desacertado pensar que los elementos ó medios probatorios que han de producir convencimiento ó evidencia moral son los que refiere la ley de Partida.

A mas de esto, para interpretar una ley es menester analizarla en todos sus períodos. Nótase, pues, que la 2.ª parte de la regla 45, se limita á determinar la pena que ha de imponerse cuando solo formen los tribunales *convencimiento*, de modo que su objeto único es el de ordenar lo que deben hacer los juzgadores en este caso; y así es que la parte de la regla 45 que se refiere á la *evidencia moral*, es una especie de paréntesis: hace mérito de esta únicamente como término de comparacion. Léase la regla, omitiendo las palabras, *pero no la evidencia moral*, y se verá patente cuanto acabamos de esponer.

Del precedente análisis de la ley se descubre que la regla 45 no es mas clara que la 2.ª de la ley primitiva, sino que por el contrario, su contesto es mas oscuro y confuso, pero que apreciado en su justo valor dice lo mismo que decia la regla 2.ª: y se refiere como ésta á la prueba semi-plena, calificada segun las reglas ordinarias de la crítica racional: mas la ordenacion de sus palabras y su ilacion vienen á significar clara-

mente que el convencimiento, aunque obtenido por las reglas ordinarias de la crítica racional, ha de emanar de lo que requiere la ley de Partida 12, título 14 citada, esto es, de la confesion, del testimonio de testigos ó de instrumentos.

Sin embargo, repetimos que no pudo ser este el objeto de la regla 2.^a, ni mucho menos el de la 45, aclaratoria de aquella. Las palabras semi-plena probanza que usa la una, y la crítica racional que menciona la otra, se refieren sin duda la primera á la prueba mista de directa é indirecta, y á la circunstancial apreciada por el racionio la segunda. En efecto, la prueba semi-plena *segun la legislacion actual* dice la regla 2.^a ¿Y en qué ley se usa por ventura la espresion prueba semi-plena? ¿Acaso dimana de las leyes la division de las pruebas en plenas y semi-plenas? Los intérpretes inventaron esa clasificacion, y la jurisprudencia la ha acogido: las leyes no la reconocian. Así, pues, esa referencia á la *legislacion actual* no puede menos de entenderse dirigida á la jurisprudencia práctica, y como esta llamaba semi-plena á la prueba circunstancial, y á la mista de directa é indirecta, claro es que á esta se refiere la regla 2.^a, aclarada despues por la 45, pero estableciendo esta que las reglas ordinarias de la crítica racional deberán ser el medio de formar el convencimiento despues de examinadas las pruebas.

Visto es pues que la regla 45 autoriza como medio de formar convencimiento la crítica racional aplicada á los indicios, ó sea á las pruebas indirectas. ¿Pero esa crítica racional no reconoce límites algunos mas que los que la razon enseña; esto es, que los que dirigen los actos del entendimiento en la combinacion necesaria para formar juicio de las cosas y deducir consecuencias? ¿Sanciona en una palabra la regla 45 el criterio racional absoluto con independendencia de toda ley?

Hemos transcrito las opiniones de los jurisconsultos que han tratado esta cuestion de propósito, y observamos que, reconociendo todos una misma base, ó supuesto, hacen deducciones opues-

tas. Presuponen que la tasacion de las pruebas hechas *à priori*, es un poderoso elemento para que triunfe la impunidad: asientan que, abolido justamente el tormento, los tribunales se estralimitaron, adoptando en su práctica la prueba indirecta como título suficiente para imponer penas: convienen en que las reglas de la ley Provisional se propusieron sancionar la práctica de los Tribunales, y á pesar de la uniformidad de aquellos jurisconsultos en todas estas premisas deducen consecuencias contradictorias. ¿En qué consiste esta discrepancia tan extraordinaria?

Juzgamos que la divergencia de opiniones, nace de la determinacion clara y precisa de las premisas. Dícese generalmente que la regla 45 sancionó, autorizó, dió fuerza legal á la práctica de los Tribunales: pues bien, conocida esta despues de describirla con todos sus caracteres, y determinadas sus partes esenciales, ya no podrá dudarse de lo que ha sancionado la regla 45. ¿Procedieron los Tribunales á dictar sus fallos, calificando las pruebas por las reglas ordinarias de la crítica racional con absoluta independendencia de las leyes? ¿Juzgaron los Tribunales como jurados, respetando y dando valor á la conviccion formada por juicios fundados en cualquiera clase de pruebas? No dudamos que en alguna ocasion fallaran arbitrariamente; pero los casos particulares nada significan sino el abuso: juzgaban absolviendo ó condenando por convencimiento formado con sujecion estricta á las reglas que anteriormente describimos; aunque como hombres se persuadirán de la criminalidad del procesado procediendo como magistrados no podian condenar.

Por último, las palabras *evidencia moral* referentes á una ley taxativa, indican que se ha querido aceptar la distincion de las pruebas por razon de sus efectos en el modo de producir la demostracion de lo cierto. Cuando la ley tasa, importa al juez investigar y convencerse de que la prueba dada en un caso concreto está adornada con los requisitos que aquella prescribe, y si los reune, el magistrado nada tiene que hacer para convencerse de la verdad; la ley le manda que se convenza y obedece: á esta persuasion de la verdad llama la regla 45 *evidencia moral*. Pero hay otra persuasion que nace del racionio, compuesto de diferentes juicios deducidos de hechos entre sí enlazados; en estos casos el juez necesita discurrir, comparar y juzgar y se con-

vence; nada ve, porque no es la ley la que le manda que crea y por eso se persuade por deducciones lógicas. Un solo indicio vehementísimo, no basta, aunque formase aquel convencimiento: dos hechos ó indicios referidos por un testigo presencial idóneo cada uno, sin embargo no convencian á los jueces, era menester la prueba legal cumplida y acaba de los hechos que reunidos constituyen prueba indirecta. Si en la práctica se observaban religiosamente estas reglas opuestas al criterio racional absoluto é independiente de la ley, claro es que la sancion de la regla 45 debe considerarse circunscrita á los mismos términos, y sujetos los Tribunales á las mismas reglas que se habian guardado y observado por razones eminentemente filosóficas y fundadas en principios eternos de justicia. Así, pues, en conclusion creemos poder asegurar, que cualesquiera que sean los elementos que puedan servir para formar convencimiento, necesitan sujetarse á las reglas del criterio legal para calificarlos de admisibles ó inadmisibles y entrar en la combinacion de la prueba circunstancial indirecta, que ha de graduarse despues por las reglas ordinarias de la crítica racional, la cual solo tiene aplicacion á la credibilidad.

Pero dicen algunos jurisconsultos que la precedente interpretacion es contraria al contesto de la ley Provisional, porque usando la frase *evidencia moral* con referencia á la ley de Partida, significa claramente que reconoce otras pruebas ademas de la testifical, instrumental y de confesion, supuesto que la *evidencia moral* no nace de estas únicas causas, y por lo mismo que el convencimiento que se contrapone á la evidencia es libre, absoluto, independiente de la ley. La moral, la razon, la filosofía y otras palabras semejantes se usaron con impropiedad y censurable inexactitud frecuentemente: y mucho mas todavía se entienden con latitud asombrosa. No faltará quien juzgue que la *evidencia moral* es nada menos que el resultado del raciocinio fundado en causas independientes de la tasacion legal, ó sea de la prueba de testimonio, cuando precisamente es lo contrario.

Tambien célebres jurisconsultos y magistrados respetables por su saber, disentirán de la opinion que dejamos sentada, porque alarmados por el uso que hace la regla 45 de las palabras *evidencia moral*, sientan que estas se refieren á la parte de la

ley 12, título 14, Partida 3.^a que exige *prueba clara como la luz en que non venga ninguna dubda*. Esta es, dicen, la *evidencia moral*, no la que se desprende de la prueba de testigos, de cartas ó instrumentos, ó de la confesion de la parte. Tales pruebas son por una parte falibles, y por otra no son escluyentes de otras que acrediten evidentemente la verdad; de cualquier modo que pueda adquirirse la evidencia, la prueba será *clara como la luz*, y podrá imponerse toda la pena de la ley.

Asi parece que debiera ser á primera vista; pero creemos que se ha formado una idea equivocada de la *evidencia moral*, y de aqui nace la divergencia de opiniones: vamos á demostrarlo, y así se verá que la regla 45 se refiere á todas las partes de la ley citada, porque en todas ellas resalta un solo pensamiento, porque la prueba tasada por la misma es la *clara como la luz en que no viene duda*.

La crítica nace del convencimiento: la evidencia nace de la ciencia: el primero puede tenerse de un hecho falso, la segunda de un hecho infalible: lo cierto y lo falso son compatibles en el individuo, porque una cosa es lo cierto y otra lo verdadero: pero lo que es evidente tiene que ser al mismo tiempo verdadero, infalible: la evidencia es la certeza de la fé. Pero como puede adquirirse aquella por diversos medios, aunque todos conducentes á adquirir un mismo grado de verdad, la evidencia es intelectual, física y moral. Esta última, que es la interesante para el caso de que se trata, se adquiere por medio del testimonio, y se distingue de las otras en que no dimana de racionios fundados en axiomas ó demostraciones de pura inteligencia, ni de sensaciones ó de principios sujetos á demostracion: la evidencia moral nace del testimonio infalible. Los que no hemos estado en Roma, sabemos que esta ciudad inmortal existe; de ello tenemos evidencia moral, porque el testimonio de tantos tiempos y de tantos hombres es infalible: la evidencia dejará de ser moral en cuanto haya que hacer deducciones, y estas se funden en medios falibles por error, por malicia, ó por otra causa cualquiera.

Comprendemos muy bien que se nos podrá objetar, que siendo tales, como los acabamos de describir, los caracteres de la evidencia moral, no es posible que se adquiriera por los medios de probar tasados por la ley de Partida que cita la regla 45, porque

todos ellos son falibles; y por lo mismo, ó no es exacto cuanto queda espuesto, ó la regla 45 ha dicho lo que no podia decir, ha llamado *evidencia moral* á lo que no lo es realmente ni puede serlo.

No creemos que discutiendo de buena fé pueda dudarse de que es la *evidencia moral* la ciencia de las cosas, que se adquiere por los medios indicados, y como que siendo esto cierto es exacta la segunda parte de la objecion indicada, convendremos desde luego en que la regla 45 se ha explicado con poca propiedad, en que se ha valido de una metáfora impropia para explicar un pensamiento legal, así como la ley de Partida usó una comparacion peligrosa. ¿A dónde están las pruebas *claras como la luz, en que no venga ninguna dubda*? Solo la evidencia moral, segun la hemos explicado, es la que puede compararse á la claridad de la luz material: pero ciertamente que aquella evidencia clara como la luz no puede adquirirse por los medios que reconoce la ley 12, título 14, Partida 3.^a; todos ellos son falibles, y por eso nunca pueden demostrar las cosas hasta el grado de hacerlas evidentes; por eso la regla 45, cuando habla de la *evidencia moral* se refiere á la ley de Partida, habla de la que esta requiere, no de la *evidencia moral* en abstracto. Será impropia la referencia, será mal llamada evidencia la que la citada ley requiere, pero á nosotros no nos es lícito enmendar el testo de las leyes, debemos solo estudiar su sentido.

¿Y es cierto acaso que la regla 45 hace su referencia á las palabras, *pruebas claras como la luz*, y no á la taxacion de los medios de probar que la ley establece, ó mas bien reconoce hábiles para condenar? La prueba que tasa la ley de Partida, y *la clara como la luz* son una misma cosa: la testifical, instrumental ó de confesion, es la que estima *tan clara como la luz*, bien ó mal estimada: su contesto lo demuestra evidentemente; medítese con detencion y se comprenderá que no cabe separacion entre sus períodos; el segundo es la razon justificativa del primero; y la razon y la cosa razonada son inseparables: vamos á demostrar la exactitud de nuestras ideas.

Dice la ley 12, título 14, Partida 3.^a «*Criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusacion ó de riepto, debe ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ó por conocencia*

del acusado, é non por sospechas tan solamente: Ca cosa derecha es, que el pleito que es movido contra la persona del ome, ó contra su fama, que sea probado, é averiguado por pruebas claras como la luz, en que non venga ninguna dubda.» Pues bien, desentráñese, analícese la ley como se quiera, y se verá que nuestra opinion es conforme con su testo. Esplicada por el órden de su redaccion, se observa que prefija tres medios de probar, y que la razon de prefijarlos nace de que esos medios arrojan la prueba clara como la luz que se necesita para imponer pena. Inviértase si se quiere el órden de la redaccion de la ley, y vendrá á decir que como para condenar es necesario que *el pleito que sea movido contra la persona del ome ó contra su fama sea probado é averiguado por pruebas claras como la luz en que non venga ninguna dubda, criminal pleito que sea movido contra alguno en manera de acusacion ó de riépto debe ser probado abiertamente por testigos, ó por conocencia del acusado, é non por sospechas tan solamente.* Así es á nuestro entender como debe esplicarse la ley de Partida, y así se ve claramente que la *evidencia moral* es, la que se forma á virtud de los medios de probar prefijados y tasados por aquella; sin embargo de que realmente no puede decirse que arrojan verdadera evidencia, supuesto que los medios son falibles.

No obstante, todavía puede alegarse en favor de la regla 45 alguna razon, que si no es suficiente para justificarla contra toda censura, por titular *evidencia moral* á la que no reúne todos sus caracteres esenciales, al menos puede atenuar el cargo de inexactitud. Reconocida por la ley la prueba de testigos, de cartas ó de confesion como digna de asenso, judicialmente considerada produce evidencia moral, porque no es lícito al juez dudar de su certeza, y tanto, que hasta contra el convencimiento propio adquirido por otros medios tendria que condenar ó absolver: en esto se asemeja á la *evidencia moral* ó *evidencia de fé*, que debe creerse sin mas exámen sobre la verdad de la probanza. Por esta semejanza se llamó *evidencia moral* á la que emana de la ley de Partida, y en contraposicion á las demás pruebas que solo arrojan convencimiento.

Espuestas cuantas razones nos mueven á interpretar la regla 45 en los términos anteriormente referidos, no debemos pasar en

silencio dos observaciones que robustecen y dan fuerza á nuestra opinion. Consiste la primera en el exámen de las leyes de todos los paises en donde se halla establecido el jurado. En ninguno de ellos es tan libre el juicio de los jueces jurados, que puedan admitir toda clase de pruebas, ni les es lícito tampoco fallar á virtud de ellas. En Inglaterra, en Francia y en Escocia, los jurados intervienen mas bien para fallar sobre la credibilidad de las pruebas, que sobre su admision, la cual tiene que sujetarse estrictamente á las reglas establecidas por las leyes.

La segunda observacion es mucho mas poderosa. En el último periodo de la *circular* que insertamos anteriormente del Ilustrísimo Sr. Fiscal del Supremo Tribunal de Justicia, se manifiesta que si la opinion consignada en ella no es conforme con la letra y el espíritu de la regla 45, el Gobierno oficialmente rectificará su error. Pues bien, el Gobierno, á quien se remitió aquella circular, nada ha dicho desde agosto de 1850 hasta el dia, y cuando se trata de un asunto tan grave, y de una circular comunicada á los Fiscales de las Audiencias por su gefe superior, si el Gobierno no estuviese conforme con la interpretacion dada á la regla 45, no callára; su silencio envuelve una aprobacion virtual de las doctrinas de la circular, en su parte esencial, conformes con la opinion espuesta anteriormente.

CUESTION SETIMA.

¿Las sospechas, las presunciones, los indicios son medios probatorios suficientes para formar el convencimiento de la criminalidad que requiere para condenar la regla 43 de la ley Provisional? En caso afirmativo ¿lo serán para absolver?

En la cuestion precedente consignamos nuestra opinion relativa á una de las dudas á que da márgen la regla 43 de la ley Provisional: al presente indicamos otra no menos grave y transcendental. No es una misma cosa la forma que la materia: no solo interesa averiguar de qué modo han de justificarse los medios que se consideran suficientes para constituir convencimiento, sino determinar cuales son esos medios reconocidos como hábiles para convencer en sentido favorable ó adverso. Muchos son los extremos que necesitan especificarse, determinarse en materia de pruebas, y todos ellos deben deslindarse en el vasto espacio de su comprension.

¿Qué importa, pues, que la ley reconozca el convencimiento como título justificativo de la absolucion ó condenacion en un caso dado? ¿Acaso la suerte futura de los procesados debe someterse á la casualidad de que un juez ó magistrado sea mas ó menos crédulo? La indeterminacion, la carencia absoluta de reglas

determinantes, en cuanto es posible, de los elementos útiles para formar convencimiento, daría ocasión á escándalos, á injusticias hijas de la mejor buena fé, y sobre todo, esa libertad absoluta para convencerse por cualesquiera medios, sería un impedimento que hiciera imposible la responsabilidad, ó cuando menos que la redujera á tan estrechos límites que apenas pudiera exigirse. Las leyes necesariamente tienen que reconocer ó establecer el jurado, sea la que quiera su forma, ó que prefijar reglas mas ó menos estensas sobre apreciación y calificación de las pruebas: no cabe medio, el silencio de la ley en cuanto á este último extremo sería equivalente al reconocimiento tácito del otro.

Pues bien, ¿podrá creerse que la regla 4^ª establece el jurado de jueces y magistrados sucesivamente, aunque sujetos á la justificación de los hechos probatorios, en la forma que consignamos en la lección precedente? ¿Podrá creerse que deja tan ancho campo al criterio, que de cualquier manera, y por cualquiera medios autoriza al magistrado para que se convenza? ¡Desgraciada entonces la Sociedad, si el hombre susceptible de error no tuviese que sujetarse á reglas ciertas y precisas! El convencimiento no es la consecuencia precisa, necesaria y absoluta de ciertos hechos, porque está en relación con la capacidad del individuo, con la claridad de su entendimiento. Convince á unos, lo que á otros ni siquiera les mueve á sospechar. Por esta causa nos proponemos depurar esta materia hasta donde podamos llegar, contando con la debilidad de nuestras fuerzas; dispensándonos nuestros lectores si descendemos hasta mas allá de lo que cumple á escritores que dedican sus tareas á jurisconsultos que conocen ya la ciencia del derecho: todo se puede perdonar en obsequio de la gravedad de la materia.

Se ha dicho en la lección precedente que la prueba puede ser directa ó indirecta, ó circunstancial segun otros: la primera corresponde á la prueba legal, que por serlo no deja de consistir en un cálculo necesario de probabilidad: la segunda no se halla tasada por la ley, su calificación y graduación depende del raciocinio. Pero no se entienda por esto que los actos del entendimiento no juzgan tambien de las circunstancias y requisitos de la prueba legal, consistente en el testimonio bajo diferentes formas.

En efecto, las leyes no reconocen la deposicion de los testigos, la confesion de la parte, ni los instrumentos desnudos de requisitos que hagan probable su crédito; el juez debe examinar aquellas pruebas bajo este punto de vista: lo demas es obra de la ley.

Vamos, pues, á ocuparnos de la prueba indirecta ó circunstancial que es la que produce el convencimiento. Esta manera de probar por su estension infinita ofrece á cada paso dificultades graves, tropieza con escollos de mil y mil clases, y recorre un espacio inmenso, porque todo lo que pueda dar por consecuencia una verdad, se admite como elemento constituyente de prueba. Si para obtener el convencimiento que requiere la regla 45, pudiera emplearse el entendimiento hasta donde puede alcanzar, el peligro de la falibilidad de los fallos sería tan inminente como son menos los medios de probar. Pero no, la circunstancial lo mismo que la directa con aplicacion á los asuntos forenses, tiene que reducirse á mas estrechos límites por razones que se conciben fácilmente. Las leyes han necesitado prefijar el término de la admision de las pruebas, porque el plazo para concluir los juicios no puede ser indeterminado: han tenido que establecer reglas dentro de las cuales es lícita únicamente la pesquisa, porque de otro modo podrian ponerse en juego los artificios y las maquinaciones de la mala fé: ha tenido que limitarse la prueba por la naturaleza de la accion entablada, para impedir la inconducencia de aquella; todo esto con referencia á la admision de las pruebas. ¿Cuántas veces el testimonio de un testigo convence de la certeza de lo que refiere por sus cualidades especiales, pero en el órden legal no puede admitirse ni merece crédito?

Ademas de las doctrinas que como reglas generales quedan sentadas, es preciso tener presentes otras de no menos efecto, que influyen en la admision y credibilidad de la prueba tratándose de actos del entendimiento, espuesto siempre á incurrir en error. Todas las precauciones son pocas para impedir que la razon alucinada por impresiones sorprendentes, pero inveraces, llegue á formar convencimiento de lo que no existe. Las pruebas, como se ha dicho, necesitan apreciarse para su admision y para su credibilidad. Esta distincion parecerá sutil, ineficaz y supérflua, pero no es así ciertamente. El procedimiento criminal tiene por

objeto la investigacion de un hecho determinado y preciso, y de su materia ha de deducirse la criminalidad ó la inocencia: pero antes de que se llegue á estos extremos, ha de comenzarse por la pesquisa, en virtud de la cual pueda encaminarse la investigacion contra persona ó personas determinadas. El proceso criminal en una palabra, tiene que marchar por el órden siguiente: justificacion del hecho criminal que sirve de base al procedimiento : pesquisa de las personas delincuentes pero genérica é indeterminada todavía: prueba especial contra los presuntos criminales : apreciacion de las pruebas de la criminalidad ó de la inocencia. Pues bien, como la demostracion de un hecho por medio de otro, ó del testimonio puede servir para dar luz y describir la senda de la investigacion, aunque el medio no sea creible, ó al menos aparezca sospechoso, claro es que puede admitirse la prueba en ciertos casos, aunque no sea eficaz para la demostracion de la culpa de un tercero. Así, por ejemplo, si para acordar la admision de la prueba ó testimonio de la parte interesada se atendiera á las reglas naturales y legales que la niegan el crédito, claro es que no deberia admitirse; pero como son cosas diversas, y á las veces tendentes á objetos distintos, la admision y la credibilidad, quiere decir que toda especie de medios de probar son admisibles, á menos de que por la naturaleza sean tales, que puedan contribuir á ofuscar á los jueces que han de fallar los asuntos criminales. Hacemos esta advertencia para evitar que por hallarse consignado en autos en forma de prueba un medio cualquiera, que lo seria en otras circunstancias, se acepte y cuente entre los que son dignos de credibilidad para llegar al convencimiento.

Es asimismo regla constante y justa la de que la prueba que nace de las sensaciones y de la memoria, no puede admitirse en la combinacion de las circunstancias, que han de servir para el convencimiento. No es bastante para juzgar condenando ó absolviendo, que el entendimiento del juez esté satisfecho: es menester convencer á la ley: Y si esto que hace relacion á las propias sensaciones nunca puede apreciarse para juzgar, mucho menos valdrá cuando traiga su derivacion de un testigo. Por eso recomendamos al magistrado que nunca oiga los informes privados de sus amigos, ni vea las relaciones mas ó menos apasionadas de la prensa, porque como toda prevencion anterior predispone, y el

entendimiento se deja llevar de los consejos de la esterilidad, entraria mal dispuesto en la grande y delicada obra de la apreciacion de las pruebas.

Esta regla sin embargo reconoce una excepcion evidente, siempre que el particular que intenta probarse está sujeto á la inspeccion ocular, y la materia puede presentarse en el Tribunal. Las pruebas directas de las sensaciones hacen innecesaria otra ó al menos atenuan su necesidad: v. g., en el homicidio, el arma usada en el robo, las llaves ú otros instrumentos que se usaran para actos de insolencia. La union acostumbrada de estos y otros objetos á los autos, no es una práctica rutinaria; los jueces deben valerse de ellos para formar su convencimiento (1).

Contrayéndonos al objeto que nos proponemos esclarecer, diremos ante todo que el convencimiento que es necesario para condenar ó absolver, dimana de la prueba de *circunstancias*, llamada por algunos *artificial*, en esta prueba opera singularmente el raciocinio, y su materia puede ofrecer solo un cálculo de probabilidad, una creencia mas ó menos fundada, ó la conviccion de la realidad de un hecho. Los medios de raciocinar sobre estos hechos son tan indefinibles y tan infinitos como son los hechos mismos; por lo que es sino imposible, á lo menos dificilísimo establecer reglas fijas seguras, infalibles, no tan solo respecto á la determinacion de los hechos que sirven para que el entendimiento racione, sino tambien con relacion á sus efectos referentes

(1) Mr. Burect refiere un caso ocurrido en Escocia en los términos siguientes. «Una doncella, á la cual habian roto y abierto su arca, y estraído sus vestidos y ropa de cama, pudo recobrar uu traje, como única cosa hallada en poder del procesado, le presentó diciendo ser suyo. Este era blanco, y ella préviamente habia descrito el color, calidad y hechura: señas que aparecian corresponder á las del traje presentado. Probado asi claramente el robo nocturno y la aprension de los efectos robados, estaba el acusador á punto de concluir su prueba, cuando ocurrió á uno de los jurados estimular á la doncella para que se pusiese el traje. Esto pareció una idea caprichosa, pero fué concedido por el Tribunal, y con sorpresa de todos los concurrentes, se vió que el traje que la doncella habia jurado ser suyo, que correspondia con la descripcion y que debia haberle usado poco antes, no se ajustaba á su persona. La examinó mas detenidamente, y dijo, por último, que no era su traje.»

al convencimiento. Podemos solo asegurar por ahora que la prueba circunstancial en abstracto es inconducente para los efectos legales: porque lo que puede decirse, genéricamente hablando, del valor de una circunstancia cualquiera, acaso no tenga aplicación á un caso concreto, ó tal vez demuestre lo contrario de lo que diera á entender considerada en general. Por eso los jueces deben ser cuidadosos en aproximar los hechos y circunstancias que se intentan probar con los hechos comprobantes, para que la razón se penetre de su conexión ó discrepancia.

Sin embargo de que no pueden sentarse esas reglas absolutas que fueran tan útiles para impedir la falibilidad del raciocinio, es posible al menos reconocer algunas que sirvan de norte al juzgador. Los hechos que á falta de prueba legal valen para constituir prueba indirecta, ó son de tal naturaleza que frecuentemente van acompañados y enlazados con otro hecho no descubierto, que es el objeto precisamente de la pesquisa, ó son tales que siempre y en todos los casos tienen que marchar reunidos como partes de un todo, en términos que á no considerarlos así serian inexplicables. Los de esta última especie valen mas por razón de su crédito que las pruebas que ha reconocido y tasado la jurisprudencia de las Partidas. Mas adelante daremos mas esplicaciones.

Por ahora conviene definir con la posible exactitud las sospechas, las conjeturas, las presunciones y los indicios, ya que las leyes se han valido de todas estas voces para representar los diversos medios de probar. Cuando las materias son difíciles y oscuras, no tan solo se deja notar la confusión en el fondo de las cuestiones, sino que tambien la espresion representativa de las ideas suele ser inexacta, ambigua y de sentido incierto. La sospecha, por ejemplo, ¿representa la idea de un medio de probar, ó significa el juicio incierto formado, la consecuencia dudosa deducida de ciertos hechos? La prueba contra *producentem* de la coartada, ¿es una sospecha, ó lo es la consecuencia que se saca de esta premisa? Con variedad contestan á esta pregunta los espositores del derecho, ó la dejan de resolver por considerarla impertinente y propia de los debates académicos; limitándose á decir que, sea la sospecha, la que da margen á que el juicio que en virtud de ella se forme, induzca á sospechar ó vice versa, ó que de la clase de juicio formado con relación á lo cierto, se de-

nomine la premisa sospecha, lo positivo es, que los hechos ó circunstancias pasados por el crisol del entendimiento, producen segun las leyes y los intérpretes conjeturas, sospechas, presunciones ó convencimiento de la realidad de otro hecho.

Sin embargo de que las voces no influyen, segun la opinion de ilustrados jurisconsultos modernos, en la realidad de las cosas, bueno es conocer su verdadera y propia significacion. Las palabras *conjeturas, sospechas, presunciones é indicios*, se usan con tal indiferencia, que las leyes y los autores se valen de cualquiera de ellas para espresar un mismo pensamiento: pero no creemos que sean sinónimas, ni indiferentes para fijar reglas que representen una ú otra idea, ó tal vez un pensamiento. Acaso nuestras opiniones sean erradas, pero debemos esponerlas para que se estimen en lo que valgan.

La verosimilitud, la probabilidad, y la certeza de los hechos materiales afirmativos ó negativos, de los cuales no se puede juzgar por los medios internos, se adquiere ó por el testimonio, ó por las deducciones que se fundan en los hechos probados. Con abstraccion de las disposiciones del derecho constituido, lo mismo el testimonio que las circunstancias ó hechos inducen presunciones, verosimilitud, probabilidad ó certeza: pero sancionadas reglas que determinan la cantidad, la calidad y las condiciones que debe reunir la prueba testifical, cuando resultan de lleno del proceso, entonces producen evidencia en el magistrado, aunque por otras causas, no apreciadas por la ley, solo hagan sospechar al hombre que representa y juzga en nombre de las leyes. Las palabras sospecha, presuncion, conjetura no representan una idea material, simbolizan un acto del entendimiento, ó mas bien una consecuencia del raciocinio formado con presencia de ciertos hechos, que sirven de ideas al juicio para apreciarlas en su relacion con un hecho cierto, cuya causa eficiente se intenta averiguar. Así, pues, cuando las circunstancias que constituyen la prueba, dan ocasion á formar un juicio dudoso, la razon sospecha, y tomando en este caso á la causa por el efecto, se llama sospecha al hecho ó hechos que inducen ese juicio dudoso. El segundo grado á que se puede avanzar en la investigacion es el de la probabilidad: cuando por una y otra parte aparecen razones, las unas mas fuertes que las otras, ó solo de una parte resultan méritos, pero insuficientes, para

formar convencimiento, para llegar al grado de certeza, la razon, considera probable el hecho, cree, pero no se atreve á afirmar. Esta probabilidad, ó creencia incompleta está mas cercana á lo *cierto* que la *duda*, pero solo induce *presuncion*. Finalmente, cuando todas las razones pesan de una parte, cuando ningun motivo de sospechar puede embarazar al entendimiento para formar un juicio decidido acerca de las cosas, llegan estas al grado de certeza, que produce el convencimiento, el cual se funda en las *señales* íntimamente enlazadas con el hecho, que son parte de él ordinariamente, y por eso se llaman indicios. En resúmen, las sospechas y las presunciones, lo mismo que la certeza, no son el origen ó la causa ocasional de los juicios respectivos, sino los efectos de esas deliberaciones de la razon: pero esas causas especialmente consideradas, se denominan como el efecto que producen.

No se crea por lo que queda espuesto que la certeza es la verdad: pueden reunirse comprobantes mas que necesarios para convencer, pero todos ellos falsos, sin que la razon lo perciba, y falsas serán todas las deducciones, pero lógicas á la vez. Estas proposiciones son interesantísimas para los efectos judiciales, para tranquilizar el ánimo de los magistrados. Su augusto sacerdocio les impone el deber de fallar sobre la certeza, no sobre la verdad; distincion de incalculable valor, porque seguro el magistrado de que ni ante su conciencia ni ante la ley es responsable, si falla con datos que acrediten lo cierto, sin temores ni prevenciones que acobardan, entrará animoso en el juicio de calificacion de las pruebas.

Sentadas estas teorías, fácilmente se resuelve la cuestion propuesta. Ninguna pena por leve que sea puede imponerse por sospechas, porque para condenar es necesaria la certeza, y esta no se adquiere sin el convencimiento; y puesto que este no se consigue cuando los méritos del proceso arrojan únicamente razones para sospechar ó presumir, claro es que ni las sospechas ni las presunciones son elementos que sirven para formar el convencimiento que requiere la ley Provisional en su regla 45.

Conocidas estas reglas que deben tenerse presentes en cada caso particular para fallar con acierto, no queremos dejar la pluma sin hacernos cargo de algunos hechos de los que mas comunmente juegan en los procedimientos criminales, ya porque casual-

mente vienen á los autos, ya porque la pesquisa judicial se ocupa de averiguarlos de ordinario.

Todos los hechos circunstanciales que han de servir para formar convencimiento, necesitan estar unidos por una ilacion lógica con el otro hecho que se intenta probar, esto es, con el crimen especial de que se trata; si la consecuencia no es precisa, si cabe la relacion de aquellos hechos con otro hecho tambien punible, entonces podrá deducirse presuncion pero no convencimiento de criminalidad. Algunos ejemplos esplicarán esta regla. Acredítase en los autos la mala conducta del procesado: esta circunstancia no constituye indicio, porque de que un hombre cualquiera sea de malas costumbres, no se infiere que haya perpetrado un homicidio, v. g. Acredítase en los autos que el encausado es reincidente: de esta premisa no se infiere que haya consumado el delito de que se trata. Justifícase que se hallaba en estado de turbacion, en los momentos siguientes á la perpetracion de un delito: luego fué su autor: esta consecuencia no es lógica, no se podrá deducir sino que alguna causa de las que producen turbacion le habia ocurrido. Se hace constar que el procesado habia invertido mucho dinero en los dias siguientes á la perpetracion de un robo, y no justifica la procedencia de lo gastado: esta circunstancia dará ocasion á sospechar que por mal medio habia adquirido los intereses que gastaba, pero no convencerá por consecuencia precisa que aquellos eran procedentes del robo de que se tratara. El procesado no da razon del sitio en que se halló durante el tiempo invertido en perpetrarse el delito: esto no convencerá de que le perpetró, le hará sospechoso únicamente.

Pero aquel hecho que aislado no constituye mas que presuncion, puede elevarse á la categoría de indicio, si las circunstancias especiales le caracterizan, ó va unido con otros de mayor crédito. En el ejemplo propuesto de hallar á uno que sin medios conocidos gasta mucho en los dias siguientes á un robo; este hecho que es por sí solo bastante para presumir, constituirá un indicio vehementemente si la moneda que gasta es de la especie de la robada, y si esta y aquella tienen alguna señal especial, el indicio será vehementísimo, casi necesario.

Para calcular el valor de las señales ó indicios, debe tenerse presente, que siempre que estos sean compatibles con la conse-

cuencia contraria, esto es con la inocencia falta la convicción, no puede asegurarse que el hecho es cierto: la consecuencia lógica de los indicios en tales casos, será la probabilidad ó la presunción.

Como el valor de los indicios puede aumentar en proporción que se combinan con otros, deberá reconocerse como principio general, que las consecuencias deducidas sobre un indicio en un caso dado, no tienen aplicación á otro.

Por último, los indicios, las señales, en una palabra, esos hechos que están relacionados con el penable que se intenta averiguar, si bien pueden servir para formar convencimiento de criminalidad, deben apreciarse con detenimiento y escrupulosidad, observando las reglas antes indicadas, de modo que formando con todos ellos las premisas de un silogismo pueda sacarse la consecuencia, *luego el procesado es el autor del delito*: el que pueda serlo no es consecuencia que justifica la condenación.

CUESTION OCTAVA.

¿Será necesario espresar en las sentencias condenatorias á la pena capital, que en el caso de ser indultado el reo, se le condena á las penas accesorias de inhabilitacion absoluta perpétua y sujecion á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida?

No es ciertamente el espíritu inconsiderado de promover cuestiones estériles en consecuencias el que nos anima; el conocimiento práctico de los negocios, las presenta á nuestra vista á cada paso, y cumplimos con el deber que nos hemos impuesto esponiéndolas y esplicándolas á nuestros lectores tal como las concebimos y alcanzamos á resolver, cuando es posible su resolucion dentro de los límites estrechos y precisos del derecho constituido.

El artículo 50 del Código penal, establece una regla que puede calificarse de preventiva para el caso eventual de que trata el artículo 45, el cual corresponde al 45, número 3.º de la Constitucion de 1845. Segun este, pertenece al Rey la alta y sagrada prerogativa de indultar á los delincuentes. Reconocida aquella, no podia el Código penal guardar absoluto silencio respecto á las consecuencias del ejercicio de la Real prerogativa, y por eso el artículo 45 del Código ordena, «que la gracia de indulto no pro-

duce la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos y derechos políticos, ni exime de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, si en el indulto no se concediese especialmente la rehabilitacion ó exencion en la forma que se prescriba en el Código de procedimientos.»

Del terminante precepto del artículo 45, se desprenden tres consecuencias inmediatas: 1.^a que la facultad de indultar no se limita á las penas principales, sino que tambien alcanza á las accesorias: 2.^a que por regla general el indulto se circunscribe á las primeras, y solo cuando especialmente se declare, comprende las segundas: y 3.^a que la facultad de rehabilitar, lo mismo que la de indultar, residen en el Rey: extremo que no se hallaba anteriormente determinado, no obstante que en varias leyes, y principalmente en las que tratan de las elecciones para Diputados y cargos municipales, se hacia mérito de la rehabilitacion, como requisito necesario para poder ser elector ó elegido.

Prefijados por el artículo 45 los efectos ordinarios y especiales de la Real gracia de indulto, se tocó con una dificultad consiguiente á la naturaleza y efectos de ciertas penas principales. Establecidas como accesorias las de inhabilitacion para el ejercicio de cargos y empleos, y de sujecion á la vigilancia de la autoridad, hubiera sido ridículo que en las reglas determinantes de la aplicacion de estas penas, se ordenará que la de muerte llevará consigo la una y la otra, y que la de cadena perpétua lleva tambien consigo la de sujecion á la vigilancia de la autoridad por los dias de la vida. Ciertamente que la imposicion de estas penas accesorias, hubiera sido el colmo de lo ridículo.

Pero el uso de la Soberana prerogativa hacia indispensable una medida especial para estos casos, sino se queria incurrir en la injusticia de que el condenado á cadena temporal, v. g. obtenido el indulto de la pena principal, quedara inhabilitado absoluta y perpétuamente, y sujeto á la vigilancia de la autoridad por dilatado número de años, en tanto que el indultado de la pena de muerte, y reducido por cõmutacion á sufrir cadena perpétua, no fuera inhábil para ejercer cargos públicos y derechos políticos, ó si el indulto fuera de toda pena, no quedase siquiera sujeto á la vigilancia de la autoridad. Para evitar esta notoria injusticia, ya que no podian imponerse las citadas penas accesorias

:

al condenar á muerte, declara el artículo 50 que la pena capital, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, lleva consigo las de inhabilitacion absoluta perpétua, y sujecion de aquel á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida.

Asímismo el artículo 52 prescribe que la pena de cadena perpétua lleva consigo la de sujecion á la vigilancia de la autoridad durante la vida del penado, en el caso de haber obtenido indulto de la pena principal.

Vistas las determinaciones de los dos artículos citados y visto asímismo lo que ordenan los artículos 78 y 86, preguntaron algunos jurisconsultos ¿deberá hacerse espresa declaracion en las sentencias condenatorias á pena capital, de que en el caso de indulto de esta pena quedan los reos indultados sujetos á la inhabilitacion absoluta perpétua, y á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida? ¿Será necesario tambien que se declare en la sentencia condenatoria á cadena perpétua, que en caso de ser indultados de esta, quedan sin embargo sujetos á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de su vida?

Opinaron algunos Tribunales por la afirmativa; otros en duda hicieron aquellas declaraciones en sus fallos, y otros por último, opinaron que no era necesaria ni conveniente siquiera semejante declaracion.

Fúndanse los partidarios de la opinion afirmativa en el contexto literal de los artículos 78 y 86. Dice el primero; «siempre que los Tribunales impongan alguna pena que lleve consigo otras por disposicion de la ley, segun lo que se prescribe en la seccion tercera del capítulo anterior (3.º del título 3.º, libro 1.º), condenarán tambien espresamente al reo en estas últimas.» La prescripcion de este artículo es una consecuencia lógica, precisa de los preceptos que comprenden los artículos 86 y 87. «No podrá ejecutarse, dice el primero, pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoria,» y el segundo, continúa «tampoco podrá ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los espresados en su testo.

Sentadas estas reglas, supuesto que la inhabilitacion lo mismo que la sujecion á la vigilancia de la Autoridad, son penas accesorias, claro es que cualquiera que sea la causa en virtud de la que pretendan hacerse cumplir, tendrá derecho á resistirse el reo,

si en la sentencia condenatoria no se espresaron. Ciertamente es que el condenado á muerte á quien salva el indulto del suplicio, por muy satisfecho debe darse aunque por todo el tiempo de su vida se le sujete á la vigilancia de la Autoridad, y se le inhabilite de obtener destinos públicos, y ejercer derechos políticos, pero si bien estas consideraciones pueden pesar en el ánimo del agraciado, al ejecutor de la sentencia no toca apreciarlas.

La opinion que considera indiferente la espresion en las sentencias de la cláusula preventiva para el caso de indulto, podría admitirse si no llevará en pos de sí inconvenientes de consideracion. Verdad es que si se omite la cláusula, no se falta á ley espresa, porque ninguna lo previene: cierto es tambien que si se espresa, tampoco se quebranta la ley, sino que puede citarse en apoyo de esta práctica el artículo 78 especialmente: pero la indeterminacion lleva consigo perjuicios de diverso género que no deben desatenderse.

En efecto, permaneciendo la actual divergencia de opiniones, acontecerá como ya ha acontecido, que conformes en el fondo el juez de primera instancia, y la Sala que conoce en consulta de la causa, discorden en cuanto al extremo accidental de que nos ocupamos, y la falta de espresion del uno y la mencion del otro produzca recurso de súplica. No lamentamos por cierto que por efecto de esta discordancia haya lugar á una nueva instancia, porque tratándose de penas tan graves, nunca perjudica la latitud de la defensa: pero tememos mucho por los resultados que en la opinion pública, inconsiderada muchas veces, hubieran de producir los hechos encontrados que presenciara. Ocurriría fácilmente que el juez sentenciador y una Sala estuviesen conformes en espresar ú omitir la cláusula preventiva, y en este caso la sentencia confirmatoria impediría el recurso de súplica: pero tambien acontecería otra vez que una causa idéntica del mismo juez fuera á otra Sala, y en este caso, aunque en el fondo ó pena principal confirmara, podría suplicarse por la falta de conformidad en cuanto á la espresion de las penas de inhabilitacion y sujecion á la vigilancia de la Autoridad. La maledicencia que espia siempre los actos de un tercero, y principalmente de las Autoridades, encontraría en tales casos, una ocasion favorable para lamentar la injusticia que viera su ignorancia en las resoluciones de los Tribunales.

Todavía podrian elevarse á mayor altura los actos escandalosos á que diera márgen la irresolucion del particular de que nos ocupamos. Pudieran unos tribunales creer que la espresion ú omision de la cluásula, no era un motivo para declarar que las sentencias no eran conformes de toda conformidad, y denegarian la súplica, y opinando otros en contrario la admitirian, dando nueva ocasion á la censura de sus actos. Es, pues, de necesidad que en esta parte se decidan los Tribunales por una ú otra opinion para uniformar la práctica; y si esto no se consigue, indispensable es que recaiga cuanto antes una resolucion Soberana que evite el desprestigio consiguiente á las discordias.

Partidarios de la tercera opinion no vemos en la primera sino un rigorismo escolástico que ningun efecto beneficioso produce ni á la Sociedad ni á los reos en el caso de que se trata. Escusado juzgamos tener que manifestar que reconocemos en la inhabilitacion y sujecion á la vigilancia de la Autoridad, de que hace mencion el artículo 50, las condiciones características esenciales de la pena; son penas accesorias indudablemente, pero no de la de muerte, porque son incompatibles con esta; son, por mejor decir, un imposible, á la par que precisa y necesaria la primera, y por eso seria un absurdo imponerlas condenando á la última pena. Cumpliéndose esta la inhabilitacion y la vigilancia de la Autoridad no necesita espresarse, porque hasta eficaces son por desgracia para el condenado. Así lo reconoció el Código, y por eso guardó silencio; así lo reconoció tambien para no declarar que la cadena perpétua lleva consigo ordinariamente la sujecion á la vigilancia de la Autoridad, y por eso habló de ella en la hipótesis de obtener indulto de la pena principal. La inhabilitacion, pues, y la vigilancia son penas accesorias, pero no las llevan consigo en sus casos la de muerte, ni la cadena perpétua por mandato de la ley, aunque sí llevan consigo la primera por un precepto, por decirlo así, de la naturaleza, que hace innecesaria la segunda. La inhabilitacion no es un accidente de la pena de muerte, es una necesidad natural de la misma.

Esto supuesto, concíbese que no es necesario espresar lo que es consecuencia natural indispensable de lo espreso; y no por esto se podrá decir que no es parte de la sentencia, no podrá alegarse, sino por un rigorismo escolástico impertinente, que obteniendo el

indulto se hacen cumplir dos penas que no proceden de sentencia ejecutoriada.

Por otra parte, los artículos 78, 86 y 87, establecen reglas generales, sujetas como todas las de su clase á las modificaciones y excepciones que se desprenden de la misma ley que las establece. Pues bien, el caso de que se trata es realmente una excepcion de las reglas generales como lo son otros que pudiéramos citar. La conmutacion de la cadena perpétua en cadena temporal, produce una pena que no se ha impuesto por sentencia ejecutiva, ¿podrá decirse que en este caso se ha infringido el artículo 86? ¿Podrá decirse si se conmuta en presidio mayor que no se cumple con las circunstancias que prescribe la ley para la pena impuesta? Nadie seguramente dirá que en estos casos se han infringido los artículos del Código 86 y 87, porque estos sientan reglas generales que necesitan acomodarse á lo que preceptua el artículo 45 del Código, y 45 de la Constitucion.

Por último, aunque los artículos 86 y 87, á primera vista parezca que apoyan la opinion que combatimos, porque así se aprenda de su contesto literal, su espíritu sin embargo confirma y robustece nuestra opinion. El pensamiento que aquellos artículos encierran es conocido: los autores del Código creyeron justamente que ninguno debe sufrir pena alguna sin que antes haya sido convencido en juicio de su criminalidad; quisieron impedir la arbitrariedad; declararon que habian cesado las penas que emanaban de la sola voluntad del poder Soberano, y de toda clase de Autoridades, y este pensamiento benéfico, saludable y justo, le formularon en los términos que se halla redactado el artículo 86.

Al concluir nuestras observaciones no debemos omitir que los actos de demencia necesitarian ser objeto de todas las sentencias que se dictaran en causas criminales, porque sabido es que el Código establece reglas para prevenir el acontecimiento de una demencia sobreviniente, y si tal y tan riguroso fuese el espíritu de los artículos 86 y 87 que pronunciada una sentencia condenatoria, nada absolutamente, nada pudiera alterarse en su cumplimiento, entonces al que cayera en demencia posterior al fallo ejecutoriado, seria forzoso hacerle cumplir la sentencia aun en este estado lamentable. ¡Cuánta inhumanidad por una omision involuntaria!

¡Cuánta ridiculez si hubiese siempre de insertarse en los fallos criminales una cláusula que no es mas que un precepto de la ley! Lo que esta previene para un caso dado, es una parte virtualmente comprendida en toda sentencia.

Agrégase á todas estas observaciones, puramente legales, otra razon de conveniencia. La espresion de la cláusula preventiva despertaría en los reos la idea de solicitar el indulto, les haría talvez confiar de obtenerle: lo uno y lo otro sería perjudicial, inhumano, y mas que todo inconveniente.

Concluiremos, pues, manifestando que consideramos innecesaria la espresion de la cláusula mencionada: que juzgamos asimismo inmotivada una declaracion Soberana sobre este particular; pero que en caso que recayera seria conveniente que se resolvieran las dudas en sentido negativo, porque así se evitarian las solicitudes de indulto que tanto se repiten en el dia, así se evitaria la necesidad de otras aclaraciones que en casos semejantes se reputarian necesarias. En algunas Audiencias, segun nuestras noticias, las Salas se hallan discordes en la materia, quisiéramos contribuir á que se uniforme la práctica para evitar ese cuadro anómalo que representará en otro caso la Administracion de justicia.

CUESTION NOVENA.

Cuando los actos ejecutivos del delito frustrado por sí solos constituyen un delito, ¿se impondrá la pena correspondiente á este ó la del delito frustrado? ¿Se impondrán acaso las dos?

Hemos indicado alguna vez que la calificación y graduación de las penas relativamente á los delitos puede fundarse en varios sistemas más ó menos exactos. La intención del delincuente, las consecuencias del delito, la condición de la persona agraviada, los medios de ejecución elegidos para perpetrarle y otros muchos accidentes, pueden considerarse, ó como partes que constituyan combinadas el sistema de graduación de los delitos y de las penas, ó tan solo como circunstancias atenuantes ó agravantes. Los efectos de aquella proporción deben asimismo hermanarse con el otro sistema elegido para la aplicación práctica de las penas: puede confiarse á los jueces y magistrados la graduación de la pena imponible en los casos dados, según las circunstancias especiales concurrentes, ó bien limitarse el arbitrio judicial á recorrer el espacio de la pena dentro de una cantidad ó tiempo dado.

El Código que actualmente rige ha elegido el sistema de tasación llevado hasta un extremo tal vez demasiado estrecho: ha especificado los delitos por razón de su materia; ha graduado el valor

de los actos ejecutivos clasificándolos en proposición, conspiración, tentativa, y delito frustrado; ha declarado las condiciones que constituyen el delito consumado; ha señalado las penas especiales con las que debe castigarse cada uno de los delitos; ha fijado el tiempo de la duración de aquellas desde su principio hasta su término, distribuyéndolas en tres grados ordinariamente; y por último ha fijado reglas precisas para la aplicación de las penas, ya por razón de la calidad de la culpa dentro de cada especie de delito, ya por razón de las circunstancias atenuantes ó agravantes. En una palabra, el Código penal se ha fundado sobre un sistema taxativo tan riguroso, que en cuanto á la calificación y graduación de los actos punibles todo lo ha hecho por sí mismo, y en la aplicación de las penas, únicamente deja al arbitrio judicial el estrecho espacio que recorre un grado de penalidad.

No nos proponemos examinar las condiciones, y consecuencias de los diversos sistemas indicados, á fin de patentizar la preferencia del mejor y mas conveniente: vamos á tratar la cuestión propuesta dentro de los estrechos y precisos límites del derecho constituido; pero, aunque sea una digresión innecesaria, permítasenos dejar aquí consignado, que no alcanzamos la razón en que puede fundarse Código alguno para señalar el principio y término de las penas, ni el valor y gravedad específica de los actos ejecutivos: este sistema restrictivo del prudente arbitrio judicial lleva consigo inconvenientes considerables, por la dificultad invencible de poder reducir á reglas fijas el valor de la multitud de actos criminosos, y de calcular la gravedad de las acciones punibles. Si la intención del delincuente, las consecuencias del delito, el escándalo que produce, y otras partes sustanciales de la criminalidad entran, como deben entrar, en el cálculo de la gravedad del hecho justificable, todos los delitos de cualquiera especie que sean, comenzarán por la unidad de la culpa, y ascenderán por razón de las circunstancias hasta el infinito: otro tanto debe acontecer con la pena; ¿Por qué razón, pues, ha de comenzar esta desde doce años en ciertos delitos, como sucede con el homicidio? ¿Por qué ha de terminar en otros en presidio mayor, como en el hurto? No conocemos la razón ciertamente.

La mas cumplida prueba de esta verdad se toca fijando la atención en las dudas que han ofrecido las descripciones del delito

frustrado, y de la tentativa que comprende el artículo 3.º del Código penal. Todavía no se han fijado por los Tribunales los límites precisos, ciertos y exactos de cada uno de aquellos actos punibles: cada día se ofrecen dificultades nuevas á que dan ocasion la oscuridad, que al menos se supone, de las definiciones, la necesaria complicacion de los medios ejecutivos, y la diversa calidad de los delitos. Estudiando sin embargo detenidamente las descripciones del artículo 3.º, no es en verdad difícil la apreciacion de los actos que constituyen el delito frustrado y la tentativa; pero cuando se desciende de las elevadas regiones de lo abstracto á lo concreto; cuando desde el terreno de las teorías se pasa al número infinito de los casos prácticos, las reglas desaparecen de la vista, la imaginacion discurre incierta por el laberinto de las comparaciones, y el entendimiento no acierta á formar juicio sólidamente fundado con sujecion rigorosa á los principios.

Nuestros lectores nos dispensarán que antes de resolver la cuestion propuesta, nos detengamos en desentrañar las teorías legales, descriptivas de las especies de actos punibles que el Código ha distinguido, porque cuando las penas aumentan en proporcion que aquellos actos ascienden hasta llegar á su término, que es la consumacion del delito, y cuando vemos que se duda en la práctica, acaso sin motivo de duda, no es tiempo perdido el que se invierte en esponer esta materia.

No ofrece gran dificultad la determinacion de las cualidades esenciales distintivas del delito consumado, del frustrado, y la tentativa: es muy fácil en el terreno de las teorías definir cada uno de estos actos, y señalar los caractéres que los distinguen: pero al pasar á la aplicacion práctica, es difícil poner en ejecucion aquellos principios, y muchas veces se tocan evidentes perjuicios, inconvenientes gravísimos, hijos del rigorismo de las reglas.

El Código penal ni define ni describe el delito consumado; pero de la descripcion del frustrado se infiere claramente, que aquel se realiza cuando el autor de los actos penados por la ley ha logrado su mal propósito. *Hay delito frustrado, dice el art. 3.º, cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estuvo de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito, por causas independientes de su voluntad. Hay tentativa, continúa el mismo artículo, cuando el culpable da principio á la ejecucion del delito*

;

directamente por hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquiera causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento. Concíbese á primera vista que la consumacion se caracteriza por la realizacion individual del propósito ocasional de los actos ejecutivos, y que la diferencia entre el delito frustrado y la tentativa (que es un verdadero delito segun la definicion del artículo 1.º), nace de la ejecucion parcial de los medios puestos en juego para consumarlos. Permítasenos decir con frases menos propias, pero mas claras para explicar el pensamiento del Código, que es autor de delito consumado, el que no tan solo delinquirió, por haber ejecutado los actos que constituyen la materia criminal por razon del modo, sino que consiguió realizar las consecuencias que dieron causa á la sancion penal: que es actor de delito frustrado el que puestos en accion los medios ejecutivos prohibidos por la ley, no consiguió realizar las consecuencias: y por último que es autor de tentativa, el que puso tan solo en ejecucion una parte de esos actos prohibidos por la ley. Algunos ejemplos ilustrarán esta delicada materia. Es lícito adquirir lo que á otro pertenece; pero está justamente vedado apropiárselo contra ó fuera de la voluntad de su legítimo dueño: luego los medios son los que ocasionan la criminalidad. Así, pues, el que violentamente se apodera de lo ajeno, delinque: el que lo toma clandestinamente delinque: el que obra como dueño en utilidad propia sin tácita ó expresa autorizacion de este, delinque: la diferencia de los medios dá margen á la clasificacion de estos delitos en robo, hurto ó estafa. Pues ahora bien, el que ejercita actos violentos, clandestinos ó de engaño, pero no logra apoderarse, posesionarse, ó utilizar lo ajeno, si hizo cuanto pudo hacer á estos fines, perpetra un delito frustrado. Queda, pues, sentado como regla general que el que pone en accion todos los medios prohibidos por la ley para conseguir un fin, siquiera este sea lícito, no consuma el delito.

Se distinguen el delito frustrado y la tentativa por la realizacion de los medios ó actos ejecutivos, así es que en el primero nada queda que hacer para lograr el fin; pero en la segunda, la accion se para en el curso de los medios necesarios directos para conseguir un propósito en caso dado. Convienen el delito frustrado y la tentativa, en que la causa de la desistencia ó mas

bien el no llegar hasta conseguir el propósito de los actos ejecutivos, ha de proceder de una causa contraria á la voluntad del actor: porque igualmente lo es aquella que dice el artículo 3.º independiente de la voluntad, que la que no emana del propio y voluntario desistimiento.

No dudamos que sin combatir las reglas espuestas, se nos dirá, que no es lo mismo discurrir teóricamente, que calificar hechos concretos, y fallar las causas: pero apreciando esta observacion en todo su valor, pudiéramos contestar, que la mayor parte de las dudas sobre de la materia de que nos ocupamos, nacen de la propension á dudar, del hábito de interpretar las leyes, convirtiéndose en legisladores. Por larga y dolorosa esperiencia hemos tenido ocasion de lamentar la suavidad de la pena con la que se castigan ciertos actos, por tener que apreciarlos como delitos frustrados, y otras muchas tambien hemos visto calificar de consumado un acto que no pasaba de delito frustrado, á virtud de cierta tendencia predominante por desgracia, á mirar las cosas de los encausados en su peor y mas grave aspecto. Límitese el magistrado á fallar con estricta sujecion á las reglas legales; aparte su vista de las consideraciones que únicamente debe estimar el legislador; fije su atencion en aquello que es el objeto especial de cada delito, y puesto que el consumado y el frustrado se distinguen por haberse ó no logrado el propósito, y el frustrado y la tentativa por haber ó no empleado todos los medios ejecutivos para conseguirle, que estaban al alcance de actor, y allí donde el delincuente hizo todo lo que estaba de su parte para conseguir lo que se proponia y efectivamente lo consiguió, verá el juez un delito consumado, sea ó no duradera la posesion de lo conseguido; allí donde la ejecucion se realizó de parte del encausado, pero ni instantáneamente logró su deseo, verá un delito frustrado; y allí finalmente, donde observe que el procesado de quien se trate, no pudo hacer mas para consumar el delito, por oponerse una causa ó accidente involuntario verá un autor de tentativa.

De las observaciones que se acaban de esponer se deduce lógicamente, que los encausados por un mismo delito en un solo proceso pueden ser autores los unos de delito consumado, los otros de delito frustrado, y los otros de tentativa, porque como en la calificacion de la criminalidad deben apreciarse los actos in-

dividuales, fácilmente acontecerá que el encargado de ciertos medios ejecutivos directos, no pueda *hacer por su parte* todo lo que necesitaba hacer por impedírsele una causa invencible, y este no puede ser considerado en igual grado de criminalidad que el que llegó hasta conseguir su propósito.

Sentados los principios ó reglas que creemos deben observarse para la calificación de los actos ejecutivos punibles, pasamos ya á discurrir acerca de la cuestión antes propuesta. Cabe en la escala gradual de las acciones que se ponen en juego para conseguir el *propósito* de un delito especial, que se perpetren otros delitos, porque es posible y muy comun que los medios ejecutivos constituyan por sí solos otro delito tambien especial, y puede asimismo acontecer que un hecho solo constituya dos ó mas delitos. Para demostrar la verdad de estas no proposiciones, no es menester citar ejemplos que las patenten: los artículos 76 y 77 del Código la han reconocido, fijando reglas sobre aplicación de las penas en estos casos. Esto supuesto, si se tratara de un delito consumado, no pudiera dudarse de que los delincuentes tienen que ser condenados con sujeción á las reglas que los artículos sancionan: en tales casos al criminal se le imponen las penas correspondientes á cada uno de los delitos, escepto cuando un solo hecho constituya dos ó mas actos punibles, ó cuando el uno sea medio necesario para cometer el otro. Pero estas reglas sancionadas por los artículos 76 y 77, ¿tienen aplicación á los casos en los que el un delito se haya consumado y el otro no?

Prefijemos ante todos los casos que pueden ocurrir. Es posible que de dos acciones ambas penables se consume la una y se frustre la otra: puede acontecer que un hecho que consumado constituyera dos delitos, se frustre en cuanto al uno y se consume el otro: y cabe finalmente que tratándose de ejecutar un delito, por un medio necesario que por sí le constituya tambien, se frustre el principal y el medio se consume. No dudamos en asegurar que en el primer caso se deben imponer las penas de ambos delitos

consumado y frustrado, porque si consumados ambos, se tiene que condenar en las penas de los dos delitos, ninguna razon justificaria la inobservancia de la regla establecida por el artículo 76, cuando alguno de ellos se frustrara. Mas como que en los otros dos casos segun el artículo 77 solo puede imponerse la pena de uno de los dos delitos, esto es la del mas grave si el uno se frustra, ¿á cuál de los dos se ha de atender para determinar la pena?

La gravedad de los delitos se gradua por la duracion de la pena, y como puede acontecer que el medio necesario y el delito principal sean castigados con penas de un grado diferente de duracion, pero de distinta escala gradual, ¿qué pena deberá imponerse, toda vez que el medio se realice y el delito se frustre? Todavía puede acontecer, y acontece muchas veces, que el delito que se intentaba perpetrar, pero que se frustra, es dudoso, y el medio ejecutivo realizado se conoce: ¿qué pena se impondrá en este caso? Supóngase en el primero, que el delito principal se castiga con presidio menor y el medio con prision menor. El artículo 77 nada determina para cuando sean las penas iguales en el tiempo, pero distintas en la clase, y por lo mismo no puede servir de regla establecida para decidir.

A primera vista parece que lo que es mas en razon de su existencia debe ser preferido á lo que es menos, porque no llegó á realizarse: mas y mucho mas es en el órden natural de las cosas el daño leve que se sufre que el grave que solo amaga. El que v. g. amenazado de muerte sufre una lesion que es curable, siente mas el dolor que le atormenta que el terror de la muerte que no se realizó: el que ve destruidas las puertas de su casa por la mano de los que aspiraban á robarle, recibe mas perjuicio por el medio ejecutivo realizado, que por el fin que no llegó á perpetrarse: parece, pues, que apreciándose la gravedad de los hechos penales por sus consecuencias, como el Código penal la aprecia constantemente, la pena imponible debe ser en los casos figurados, la señalada para el delito perpetrado como medio con preferencia á la prefijada para el frustrado.

Por otra parte, la dificultad en la determinacion del delito especial que intentaba consumarse, debe tenerse en cuenta para fijar reglas absolutas, porque entre lo dudoso y lo cierto, lo probable y lo evidente, debe siempre prevalecer lo real y positivo, para

alejarse hasta el temor de la injusticia. En los delitos que se cometen contra el individuo es muy frecuente esta duda, porque como la lesión causada no demuestra el propósito del agresor, difícilmente se aprecia si consiguió el fin que se proponía, y esta dificultad impide la formación de un juicio exacto y positivo con relación á la criminalidad.

Pero si por estas consideraciones se sentara como regla general absoluta, que cuando acontezca que el medio ejecutivo necesario constituya delito y el principal se frustre, se imponga la pena prefijada para aquel, resultarían á las veces inconvenientes de gran trascendencia, porque la intención patente quedaría castigada con una pena insignificante con escándalo público y daño de la sociedad. Supóngase que un hijo intenta matar á su padre por medio de veneno, y que por una causa independiente de su voluntad el tósigo le ocasiona una simple indisposición, que necesita de la asistencia facultativa por tiempo de seis días, ¿no sería injusto y escandaloso por demás que al hijo desnaturalizado se le castigara solo, como á autor de lesiones menos graves, con una multa, destierro ó arresto mayor?

Parécenos, pues, que para allanar cuantas dudas pueden ocurrir, y proceder de acuerdo con las doctrinas sancionadas como leyes por el Código penal, pueden sentarse las reglas siguientes: 1.^a cuando un solo hecho constituya dos delitos y el uno no se consume, ó sea medio necesario para perpetrar otro delito y se frustre el principal, debe imponerse en su grado máximo la pena que sea mas grave por el tiempo de su duración: 2.^a en iguales circunstancias, cuando las dos penas sean iguales, se impondrá la mas grave por su calidad también en su grado máximo: 3.^a cuando no resulte probada la especie de delito que intentaba perpetrarse, se impondrá la pena correspondiente al medio ejecutivo en el grado que proceda.

CUESTION DECIMA.

Cuando desista voluntariamente el que intente consumir un delito y los actos ejecutados constituyan por sí otro distinto del que se intentaba perpetrar, ¿quedará exento de toda pena por la desistencia voluntaria?

La cuestion que proponemos se distingue de la anterior en que en aquella el hecho penado que intentaba consumarse, no llegó á este grado de criminalidad, no por falta de voluntad, no porque el delincuente pesaroso y arrepentido de haberse lanzado en el camino que conduce al crimen quiso desistir sino al contrario, pero en este la falta de consumacion es voluntaria, en mano del actor estuvo la terminacion de su propia obra. La diferencia, pues, entre el uno y el otro caso, nace de una de las partes esenciales constituyentes de la criminalidad; de modo que respecto al hecho principal, el Código ha distinguido como no podia menos de hacerlo, ha declarado exento de pena al que voluntariamente abandona la obra comenzada, en tanto que al otro le condena, aunque en pena menor que si fuera autor de delito consumado.

Sentada esta doctrina general, aplicable únicamente á aquellos casos en los cuales el hecho penado no constituye por sí ni por los medios utilizados sino un solo delito, cuando los medios

sean por sí delitos tambien perpetrados sin combinacion ni propósito ulterior, preguntamos: ¿estos medios realizados, consumados por decirlo así, quedarán impunes toda vez que el delincuente haya dejado de consumir la obra de su iniquidad por voluntario desistimiento? En caso negativo, ¿qué pena habrá de imponerse?

Parecerá tal vez que somos escesivamente sùtiles, como suele decirse, en el análisis de las leyes: acaso se dirá que nos entretenemos en escudriñar demasiado y nos convertimos en jurisconsultos casuísticos, pero los que conocen el foro, los que están acostumbrados á examinar, estudiar y fallar los infinitos asuntos que continuamente se presentan en los Tribunales y juzgados, seguramente que no podrán calificar de tal modo el análisis concienzudo y científico que hacemos del Código penal.

Cuando el delincuente no desiste sino por una causa independiente de su voluntad, la ley le castiga con razon, porque no fué su intencion la que impidió las consecuencias del atentado, porque ese elemento esencial, acaso el primero que por su importancia figura entre las partes que constituyen la delincuencia, sobrevivió á la inaccion involuntaria, no fué criminal en toda la estension de esta ideas, porque no pudo serlo, pero la semilla del delito existe todavía despues de la desistencia forzosa. Pues bien, si la ley debe reimprimir los delitos escarmentando á los delincuentes; si debe con una saludable correccion ahogar los sentimientos, los instintos criminales en su origen, justo, útil y conveniente será que no queden sin castigo los que no fueron del todo delincuentes porque no pudieron serlo: porque causas independientes de su voluntad les atajaron en la senda del crimen.

El principio contrario parece por lo mismo que debe ser el que sirva de base para la resolucion del tema que nos hemos propuesto discutir. Ha reconocido el Código que la proteccion del arrepentimiento es necesaria, conveniente y benefícosa para la causa pública; ha creído que la justa severidad de las leyes, debe cesar allí donde el arrepentimiento sea patente, y siguiendo los santos preceptos de la religion católica, estima en mas la voluntad desistente que significa el reconocimiento tácito de la culpa, que la correccion debida al sufrimiento de la pena. Máximas son estas que nunca deben olvidar los legisladores; pero cuidadosos deben ser al

mismo tiempo en no confundir las causas del desistimiento fáciles de oscurecer por la dificultad de justificarlas *à priori*: mas adelante habrá de tocarse de nuevo este particular.

De lo dicho hasta aquí se infiere claramente, que el autor de delito que dejó de consumarse sin que causas independientes de su voluntad se lo impidieran, queda exento de la pena del delito que tratara de perpetrar, y de otra inferior pero relativa al mismo delito. Pero esta regla general, puede tocar con inconvenientes que hagan dudosa la justicia de su aplicacion. El Código conciso y diminuto, como en otros muchos casos; el Código en el que predomina una tendencia, que no queremos calificar, de reducirse todo lo posible al menor número de artículos, asienta un principio, una regla absoluta al tratar de la aplicacion práctica de las penas por razon de la clase de delito, y esta regla no podia abrazarlo todo, porque la combinacion de los casos y las circunstancias es infinita: el Código se limita por otra parte á definir el delito frustrado y la tentativa, y si bien ordena mas adelante, en el artículo 61, la pena que debe imponerse á los autores de delito frustrado, guarda silencio respecto á los que dejaron de serlo, porque el desistimiento fué hijo de su voluntad.

¿Será, pues, este silencio significativo de la impunidad absoluta del que sin causas impeditivas se separó del delito? ¿Será tan generoso el Código que en gracia del arrepentimiento perdone el agravio irrogado por los primeros actos ejecutivos? ¿Se habrá elegido este medio para llamar la atencion de los que en momentos dados de obcecacion conciben el proyecto del crimen, pero que fácilmente desisten, porque su corazon no se halla pervertido? Cuando ningun rastro penable por sí propio deja el delito, cuando los actos ejecutivos no son delitos por sí, ya se comprende la teoría del Código; pero en el caso contrario, cuando se ha seguido un camino escalonado de hechos penables, y á la mitad de aquel se detiene el delincuente por voluntad propia, entonces ya el asunto cambia de aspecto; entonces ya los legisladores deben fijar la atencion en los daños causados á tercero, no es ya la ley libre en sus determinaciones, porque no es la causa pública la única interesada en la resolucion. El que intenta matar v. g., y causa una lesion con arma de fuego, pero no mata, pudiendo haber vuelto á cargar, y llevar á cabo su propósito, y no lo hace, desarmado ya de la irritacion que

le alucina: el que intentando una violacion lleva la fuerza hasta sujetar á la mujer al extremo de poder consumir el delito, pero no le consuma compadecido de sus ruegos; el que pretende robar y allana la morada ajena, pero ya en ella y ocupados los efectos los abandona y se marcha, ¿no será criminal?

Algunos jurisconsultos sentarian que en tales casos no puede imponerse pena alguna porque el voluntario desistimiento, salva de toda responsabilidad criminal; porque el Código penal no hace distincion entre los hechos frustrados, ó mas bien abandonados que dejen tras sí rastros perjudiciales á tercero y los que no los dejan; y por último, porque la razon de la impunidad del desistimiento alcanza de lleno lo mismo á los unos casos que á los otros. En efecto, si conviene proteger el arrepentimiento para contener al hombre que inconsiderado se arroja á cometer un atentado: si la impunidad es un premio saludable, porque impide los daños que hubieran de causarse á un tercero y á la Sociedad de perder, aunque sea solo temporalmente, á uno de sus miembros, toda vez que la irresponsabilidad se limitara de cualquier modo, ya no podria esperarse que el culpable en una parte por los actos ejecutivos dejara de consumir el atentado en el todo, cuando en su mano estuviera la perpetracion del hecho. El temor de una pena, aunque leve, es un estímulo que impele á delinquir en mayor escala, á pesar de que se corra el riesgo de otra mayor.

No son ciertamente desatendibles estos razonamientos, pero no bastantes para justificar la opinion que patrocinan y desacreditar la contraria. En buen hora que se deba mucho á la proteccion del arrepentimiento; reconózcase como un medio de impedir la perpetracion de algunos delitos en casos dados, pero no es tanta la fuerza de las razones que apoyan la posibilidad, como las que sostienen la realidad. Bueno, justo y conveniente es utilizar medios higiénicos para estorbar los padecimientos físicos, y evitar la necesidad de curar enfermedades graves, contraídas por los abusos, pero cuando ya existe una dolencia aunque mas leve, nada ganaria el paciente con que se le abandonara en su mal, porque no habia avanzado su padecer hasta mayor grado de gravedad. Concédase en buen hora al que se arrepiente la exencion de pena cuando no haya causado daño con sus hechos; prémiese, si lícito es decirlo así, el reconocimiento de los deberes que nunca debe olvidar el

hombre, pero cuando sus hechos dejen ya una memoria funesta, un vestigio penable de su delincuencia, no debe ser tanta la indulgencia de la ley, que en gracia del mal que dejó de causarse se perdone la pena del ya causado.

No podremos en verdad citar disposicion alguna del Código penal que clara y esplicitamente condene los actos ejecutivos para un delito que por sí constituyan otro, cuando aquel no llegó á consumarse; citaremos tan solo los artículos 76 y 77, aplicables segun su literal contesto, á los casos afirmativos, esto es, á los en que el hecho principal se haya consumado ó frustrado por impedimentos independientes de su voluntad. Dispónese en estos como regla general, que cuando uno sea autor de dos delitos se impongan las penas correspondientes á cada uno de ellos: y como escepcion se ordena que, cuando el uno de ellos sea medio necesario de perpetrar el otro, ó el un solo hecho constituya dos ó mas delitos, se imponga la pena del mas grave en su grado máximo. Pues bien, el pensamiento del Código es claro y terminante; quiere y con razon que se estimen todos los elementos de criminalidad para imponer las penas; quiere que cuando alguno delinca por dos ó mas conceptos, por cada uno de ellos responda ante la ley, y purgue por medio de la pena los extravíos de su razon. Pero como el Código penal ha seguido un sistema casuístico al sancionar las penas imponibles en cada clase de delito; como dentro de cada clase ha descendido á crear especies por las circunstancias particulares concurrentes, por eso tuvo que mandar que cuando un solo hecho constituyera dos ó mas delitos, ó el un hecho fuera medio necesario de perpetrar el otro, se impusiera una sola pena, la del mas grave en el grado máximo. ¿Y cómo habia de ordenar otra cosa? Pues qué, ¿cabe en el sistema del Código que no se hubiesen apreciado ya las circunstancias que constituyen por sí delitos, pero que son partes esenciales del principal, cuando se graduó la gravedad de este con presencia de aquellas y se prefijó la pena imponible? ¿Acaso al sancionar la pena, v. g., para el robo con violencia en las personas no se tuvo ya presente la injusta fuerza, la vejacion penable que habia de cometerse? ¿No sucedió otro tanto al penar la violacion? En estos casos se imponen penas graves teniendo presentes las circunstancias. Pero no son estos los casos de la referencia del artículo 77, porque en ellos se cuenta mas que

un hecho : y el delito que consiste en un medio con el hecho ejecutivo es parte del especial : así es que en los citados y otros semejantes no se impone la pena en el grado máximo; pero no por eso deja de concurrir la misma razón.

En los delitos en que no concurre esa unidad, esa combinación del medio con el fin, ya porque aquel no es necesario para conseguir este, sino elegible; ya porque la ley no ha creado un delito especial con la concurrencia de los medios, ha mandado el Código que se imponga la pena, siempre que el un hecho sea medio y el otro fin, ó lo que es lo mismo delito principal, pero la del más grave; de modo que se castiga también el otro con el aumento de la pena, supuesto que, no como por circunstancia agravante sino como principal, se impone aquella en el grado máximo: así es que en este caso entra ya el medio utilizado en el cálculo de graduación de la penalidad (1).

Si pues lo espuesto comprueba claramente que nunca la doble criminalidad deja de estimarse para la imposición de la pena: si la consumación del delito principal, y el castigo consiguiente á esta no es un obstáculo para que se condene también el delito accidental, ó usado como medio necesario del otro, ó que forma un solo cuerpo de criminalidad con aquel, ¿la falta de consumación del delito principal, será de tal influencia que quite á lo hecho el valor que no le quitaría la perpetración? ¿Podrá la inacción ser más eficaz que la acción con referencia á un tercer hecho? Juzgamos, pues, que la razón fundamental de los artículos 76 y 77, alcanzan al caso de que tratamos, y que existen todavía, y pueden alegarse motivos que la justifiquen con más evidencia. En efecto, se podría comprender que sin injusticia se dejara de castigar el delito, medio necesario ó voluntario, cuando consumado el principal se imponía la pena correspondiente á este, porque al cabo la cantidad de la pena no es el móvil más poderoso que conduce al escarmiento, pero que el arrepentimiento ó falta de acción salve de responsabilidad por lo hecho, no se justifica.

(1). Al tratar de las cuestiones que nacen de la oscuridad de los artículos 76 y 77, espondremos con más extensión y claridad las teorías que dejamos espuestas; y tal vez haremos patente la irrelación de las reglas sentadas en los artículos citados con el sistema desarrollado en el título segundo del Código penal.

Y supuesto que los actos ejecutivos del delito frustrado que constituyen por sí otro, deben castigarse ¿qué pena será la imponible? ¿Acaso la del delito mayor ó mas grave cuando aquellos actos sean medios necesarios de consumir el otro? ¿O se impondrá la correspondiente al medio que es delito con independencia del frustrado? Si hubiera de estarse á lo que ordena el artículo 77 para el caso de la consumacion, la segunda pregunta debiera contestarse en sentido afirmativo; pero juzgamos que no alcance la razon ocasional justificativa de aquel artículo al caso de que tratamos; porque en este se castiga lo que se hizo por sí y sin consecuencias, y de ningun modo se podria justificar que una cosa no existente se tomara como base para la apreciacion de lo real y positivo. Es pues, á nuestro entender mas justo y razonable, que en los casos de delito frustrado ó tentativa, el acto ejecutivo penable se castigue con su propia pena.

Réstanos para concluir, manifestar que respecto á la voluntad del desistimiento debe estarse á lo que previene el *párrafo 2.º del artículo 1.º* del Código, esto es, que todo acto de separacion del delito se reputa voluntario mientras no se pruebe lo contrario; y para opinar así, nos apoyamos en las mismas razones, que alegamos y alegan los afectos á la disposicion citada del Código penal, porque ciertamente no alcanzamos á concebir razon alguna para presumir que la material ejecucion de un acto se respete voluntaria cuando induzca criminalidad, y no sea ese mismo su origen cuando produzca esculpacion.

CUESTION ONCE.

¿Los delitos de que tratan los artículos 126, 197, 199 y 200 del Código penal, pueden perseguirse de oficio por las Autoridades judiciales? ¿Deberá proceder por denuncia del Promotor Fiscal? ¿Podrán perseguirse por acción popular?

Las cuestiones que dejamos propuestas se han debatido en distintas ocasiones en el Congreso, tomando parte jurisconsultos eminentes; pero ninguna resolución legislativa se ha adoptado. Aunque la solución de las dudas que sobre este particular se ofrecen, pudiéramos reservarla para cuando nos ocupemos del orden de los procedimientos, sin embargo supuesto que emanan del Código penal, y se nos ha manifestado el deseo de oír nuestra opinión sobre una materia tan espinosa como delicada, no debemos permanecer en silencio por la sola consideración de no invertir el orden que nos habíamos propuesto seguir en las *cuestiones selectas* de que venimos tratando.

Al ocuparnos de esta materia tan interesante, como puede ser trascendental por sus consecuencias, debemos ante todo protestar que no nos proponemos tratar de ella en el terreno de la política: habituados por inclinación y por deber al estudio de la juris-

prudencia teórica y práctica, en la que todo es positivo, porque solo juegan los principios eternos de justicia, no pudiéramos fácilmente acomodarnos á discurrir en ese campo incierto, donde cada dia se renuevan las teorías, donde el espíritu de partido ofusca la razon y oscurece las doctrinas que se proclamaron como santas y saludables el dia anterior. Por una necesidad inevitable, tiene que rozarse la Administracion de justicia con los hechos de la política; tememos que su influjo funesto invada el sagrado recinto de los Tribunales, y por eso queremos deslindar las atribuciones de los jueces y promotores sobre los asuntos de aquella especie.

Donde quiera que el hombre tiene que ejercer los derechos que las leyes le conceden, que respetar los concedidos á los demas, y que guardar las formalidades que aquellas exigen, allí reside la posibilidad de infringirlas, ó bien por abuso de las facultades propias, ó bien por actos de violencia relativos á los demas, ó bien por el uso de medios reprobados por la ley. Por eso todos los dias se oyen lamentar los abusos electorales, por violencias ejercidas con los que gozan del derecho de eleccion; por eso se utilizan el cohecho ó soborno como medio de obtener un triunfo ilegal, y se clama contra los atentados que se atribuyen á la Autoridad. En situaciones de esta especie, los que sienten las consecuencias de aquellos abusos, suelen acudir á la Autoridad judicial del distrito en demanda de justicia de los hechos reputados criminales, y los jueces inciertos de la estension de sus atribuciones, temerosos tambien de las consecuencias de su conducta en estos casos, porque una triste esperiencia les ha enseñado el riesgo que corren en cualquier sentido que obren, rehusan algunos tomar parte en asuntos de este género, y se niegan á admitir toda especie de informaciones ó querellas, persuadidos tambien de que deben permanecer meros espectadores de estas escenas políticas.

Al tratar de esta materia necesitamos reconocer que ninguna ley, decreto, ni disposicion especial establece reglas determinantes de las atribuciones judiciales; en esta parte las facultades de los jueces son las mismas que les competen para conocer de toda clase de delitos, y asuntos civiles de voluntaria ó contenciosa jurisdiccion: los promotores y jueces tendrán que recurrir al derecho comun para encontrar en él la regla de su conducta. Ni el Poder ejecutivo, ni el legislativo son competentes para entender ni fallar

en los asuntos criminales, salvo los casos especiales en que puede conocer el Senado.

Esto supuesto, ¿podrán los jueces de primera instancia admitir y mandar practicar todo género de informaciones que en sus juzgados soliciten las partes que se muestren interesadas? ¿Podrán los promotores denunciar los hechos penados por la ley, luego que lleguen á su noticia, ó se les denuncien por las partes? ¿Podrán los jueces de oficio proceder cuando tengan noticia de algun delito perpetrado en los actos electorales? ¿Deberán oír las denuncias de los que se presentan en sus respectivos juzgados, prometiendo continuar gestionando en el juicio criminal provocado? Preguntas son estas que no se contestan fácilmente: mas de una vez se han suscitado en el Congreso las cuestiones que de ellas se desprenden, y no se ha hecho declaracion alguna especial ni general: las doctrinas vertidas por entendidos Diputados no son conformes, y las decisiones del Congreso no se pueden citar como autoridad que resuelva las dudas, porque ni directa ni indirectamente se proponian establecer jurisprudencia, ni fueron siempre uniformes. Veamos, pues, lo que se deduce de las doctrinas generales que el derecho establece.

En los asuntos concernientes á elecciones para diputados á Córtes, es necesario reconocer que la Autoridad judicial no tiene intervencion alguna: sus actos, y su objeto estan ordinariamente fuera del círculo de las atribuciones de los jueces: no se trata de dar á cada uno lo que es suyo, no se ventilan derechos adquiridos con relacion á las cosas, ni se trata de reprimir ni castigar delitos. Los actos electorales consisten en su esencia en el ejercicio de derechos políticos, y en su forma tienden á la aseguracion de la libertad en el uso de aquellos derechos para que den por resultado la verdad de los sufragios. Nada de esto corresponde á los Tribunales, todo queda circunscrito á los límites de la Gobernacion.

Pero acontece muchas veces que actos estraños á la libertad electoral tienden á falsearla, ó bien causando violencia en los electores, ó bien faltando, contrariando á las formalidades prescriptas por la ley, ó falseando las actas ó las votaciones, y en tales casos ó se presenta el elector al juez del partido solicitando que se le admita informacion del hecho, ó le denuncia al ministerio fiscal, ó al juzgado para que le persiga de oficio, ó se querella

mostrándose parte para sostener la acusacion que se propone formalizar en su dia. Veamos, pues, lo que deberán los jueces hacer en cada uno de estos casos.

Se ha sentado como doctrina incuestionable por algun jurisconsulto en discusiones del Congreso, que los jueces deben admitir siempre que se soliciten informaciones *ad perpetuam rei memoriam*, y consiguiente á este deber general, se hallan obligados á practicar aquellas informaciones que quieran dar los electores, ó los interesados en la eleccion sobre hechos pertenecientes á la misma. No juzgamos que esta teoría sea tan exacta como se sienta: no hallamos ley alguna que la establezca con tanta latitud ni que la autorice tampoco: ni por mas que discurremos sobre la materia, hallamos la razon que pudiera justificarla: lo que sí tocamos son los graves inconvenientes que llevaria consigo la libertad absoluta para dar aquellas justificaciones. En primer lugar nos preguntamos, ¿quién es persona legítima para proponer una informacion cualquiera? Porque no creemos que sea permitido solicitar justificaciones sobre cualquier asunto y á cualquiera persona. Supuesto que los jueces de primera instancia estuviesen obligados á practicar esta clase de diligencias de índole especial, siempre sería menester que fuese persona legítima la que las pretendiera, porque no se concibe razon alguna que autorice para entrometerse en negocios ajenos. ¿Lo será por ventura cualquiera de los candidatos cuyos nombres circulan entre los electores? ¿Lo será cualquiera de estos? ¿Lo será un particular que no sea elector? Antes de contestar á estas preguntas necesitamos saber qué materia, qué hechos pueden ser objeto de las informaciones de que se trata.

Meditando sobre la proposicion que acaba de sentarse, naturalmente nos hallamos colocados en la necesidad de distinguir, de calificar los hechos que puedan ser ocasionales de esas informaciones. Los unos pueden hallarse especialmente prohibidos y penados por las leyes, los otros podrán ser ilícitos moral ó civilmente considerados, podrán influir en la validacion ó nulidad de la elec-

:

cion, pero sin que por ellos pueda procederse criminalmente. Los primeros no pueden ser objeto de una simple informacion; porque lo que es en su esencia criminal no es posible quede impune, ni debe dejarse de perseguir toda vez que llegue á noticia de los Tribunales, á menos que constituya un delito privado: la informacion solicitada de un hecho penable es la denuncia indirecta, y esta ni puede ni debe admitirse sin sujetar á la responsabilidad al denunciador. En efecto, la honra, la opinion de una persona cualquiera no puede quedar espuesta al capricho de un tercero, ni mucho menos revalidarse con el sello de la Autoridad para que sirva únicamente á los intereses de la parte. Noticioso el juez de la existencia de un delito público, el procedimiento criminal y nada mas es lo que cabe en el órden racional de las cosas.

Las leyes de Partida y el reglamento provisional para la Administracion de justicia, corroboran los principios que acabamos de consignar. La 2.^a y 3.^a del título 16, Partida 3.^a, testifican el sabio pensamiento de su autor, que por evitar los males que podrian irrogarse de admitir informaciones á espaldas, por decirlo así, de los interesados contra quienes se dirigian, ordenó *que los testigos non deben ser antes recibidos que el pleito sea comenzado por demanda é por respuesta fueras ende sobre las cosas señaladas que con de tal natura que si ante no se recibiesen, podria ser que perdiere el demandador ó el demandado su derecho*. Consiguiente la ley citada á este principio eminentemente filosófico, especifica los casos únicos en que pueden recibirse esas informaciones, que llamaron los intérpretes *ad perpetuam rei memoriam*; pero temerosa de las funestas consecuencias que pudiesen acarrear esos documentos, de que no tiene noticia aquel contra quien se dirigen, previno justamente en su última parte, que los casos de excepcion espresados en la ley sobre admision de testigos *ante que el pleito sea comenzado por respuesta, non ha lugar en pleito de justicia, en que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro, ó hechamiento de la tierra*.

El reglamento Provisional en armonía con estas doctrinas, prohíbe que puedan suministrarse á la parte los testimonios que solicitare de actuaciones en procedimiento criminal, hasta que este se haya terminado por sentencia ejecutoriada, y en este caso el que se diere, necesita llevar insertos lo mismo los cargos de acu-

sacion que los comprobantes de la inocencia, porque á no ser así, los Tribunales sin su culpa, suministrarían fácilmente instrumentos obtenidos con alevosía que mancillarían la honra del que fuere declarado inocente en definitiva. Las actas de las diligencias judiciales, tienen demasiada fuerza y mérito en el cálculo de la credibilidad para que así se faciliten con imprudencia, para que se admitan sin mas que para complacer á las exigencias interesadas. Por eso ni deben consentirse en casos dados sin la intervencion fiscal, ni pueden darse de las actuaciones, sin oír antes al representante de la ley.

Dedúcese, pues, de las consideraciones antes espuestas que cuando las informaciones versan sobre hechos penados por la ley, ningun ciudadano se halla autorizado para solicitar que se le admitan, sino en forma de denuncia ó de querrela bajo las responsabilidades que son consiguientes con arreglo á derecho, y siempre á condicion de que haya de continuarse el juicio criminal, bien sea con su intervencion como acusador, ó bien con la del ministerio fiscal cuando el delito deba perseguirse de oficio: mas adelante volveremos á ocuparnos de estas doctrinas.

Otra clase de informaciones pueden solicitarse, diferentes de las anteriores por razon de su materia: son estas las que versan sobre hechos que no son punibles segun las leyes. En estos casos los juzgados son incompetentes por razon de la jurisdiccion. Los jueces de primera instancia en sus respectivos distritos únicamente pueden conocer de los asuntos civiles y criminales, porque solo estos son propiamente objeto de la Administracion de justicia: aquello que no sea materia de la jurisdiccion propiamente dicha, no puede someterse á la accion judicial. Bien comprendemos que se nos citarán los asuntos que se titulan de jurisdiccion voluntaria, y que fundándose en que en estos pueden intervenir los jueces, deberán asimismo admitir informaciones sobre hechos semejantes. Sin embargo, este argumento nada pesa en la balanza de nuestras convicciones: no existe identidad de razon, y esto solo basta para desvanecer toda su fuerza.

En efecto, no debe perderse de vista que las leyes han limitado á ciertos casos especiales la facultad de recibir esas informaciones llamadas *ad perpetuam rei memoriam*, y que esa limitacion no es hija del capricho del legislador, así como tampoco la licencia

para admitirlas en las circunstancias especiales que lo permiten. Solo la necesidad, el inminente peligro de una causa que impidiera la justificación posterior, fueron el móvil que impelió á los legisladores para permitir esa clase de justificaciones, y como que en el caso de que se trata, no existen esas poderosas razones justificativas de los casos excepcionales, claro es que ni por identidad de causa puede entenderse comprendida en la escepcion de la ley la informacion sobre hechos concernientes á las elecciones.

Por otra parte, no todos los hechos, no todas las cosas que pueden ocurrir en el órden humano se califican de asuntos de voluntaria jurisdiccion; los que á esta categoría pertenecen se hallan espresamente deslindados por las leyes, y todos ellos tienen cierta dependencia, cierta relacion con los derechos individuales, que mas ó menos tarde pueden ser objeto de demandas judiciales. Pues ahora bien, examínese la calidad de los actos electorales, averígüese su dependencia para la decision definitiva segun su mérito y su valor, su influencia en el ejercicio de los derechos políticos, y se observará en cuanto á lo primero, que son actos que aunque ejercidos por el individuo, pertenecen á la categoría de los derechos políticos absolutamente independientes de la accion de los Tribunales, y respecto á lo segundo se notará que únicamente el Congreso de los Diputados puede apreciarlos, calificarlos y fallar conforme al mérito ó desmérito de tales informaciones en el juicio que forme de su influencia en los actos electorales. Si, pues, no existe razon alguna que pueda autorizar las justificaciones anticipadas que las leyes prohiben por regla general; sino es la autoridad judicial la llamada á fallar en su dia con relacion á ellas, y el asunto merece por otra parte la calificacion de puramente político y sujeto por tanto á la accion judicial legislativa, ¿á qué fin pues, se ha de obligar á los juzgados á que admitan informaciones inoportunas, ajenas á su carácter y atribuciones, infructuosas de momento y perjudiciales en cuanto mezclan á la accion judicial en asuntos de que á toda costa conviene alejarla para no esponerla al contagio de las pasiones políticas, siempre pernicioso? En nuestra opinion siempre débil y desautorizada, al lado de la emitida por jurisconsultos á la vez Diputados á Córtes, solo cuando el Congreso determine que se justifiquen las protestas admitiendo informaciones, será cuando los jueces de primera instan-

cia, podrán mandar practicar las que soliciten los interesados. No es tan aislada nuestra opinion que sea la única, porque tambien en el Congreso se ha sostenido por unos y puesto en duda al menos por otros la competencia, y mucho mas la obligacion en los jueces de ocuparse de aquella clase de diligencias.

Sentadas estas doctrinas, á nuestro entender ajustadas á los principios legales parecerá ya escusado descender á la cuestion de personalidad; mas sin embargo diremos que, en nuestro juicio, el Cuerpo electoral es el único legalmente autorizado para solicitar, la práctica de medios justificativos, porque él es el solo que recibe inmediatamente la ofensa que pueda sobrevenir de los hechos coercitivos de la libertad.

El segundo extremo que nos habiamos propuesto averiguar es mil y mil veces mas grave, porque puede producir conflictos de trascendencia infinita, porque su abuso puede dar armas poderosas que se utilicen en ofensa de los derechos políticos, de la accion libre de los ciudadanos para depositar sus sufragios en las urnas electorales, y porque pueden finalmente falsear las elecciones á pretesto de conveniencia, y de la necesidad de castigar delitos imaginarios. No puede dudarse de que los jueces de primera instancia son los únicos competentes para conocer y castigar toda clase de delitos cualquiera que sea su origen y la materia de la criminalidad, pero esa competencia incontestable, esa delegacion de la ley no significa la libertad absoluta para proceder, porque no todos los delitos existentes estan sujetos á la accion de los Tribunales por el solo hecho de su existencia. Efectivamente los criminalistas prácticos, lo mismo que las leyes han sentado en esta materia principios demasiado genéricos, así es que, descendiendo al terreno de los hechos, la accion fiscal se encuentra mil veces embarazada por la duda, de si el hecho de que se trata está sujeto á las atribuciones de su institucion, y los jueces no pocas dudan tambien sobre si pueden y deben ó no proceder de oficio. Hoy, despues que para procesar en ciertos casos es necesaria la

autorizacion de los Gobernadores civiles y la de S. M. en otros, esas dudas se han aumentado y la dificultad en las resoluciones va en progreso ascendente. La necesidad nos ha hecho estudiar esta materia con alguna detencion para decidir en las situaciones embarazosas en que nos hemos visto colocados; hemos creido encontrar una fácil solucion, distinguiendo entre el principio y la continuacion de los procesos, clasificando para este efecto los delitos. Pero antes de emitir nuestras opiniones parécenos conveniente transcribir las proclamadas por Diputados competentes en la materia.

En la sesion celebrada por el Congreso de los Diputados el 9 de marzo anterior se promovió una cuestion puramente jurídica, no obstante su referencia á un acto que puede calificarse de político. Trataban los Diputados que tomaron la palabra para sostener la validacion de ciertas actas del cohecho y soborno de electores, y ocupándose de deslindar las facultades de los jueces de primera instancia, el Sr. Gonzalez Elipe y el Sr. Posada Herrera, dignísimos diputados, cuyos conocimientos jurídicos y administrativos reconocemos, se esplicaron en los términos siguientes.

El Sr. Gonzalez Elipe. «Quisiera hacer ahora una advertencia á la comision. Me parece que en el dictámen que ha presentado sobre aprobacion de mi acta, no se hace cargo de las reclamaciones que constan en ella, ni de las que yo he hecho presentes sobre la reduccion de los electores del Moral por 320 votos: sobre la falsificacion de un pasaporte expedido en Socuéllamos, y sobre usurpacion del voto por uno que se supuso elector por llevar el mismo nombre del que realmente lo era, si bien no tenia las cualidades que aquel.

Como los autores de estos hechos han incurrido en las penas que marca el Código, creo que la Comision debia haberse hecho cargo de esto; mas no habiendo sido así, y viendo yo por otra parte que los Tribunales estan perplejos en resolver sobre estos asuntos, ya porque unas veces el Congreso, declarándose jurado, ha creido deber resolver estos casos, ya porque despues de la publicacion del Código penal, este ha derogado las instituciones que antes existian sobre esta materia, y resulta que no tienen libre la accion de la justicia para hacer entrar en su deber á los que incurren en estos abusos, creo que la Comision necesita decir al-

gunas palabras para que sepan los Diputados á que deben atenerse, y se forme una jurisprudencia particular sobre estos hechos, porque no la hay. Hace muchos dias que un Sr. Diputado abordó esta cuestion, pero no creo que se haya resuelto. Deseo por tanto que la Comision dé esplicaciones, que, al mismo tiempo que tranquilicen en esta parte á los Señores Diputados, sirvan de pauta á todos los Tribunales, jueces y alcaldes, para que sepan de hoy en adelante que esto queda sujeto á la accion de la justicia exclusivamente, y que el Gobierno no absorbe ni se abroga facultades que no le corresponden.

El Sr. Posada Herrera: No espere el Congreso que la Comision entre ahora en el exámen detenido de las actas de Manzanares que han discutido bastante bien los Señores Lujan y el electo Diputado por este distrito, tampoco entrará ahora en la cuestion general de las elecciones, la cual se reserva para otro dia en otra acta que ofrezca mayores dificultades, pero no ha podido la Comision menos de levantarse á dar su opinion sobre una cuestion gravísima, respecto de la cual ha llamado el Sr. Elipe la atencion al Congreso. La Comision ha visto en efecto los antecedentes que sobre cohecho y falsedad resultan en el acta; pero estando ligada por el reglamento á dar su dictámen sobre todas las actas en que aparezcan faltas leves en una lista, no podia descender á los pormenores de ninguna de ellas. Esta ha sido la razon que la Comision ha tenido para no entrar en lo que ha dicho el Sr. Elipe, ni proponer nada sobre la materia. Pero como el Sr. Elipe, al mismo tiempo que hacia una inculpacion á la comision, venia á preguntarla sobre una materia harto grave, la comision no tiene ningun inconveniente en decir cuatro palabras sobre este punto, que muchas veces se reproduce de una manera harto vergonzosa y repugnante al derecho que tiene todo particular de acudir á un Tribunal sobre materias que son de la competencia de este.

El año anterior se trató esta misma cuestion en el Congreso, y el Diputado que tiene la honra de dirigir la palabra al mismo, estaba á la sazón enfermo, y no tuvo ocasion de espresar su opinion; pero promovida ahora, dirá que entonces se confundieron dos cuestiones por los que sostuvieron una y otra opinion en el seno del Congreso, resultando de esto que, lejos de ilustrar la opinion de los jueces la discusion, no ha hecho otra cosa mas que confundirla.

La cuestion de la intervencion que pueden tener los jueces respecto á las acciones promovidas por particulares, por actos cometidos en las elecciones, tienen dos aspectos enteramente diversos: el uno es la cuestion de competencia; el otro es la cuestion de procedimientos. Pues bien, señores, en el año anterior solo se trató en el Congreso de la cuestion de competencia: los unos negaban la competencia de los Tribunales para intervenir en estas materias, y los otros la admitian; resultando de aqui, que como los que defendian la competencia de los Tribunales se fundaban en el testo de la ley, y por otra parte, los que impugnan esta competencia alegaban en contra de ella razones prácticas de importancia, atendibles en cuestiones de esta especie, no fué posible fijar una opinion clara respecto de este punto. No es, señores, la cuestion de la intervencion de los Tribunales en los actos emanados de las elecciones, una cuestion de competencia; es siempre una cuestion de procedimientos. Los Tribunales son siempre competentes para conocer de los actos que constituyen delitos y como tales estan penados por el Código penal; y como la falsedad y el cohecho, y cualquiera otros actos de esta clase estan reputados por delitos y penados como tales, los Tribunales son siempre competentes para conocer de semejantes actos. Pero, señores, antes de intervenir un Tribunal en el conocimiento de un hecho punible, es preciso que se promueva la accion pública en persecucion de ese delito, y como no tienen todos el derecho de promover la accion pública, y ademas este derecho puede muchas veces estar detenido ó por consideraciones políticas, ó por consideraciones administrativas, de aquí es que aunque los Tribunales sean siempre competentes para conocer de estos hechos, no siempre puede ponerse en movimiento la accion pública, no pueden por lo tanto seguirse los procedimientos.

Así sucede, señores, que si un funcionario público comete un delito en los actos referentes á sus funciones, indudablemente son los Tribunales aptos para conocer de ello: pero la accion pública no puede ponerse en movimiento contra él, sin que preceda el beneplácito del Gobierno, que es el que debe dirigir la accion por medio del Fiscal. Aplicando esta teoría á la cuestion promovida por el Sr. Elipe, diré que hay en ella tres casos: hay hechos que son estraños á los actos electorales, aunque sean coexistentes con

ellos; hay hechos punibles que son, por decirlo así, generadores de los actos electorales; y hay hechos que son contrarios á los actos electorales que el Congreso ha calificado ya de antemano. Se puede cometer un asesinato en las inmediaciones de un colegio electoral; y para perseguir este asesinato, sin esperar á que el Congreso falle sobre la eleccion, son desde luego competentes los Tribunales, y pueden promover la accion pública; y entre nosotros, como saben los Señores Diputados, no solo está conferida al ministerio fiscal, si no que por una anomalía, resto de las antiguas prácticas, de las que subsisten en parte algunas al lado del sistema constitucional, pueden tambien los jueces y Tribunales promover la accion pública sin que el ministerio fiscal la haya promovido. Pero esto no es de la cuestion ahora. Decia que habia actos generadores, ó factores de ellas, si es lícito usar de esta espresion, en las elecciones, y en estos actos no se concibe que puedan los Tribunales ejercer su jurisdiccion, sin que el Congreso por la facultad que le concede la ley, haya pasado el tanto de culpa, ó sin que el Congreso haya acordado una resolucion, pues entonces los Tribunales estan enteramente en libertad de fallar sin que incurran en el caso de *non inmiscere*.

Hay otros casos, y de estos es precisamente al que se refiere el Sr. Elipe, que son actos punibles cometidos en la eleccion, pero contrarios é independientes del resultado electoral de que juzga el Congreso, y como este respecto de otros omite su resolucion, son tambien los Tribunales competentes por lo tanto y enteramente libres para fallar sobre ellos. Por manera, que en el caso presente pueden ser las elecciones de Manzanares completamente válidas, y ser por ellas Diputado legítimo el Sr. Elipe, y sus contrarios en las elecciones haber cometido todos los actos que estan en la lista de los punibles del Código penal. No hay, pues, oposicion ninguna entre el fallo del Congreso y la accion de los Tribunales en estos casos.

De esta teoría, que á mi parecer, aunque con la poca confianza que tengo siempre en lo que digo, creo que es la mas exacta en la materia, se deduce tambien una verdad práctica que debe guiar á todos los interesados en la Administracion de justicia, para que no tengan ciertas dificultades al movimiento de la accion pública y de Diputados ó electores que la reclamen.

Como que en las materias políticas, administrativas ó electorales, la intervencion de los cuerpos políticos, no puede tener otro objeto que el de detener la accion pública, se sigue que mientras los Tribunales no pongan en movimiento esa misma accion pública, pueden ocuparse de los hechos y ser competentes; es decir que si un Diputado, ó candidato, ó elector cree que se han cometido violencias ó actos contrarios á la ley, pueden acudir á un juez de primera instancia, y este está en el deber, en la obligacion de prestarle la asistencia, el poder y la autoridad que le conceden las leyes, para que dicho interesado consigne en una informacion todos los hechos que crea conducentes á la defensa de sus intereses ó derechos.

Reasumiendo para no molestar al Congreso, digo: primero, que cuando los hechos son contrarios á la eleccion, los Tribunales son completamente libres para entender en ellos: segundo, que cuando son factores ó generadores de la eleccion, y forman cuerpo con ella, es preciso que el Congreso anule la eleccion, ó autorice á los Tribunales para que estos procedan; y tercero, que cuando los hechos, aunque consecuentes y enlazados con la eleccion, son contrarios á su resultado, estan los Tribunales en completa libertad para entender de ellos. No tengo mas que decir.»

Transcritos los discursos de los Señores Gonzalez Elipe y Posada Herrera, pudiéramos hacer otro tanto con los de varios Diputados que en distintas ocasiones han tratado de la materia que nos ocupa, pero lo creemos escusado, porque ninguno esclareceria mas el asunto. Conformes en su mayor parte con las opiniones emitidas por el distinguido jurisconsulto Sr. Posada Herrera, creemos sin embargo que para dilucidar la cuestion son necesarias mas extensas esplicaciones.

Dos son, pues, los extremos que importa tener presentes para que todo juicio criminal sea válido, el uno de jurisdiccion, no de competencia, como dice el Sr. Posada Herrera, el otro de procedimiento. Respecto al primero ninguna duda puede ofrecerse, por-

que nuestras leyes son en esta parte claras y terminantes. La fundamental del Estado establece en el art. 66 que «*á los Tribunales de justicia pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; sin que puedan ejercer otras funciones, que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.*» La letra y el espíritu del artículo transcrito de la Constitución de 1845 sirve de premisa á las siguientes consecuencias: 1.^a, dada la perpetracion de un delito, cualquiera que sea su origen, su materia ó su objeto, ninguna Autoridad sino los Tribunales tienen facultad para conocer del procedimiento que se instruya para acreditarle y para perseguir á los criminales, porque solo los Tribunales ejercen *jurisdiccion*, sin la cual ni puede conocerse ni puede fallarse en los asuntos civiles y criminales: 2.^a, los Cuerpos colegisladores, como que no tienen jurisdiccion, no pueden intervenir en los negocios de ninguna de aquellas clases.

Pero el artículo constitucional nada dispone respecto á competencia, ni tampoco impone á los Tribunales la obligacion de proceder siempre contra los autores de un delito cualquiera que sea: estas dos proposiciones necesitan alguna esplicacion. La jurisdiccion es, por decirlo así, la parte vital de los Tribunales, es la sustancia generadora de los mismos, porque sin jurisdiccion, ¿qué sería un Tribunal? Un ente imaginario, una sombra imperceptible; la jurisdiccion es la sangre que le nutre, porque vive por ella y para ella, porque nace con ella y para ejercerla. Pero la competencia es otra cosa muy distinta; el Tribunal en el hecho de serlo tiene jurisdiccion, pero puede ser incompetente para conocer de un asunto dado: las reglas determinantes de la competencia son objeto de leyes secundarias. Así, pues, el artículo constitucional establece una ley declaratoria de la jurisdiccion de los tribunales en general, pero nada decide respecto á su competencia. Solo vosotros podeis conocer, dice á los Tribunales, de los asuntos civiles y criminales, pero no declaro que siempre sois competentes. La jurisdiccion exclusiva que confiere el artículo constitucional á los Tribunales rechaza á las Autoridades de toda especie para conocer y fallar: la competencia confiere esta facultad, circunscribe la jurisdiccion á uno de aquellos con exclusion de los demas, que aunque tienen jurisdiccion no son la competentes.

Conferida á los juzgados y Tribunales la facultad exclusiva de

conocer y fallar los asuntos criminales, ¿se les impone al mismo tiempo la obligación de proceder siempre que tengan noticia de la existencia de un delito? No era propio de la ley fundamental del Estado determinar sobre una parte secundaria de la jurisprudencia, del derecho privado, por decirlo así, por eso necesitamos recurrir á las leyes sobre procedimientos para encontrar los datos que hayan de servir para ilustrarnos.

Al indicar una duda cualquiera que verse sobre procedimientos, naturalmente se vuelve la vista hácia el Reglamento provisional, que aunque reformado ó derogado en muchas de sus partes, es sin embargo el libro que comprende las disposiciones legales mas modernas sobre esta materia. En diferentes artículos se establece la competencia de los jueces de primera instancia para conocer de los asuntos ó causas criminales, pero en ninguno de ellos se dispone de una manera esplicita preceptiva el modo de proceder, luego que tengan noticia de la perpetracion de un delito. «La pronta y cabal administracion de justicia, dice el artículo 1.º del reglamento provisional, es el particular instituto y la primera obligación de los magistrados y jueces:» pero la justicia se administra pronta y cabal lo mismo á instancia de parte, que por denuncia, que de oficio: aquella sola disposicion general del Reglamento no es suficiente para sentar como una verdad jurídica que, tan luego como tengan noticia de la perpetracion de un delito, estan obligados los jueces á instruir las diligencias sumariales.

Sin embargo, no puede ponerse en duda la obligación que pesa sobre los jueces de proceder de oficio contra los criminales, excepto los casos particulares que, por ser privada la accion que nace del delito, únicamente puede ejercitarse por la parte á quien la ley la concede. El artículo 33 ordena en su primer párrafo que los alcaldes y tenientes de alcalde, en el caso de cometerse en sus pueblos algun delito, ó de encontrarse algun delincuente, pueden y deben proceder de oficio ó á instancia de parte á formar las primeras diligencias del sumario: y ese mismo artículo en el párrafo segundo, ordena que en el conocimiento de las causas criminales, *en los pueblos donde residan los jueces letrados, podrán y deberán tomarle á prevencion con estos los alcaldes*, etc.: luego los jueces de primera instancia en los pueblos de su distrito, son como los alcaldes Autoridades que deben perseguir de oficio á los cri-

minales, y en los pueblos de su residencia estan obligados á *prevencion* á instruir diligencias tan luego como tengan noticia de la perpetracion de un delito.

Tan evidente, tan palmaria es esta verdad, que nadie se ha atrevido á ponerla en duda; y si alguna pudiera haber no obstante lo espuesto, varias Reales órdenes podríamos citar en su comprobacion, por las que se impone á los jueces la obligacion de constituirse en el lugar en donde se haya cometido un delito de cierta especie, ya por su calidad, ya por su gravedad, en el momento en que tengan noticia de su perpetracion: otras por las que se les ordena que sabedores de la consumacion de un delito grave procedan á instruir la causa correspondiente con toda actividad, y á su terminacion para que recaiga el castigo que corresponda.

Pues bien, si tales son los preceptos de las leyes, si no puede dudarse de que el Código penal castiga ciertos hechos que se perpetraran con ocasion inmediata de los actos electorales, ó infringiendo las leyes que los regularizan, y establecen los derechos de los electores, siendo competentes los jueces con exclusion de toda otra autoridad, ¿podrán y deberán estos proceder á la formacion de causa? ¿podrán y deberán perseguir á los delincuentes hasta imponerles el castigo que merezcan? Para contestar á estas preguntas en cualquier sentido sin vacilar, era menester que una ley clara y terminante hubiese dispuesto lo que debiera hacerse; pero esa ley no existe, y es preciso consultar á los principios generales para decidir la cuestion.

Tres son las opiniones que acerca de esta materia se han sostenido con calor; la una negativa, la otra afirmativa, y la otra mista de la una y de la otra. Los partidarios de la última, clasifican los delitos, distinguiéndolos por razon de la materia criminal y de sus consecuencias. Reconocen, pues, que como accidentes de los actos electorales pueden cometerse delitos comunes, v. g. homicidios, lesiones y otros semejantes; y que pueden perpetrarse otros, cuya materia sea un acto electoral, y sus consecuencias la privacion de la libertad del elector, ó el falseamiento de su resultado. Los que sostienen la primera opinion fundan su negativa en el artículo 28 de la Constitucion de 1845, segun el cual *solo el Congreso puede decidir sobre la legalidad de las elecciones*; y considerando

que el procedimiento criminal terminaria por una declaracion á lo menos virtual de la legalidad de la eleccion, opinan que para que los poderes del Estado no se invadan mutuamente sus atribuciones, es menester que los jueces no puedan proceder hasta que recaiga la resolucion del Congreso. Los partidarios de la opinion afirmativa, recurren á los principios generales anteriormente espuestos: entienden, pues, que los jueces no cumplirian con su deber, si tan luego como se pusiese en su conocimiento el delito, no procedieran á la formacion de causa.

La opinion intermedia cuenta mayor número de parciales, y parece en efecto la mas justa y conforme á los principios de derecho: sin embargo no la aceptamos tal como se espone. Esa distincion entre delitos contrarios á la eleccion y generadores de esta es oscura é indeterminada, es tan espuesta á dudas como la duda misma que se trata de esclarecer. A nuestro entender debe distinguirse entre los delitos que son parte de la eleccion, que son por decirlo así de ella misma, y los que con ocasion de las elecciones se consuman. Nos esplicaremos con mas claridad. La eleccion consiste en la ilacion de actos continuados que conducen á la manifestacion libre de la voluntad de los electores relativamente á la persona que merece su confianza para desempeñar el cargo de Diputado. Pues bien, cada uno de aquellos actos puede dar ocasion á otros que esten prohibidos por la ley, pero que por sí mismos constituyan delito, sin ser parte esencial del acto mismo electoral, porque por sí solos y con independendencia de este subsistan, ó pueden ser una parte misma con el acto electoral, y sin él no existieran: los primeros pueden influir mediatemente en la eleccion, los segundos influyen inmediatamente: aquellos no se toman en cuenta para decidir el Congreso; estos estan relacionados con la eleccion de tal modo que el Congreso debe apreciarlos para resolver. Pondremos algunos ejemplos; la muerte violenta de un elector, es un delito independiente, porque sea ó no de tal modo influyente que anule ó no la eleccion, no es una parte de ella, aunque se encamine á impedir que el elector vote: las lesiones, las violencias ejercidas con las personas se encuentran en el mismo caso; el tumulto y la perturbacion del órden público, de que tratan los artículos 196 y 197 son de la misma especie; porque son hechos accidentales independientes, y es compatible la validez de la eleccion con la cri-

minalidad. La falsedad de las listas, del escrutinio, la negativa tácita ó espresa de los jefes políticos á cumplir las providencias de las Audiencias, son delitos de la segunda especie, porque su materia son los actos electorales, y porque son una misma cosa con la eleccion.

Clasificados de este modo los delitos, fácilmente se comprende que ninguna de las dos opiniones afirmativa ó negativa puede sostenerse apoyada en sólidos fundamentos, porque si cierto es que la Administracion de justicia no debe entrometerse á decidir directa ni indirectamente en lo relativo á los asuntos electorales, no lo es menos que el Congreso tampoco debe estralimitarse de las atribuciones que le competen, y embarazar á los Tribunales el ejercicio de su ministerio: por eso somos partidarios de la tercera opinion intermedia que todo lo concilia.

En efecto, á nuestro entender son dos cosas distintas la de *proceder* en los asuntos criminales y la de *procesar* y *perseguir* á los delincuentes: esta última subsigue á la primera. Los jueces, tan luego como tengan noticia de la existencia de un hecho que se reputa criminal, deben inmediatamente proceder á la formacion de causa, con abstraccion de las personas, sin consideracion á su calidad, ni á la de la materia criminal: deben acreditar por diligencias sumarias la realidad del hecho que puede dar ocasion al castigo de sus actores, y al de los cómplices ó encubridores. Pero justificado el hecho, comienza una segunda parte del procedimiento criminal: para la primera fué preciso únicamente ejercer jurisdiccion, para continuar la segunda es menester que esta sea competente. Entonces, el juez necesita ya meditar si las personas estan bajo su jurisdiccion, porque en caso negativo debe remitir al juez que lo sea las diligencias instruidas: entonces, tiene que examinar si para dirigirse contra el criminal ha menester llenar algun otro requisito, y en caso afirmativo debe llenarle. Estas teorías resaltan á primera vista, luego que se fija la atencion en las disposiciones legales relativas al procedimiento contra los Diputados á Córtes, ó los empleados del órden administrativo por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones de su cargo: en ambos casos es necesaria la autorizacion para procesar, pero no es menester impetrarla para proceder á instruir las diligencias sumarias. La prueba de estas proposiciones se halla consignada en

las leyes: la autorizacion en ambos casos se pide, remitiendo testimonio del sumario: luego los jueces deben proceder á justificar los hechos punibles, aunque sean perpetrados por personas á las que no pueden procesar sin obtener la venia de las autoridades especiales del ramo á que pertenecen los presuntos delincuentes.

Reconocidos estos principios, supuesto que se hallan consignados en las leyes y Reales decretos, fácil es conocer su causa. Trátase de impedir que el ejercicio absoluto de las facultades que competen á los jueces, llegue hasta penetrar en la órbita de las atribuciones de los demas Poderes del Estado, y por esto se prescribe esa traba, que bien organizada, pone en armonía á los unos con los otros. Pues bien, ya que nada se halla establecido espresamente respecto á los delitos electorales, parécenos que por analogía, é identidad de razon, pudiera aceptarse la misma jurisprudencia establecida para las autorizaciones y procesamiento de los Diputados, porque de este modo ni se embarazaría la accion de los Tribunales, ni estos prejuzgarian las cuestiones que toca resolver y decidir al Congreso, ni podria darse el caso lamentable por lo escandaloso, de que, declarada la validez de unas actas, fuesen al mismo tiempo reputadas falsas; v. g., por el Tribunal que penara á los procesados.

Conforme, pues, á las observaciones que dejamos espuestas, juzgamos que pueden sentarse las reglas siguientes: 1.^a los jueces de primera instancia luego que tengan noticia por cualquier medio, ó por denuncia fiscal, ó de cualquiera persona de la perpetracion de un delito, ó en los actos de elecciones ó con ocasion de ellas, deben inmediatamente instruir el correspondiente sumario: 2.^a cuando la materia criminal no consista en un hecho que constituya parte de los actos electorales, sometidos á la apreciacion del Congreso, aunque pueda influir en la eleccion, deben continuar el procedimiento contra los presuntos delincuentes: 3.^a cuando sea uno de los actos electorales que debe apreciar el Congreso han de suspender el procedimiento, remitiéndole testimonio, hasta que recaiga la resolucion: 4.^a cuando el Congreso no estime que se infringieron las leyes, los juzgados deben sobreseer en la causa: 5.^a cuando por el contrario decida que se infringió la ley, deben los jueces continuar el juicio criminal.

Las reglas que dejamos sentadas en el párrafo anterior no se

apoyan en disposicion alguna espresa directamente promulgada para establecer jurisprudencia en los casos especiales de delitos procedentes de las elecciones: nosotros la fundamos en la interpretacion; pero como tampoco pueden citarse disposiciones legales en contrario, podremos sentar como una verdad incuestionable que de cualquier modo que hayan procedido los jueces, no pueden ser reconvenidos por los Tribunales superiores, porque por errores de opinion no cabe correccion de ninguna especie.



CUESTION DOCE.

¿Se califican los delitos de graves ó menos graves por la pena imponible en cada caso, ó por la señalada por la ley?

Al anunciar el tema que precede, parécenos oír la censura de los partidarios de la escuela jurídica moderna, sobre que nos detenemos en discutir cuestiones forjadas de propósito para llenar las columnas de nuestro *Boletín*; que nos ocupamos de nimiedades y sutilezas, según el lenguaje de los que tratan el derecho por la superficie: pero en breve vamos á patentizar que las leyes no se prestan á la libertad de estilo de que tanto se abusa en el día; que la palabra mas insignificante en una ley debe ser estudiada, analizada, y elegida para espresar una idea con propiedad, y sin consideracion á ciertas reglas de la ciencia del bien hablar, que mas que á la esencia tocan á las galas del estilo, al buen sonido de los conceptos. No, en el idioma de las leyes no se sustituye fácilmente una palabra con otra, sin esponerse á incurrir en graves errores: la confeccion de las leyes exige meditacion profunda, escrupuloso exámen de los principios y axiomas que el derecho haya reconocido, precision y propiedad esmerada en la eleccion de las voces que han de representar los conceptos.

La cuestion que vamos á discutir nos ofrece materiales abundantes para demostrar que no se han tenido presentes esas reglas, y que por una consecuencia necesaria, lógica de ese lamentable olvido será imposible resolverla, mientras tanto que no se corrijan los defectos que vamos á poner de manifiesto. Pero antes de penetrar en el fondo de la discusion, cumple á nuestro propósito probar la proposicion que dejamos sentada, porque nuestro sistema constante es el de acreditar lo que decimos.

El *artículo* 6.º del Código penal, con necesidad ó sin ella, hace una clasificacion de los delitos, diciendo: 1.º que se reputan graves los que la ley castiga con penas afflictivas; y 2.º que se reputan delitos menos graves los que la ley reprime con penas correccionales. Pues ahora bien preguntaremos, ¿es lo mismo *reprimir* que *castigar*? Si se nos contesta que no, preguntaremos de nuevo: ¿por qué usa el Código la palabra *castigar* en la definicion de los delitos graves, y la de *reprimir* en los delitos menos graves? Se nos dirá tal vez, que cuando los delitos son de cierta gravedad, la ley mas bien se propone desagraviar á la Sociedad ó al individuo ofendido por medio de la pena, que corregirle, y por el contrario cuando son menos graves, corrige mas bien que pena, y por eso usa de aquellas voces, que significan objetos distintos. Todo esto no es mas que un juego de palabras: pero suponiendo que fuese así, aquel pensamiento se esplicaria muy mal, comprendiendo bajo la palabra pena los padecimientos impuestos al delincuente, porque aunque en el órden físico sean una misma cosa, distinta tan solo por su intensidad ó duracion, en el órden social no podria decirse con propiedad que era una misma cosa aquello que tendia á fines diversos y producía efectos diferentes.

Tratando ya de la cuestion en el fondo, se nos ocurre preguntar lo primero: supuesto que el Código prefija una pena para cada especie de delito, como puede verse en el *libro* 2.º; y supuesto que el 1.º establece ciertas escalas de clasificacion y graduacion, y varias reglas de aplicacion práctica que la hacen subir ó bajar un grado ó mas, de tal modo que pasa á otra de las escalas, ¿á qué debemos atenernos para saber si el delito es grave ó menos grave, á la pena señalada para el delito, ó á la que se imponga con presencia de las reglas de aplicacion?

Se nos dirá tal vez, que es indiferente lo uno ó lo otro: que la

denominacion del delito es cosa insignificante, toda vez que sea conocida la pena imponible, porque esto es lo que interesa principalmente al que ha de sufrirla. Pero á tal contestacion, pudiéramos replicar, que si esto fuese así, que si no interesara saber la clase á que el delito correspondia, hubiera sido mejor que el Código no se entretuviera en hacer distinciones vacías de objeto. Pero, no; fácilmente demostraremos tan claro como la luz del medio dia, que importa muchísimo determinar la clase de delito que sea objeto de procedimiento; esto es si es grave ó menos grave: vamos á demostrarlo con el Código á la vista.

Dispone el artículo 480 que «el que por imprudencia temeraria ejecutase un hecho, que si mediase malicia constituiria delito *grave*, será castigado con la prision correccional; y con el arresto mayor de uno á tres meses, si constituyera un delito *menos grave*.» La simple lectura del artículo preinserto demuestra la proposicion que nos proponíamos probar, esto es, la de que en algunos casos, la clase de delito es la medida de la cantidad penal y de la calidad. ¿Cómo, pues, podrán los Tribunales señalarla en la sentencia condenatoria de un imprudente temerario, si no saben si el hecho concurriendo malicia, constituyera delito grave ó menos grave? Para saber la pena que procede contra el que comete imprudencia temeraria es necesario conocer antes á cual de aquellas dos especies pertenece el hecho penable, suponiéndole malicioso; y como en algunos casos no puede reconocerse ni determinarse aquella especie despues de la reforma del Código penal, claro es que los jueces y magistrados se verán colocados en un conflicto del que no podrán salir, sin estralimitarse de las reglas de la verdadera y lícita interpretacion. Esta última proposicion es por desgracia incontestable, evidente.

La division de los delitos en graves y menos graves no nace de la calidad de la pena imponible en un caso dado, segun las circunstancias que concurran atenuantes ó agravantes, sino de la pena con que el Código ó la ley castiga ó reprime los delitos; claro y terminante es el testo, véase el *artículo 6.º* antes citado. Si la pena señalada por la ley es aflictiva, el delito es grave; si correccional, es menos grave. Las penas segun la escala gradual, *artículo 24*, son aflictivas, correccionales ó leves, atendiendo á su denominacion específica; pertenecen á la primera clase las perpétuas, las

temporales, llamadas en contraposición á aquellas, las tituladas mayores y menores; y corresponden á la segunda las correccionales, el destierro, la sujeción á la vigilancia de la autoridad, y la reprensión pública. Otra explicación puede darse de las penas correccionales y las aflictivas que las caracteriza con más claridad: se distinguen por el tiempo de su duración; las primeras recorren el espacio de un mes á tres años inclusive, de donde no pueden pasar, y las segundas principian desde cuatro años y llegan hasta la perpetuidad y la muerte. Pues ahora bien, si para algún delito se ha sancionado una pena compuesta de dos ó parte de ellas, la una correccional y la otra aflictiva, ó lo que es lo mismo, si para un delito se señala una pena que puede recorrer desde diez y siete meses, v. g., de presidio hasta cuatro años y ocho meses, el autor de aquel atentado, ¿será reo de delito grave ó de delito menos grave? El desacato á la autoridad, y el atentado contra la misma se hallan en este caso: el hurto doméstico, el del reincidente, el de efectos sagrados y otros varios pudiéramos citar. Atendiendo al contexto literal del artículo 6.º del Código, no puede determinarse la clase á que pertenecen; son delitos mistos de graves y menos graves: son una especie desconocida por el Código penal. Importaría todo esto bien poco, si no influyera defecto tan notorio en la imposición de las penas en los casos de imprudencia, y en otros que se hallan en idénticas circunstancias; pero habiendo de atenerse á lo dispuesto por la ley, regla única que debe servir de norte á los juzgadores para arreglar sus providencias, ¿qué deberán practicar en los casos antes mencionados, cuando por falta de malicia, los hechos queden reducidos á imprudencias temerarias? Si no pueden calificarse de delitos graves siendo maliciosos por la parte que tiene la pena de correccional, ni de menos graves por la que entra en la composición de aflictiva, ¿á qué deberá atenerse el magistrado que no puede prescindir de castigar al imprudente temerario? Véase, pues, si no decíamos con razón que la duda era grave, trascendental, y de resolución imposible en el orden legal.

Cualquiera opinión que pretendiera sentarse carecería del apoyo del Código: juzgamos, pues, que es indispensable una aclaración, y que esta no puede retrasarse hasta que se reforme el Código, porque los Tribunales se verán embarazados con frecuencia, y cualquiera resolución que adopten por salir del paso, siem-

pre lleva consigo consecuencias funestas, porque además de no contar con el apoyo de una ley clara, produce el mal ejemplo de constituirse el juez en legislador.

Pero como hasta que se haga esa aclaración que deseamos ver cuanto antes realizada, los Tribunales tienen que fallar, nos limitaremos á recordar aquel principio justo, de que en caso de duda lo mas favorable al reo. En efecto, esta opinion además de su conformidad con los principios humanitarios, consignados en nuestras antiguas leyes, no obstante que en su época no se proclamaba la humanidad y la civilización tanto como en nuestro siglo, se apoya en el párrafo último del *artículo 480*, porque se previene en él que en los casos de imprudencia temeraria, los Tribunales no tienen que atenerse para imponer las penas, á las circunstancias atenuantes ni agravantes, de modo que aplicando aquellos la parte mas benigna no faltan al cumplimiento de su deber.

CUESTION TRECE.

Reformado el Código penal, ¿subsiste vigente el artículo 276?

Alguna vez hemos indicado ya que las reformas del Código ejecutadas en 1850, han dado ocasion á dudas que no se podian imaginar subsistente el primitivo. La de que vamos á ocuparnos es una de ellas: la propondremos con precision y la posible claridad.

El artículo 269 del Código primitivo decia: «*el empleado público culpable de connivencia en la evasion de un preso, cuya conduccion ó custodia le estuviere confiada, será castigado: 1.º en el caso de que el fugitivo se hallase condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior en dos grados, y la de inhabilitacion perpétua especial: 2.º en la pena inferior en tres grados á la señalada por la ley al delito por el cual se halle procesado el fugitivo, si no se le hubiese condenado por ejecutoria, y en la de inhabilitacion especial temporal.*» En los mismos términos se halla concebido el artículo 276 del Código despues de la reforma, de modo que si á ellos solos hubiese que atender para decidir en casos dados ninguna dificultad pudiera ocurrirse.

Pero el artículo 14 del Código reformado, dió margen á la duda que nos proponemos resolver. Dice el artículo 14 primitivo. «*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 á su ejecucion de alguno de los modos siguientes..... 3.º albergando ú ocultando al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes..... 1.ª la de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.» El mismo artículo 14 reformado, en la parte referente á la cuestion se halla concebido en los términos siguientes: «*Son encubridores..... 3.º albergando, ocultando, ó proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª la de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.»*

Comparado el artículo de la reforma con el antiguo 269, y el nuevo 276 aparece que, constituyendo en el dia encubrimiento la proteccion de la fuga del culpable, cuando interviene abuso de funciones públicas, no puede el empleado incurrir en delito de infidelidad por connivencia, ó viceversa que si se le reputa reo como autor de este mismo delito, no puede ser encubridor del perpetrado por el reo protegido. Tal vez discurremos con inexactitud; pero no es difícil comprender que *proporcionar la fuga* y ser connivente en la evasion es una misma cosa, y como acciones idénticas no pueden ser materia de dos distintos delitos, quiere decir que uno solo de los dos artículos debe subsistir en su fuerza y vigor: porque no se concibe, que permaneciendo ambos vigentes, hubiera de imponerse por un solo hecho la pena señalada en cada uno de aquellos artículos.

Robustece la observacion espuesta, deducida del contesto literal de los artículos del Código, otra no menos poderosa que se apoya en los principios fundamentales, determinantes de la regularidad de las penas. La procedente, segun el artículo 14, combinado con el 64, es la inferior en dos grados á la señalada por la ley para los autores del delito perpetrado por el encubierto; y la imponible, segun el artículo 276, es la inferior en dos grados á la impuesta al reo fugitivo, ó la inferior en tres á la señalada para el delito cometido por aquel, cuando todavía no hubiese sido condenado al fugarse por sentencia ejecutoriada: y en ambos casos con la pena de inhabilitacion, si bien en el primero absoluta perpétua y en el segundo temporal. Nótase, pues, que si permanecie-

se vigente el artículo 276 se incurriera en la anomalía, de que reos, que debieran ser considerados como autores de delito, sufrirían pena menor que otros que fueran encubridores del mismo, acaso siendo mas grave la criminalidad de estos últimos por razon de las circunstancias concurrentes; porque como se deja conocer, el encubridor sin distincion de casos incurre siempre en la misma pena, supuesto que hállese ó no sentenciado el reo principal fugado, al que le encubre con abuso de funciones públicas, se le condena en la pena inferior en dos grados á la señalada para aquel y en el caso de que se le juzgue por el artículo 276, si todavía no ha sido sentenciado ejecutoriamente, se le impone la pena en tres grados inferior.

Sin embargo de que reconocemos la fuerza de las observaciones espuestas, juzgamos que pueden considerarse vigentes ambos artículos, con aplicacion á distintas acciones criminales, si bien somos de opinion de que no puede justificarse la subsistencia del artículo 276, reformado como ha sido el 14. Es encubridor el que proporciona la fuga al preso abusando de funciones públicas, y es autor de infidelidad en la custodia de los presos el empleado connivente á quien estaba encomendada la *custodia* del que se fuga. Así únicamente pueden señalarse los límites de cada uno de los delitos; así tan solo pueden determinarse las propiedades esenciales características de cada uno de ellos, y hacerse notar las diferencias. Todo abuso de funciones públicas induce encubrimiento, si aquel se emplea en proporcionar la fuga á un preso; pero cuando el abuso se comete con los encargados á la custodia de un empleado, entonces incurre este en delito de infidelidad: solo existe esta cuando se exige confianza.

Así esplicados los artículos del Código interpretando estrictamente su literal contesto, para salvar toda contradiccion siempre desfavorable al mérito de las leyes, juzgamos sin embargo que al reformarle definitivamente conviniera que uno de los dos artículos desapareciera para evitar la desproporcion de las penas que tiene que resultar necesariamente en muchos casos.

CUESTION CATORCE.

¿Son siempre y para todos los delitos circunstancias atenuantes las comprendidas en el artículo 8.º del Código penal, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal en los casos respectivos?

La pregunta que nos hacemos parece que no debe ofrecer dificultad alguna para su contestacion, porque el artículo 9.º del Código penal dice terminantemente que son circunstancias atenuantes, «las espresadas en el anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.» Esta regla general, absoluta, ó excluye toda excepcion ó dejará de serlo: veamos, pues, cual de los dos extremos es el cierto, el que ha de tenerse presente para la aplicacion de las reglas que sancionan los artículos 70 y siguientes. Al efecto será menester que discurremos sobre los principios y condiciones que constituyen las circunstancias eximentes de responsabilidad, enumeradas en el artículo 8.º, y de las atenuantes que espresa el 9.º

El Código penal, con mas ó menos propiedad y exactitud, ha clasificado las circunstancias que pueden concurrir á la perpetracion de los delitos en eximentes, atenuantes, ó agravantes; las primeras libran al autor de la accion penada por la ley de toda

pena; las segundas atenuan la cantidad imponible, y las terceras la agravan. La indicacion de estos efectos legales de las circunstancias prueba claramente, ó que debe existir un término medio entre la irresponsabilidad y la responsabilidad en solo la graduacion atenuante, ó que la falta de ese término medio induce injusticia, ó que la clasificacion es viciosa. En efecto, si existió un delito, ninguna circunstancia puede salvar de toda responsabilidad, porque no se concibe que con justicia deje de castigarse al que delinquiró. Donde hay delito, hay imputacion, y al lado de esta se halla la pena: podrá esta ser mayor ó menor, pero alguna es indispensable. En la *Cuestion segunda*, página 23, indicamos ya nuestra opinion en esta materia, manifestando que la denominacion de circunstancias eximentes de responsabilidad no la consideráramos acertada, ni representante del verdadero pensamiento del Código.

Como quiera que esto sea, lo cierto es que, tratándose no de la delincuencia sino de la responsabilidad, el Código enumera ciertas circunstancias que salvan de toda pena, cuando concurren en ellas todos los requisitos que aquel exige; y es asimismo una verdad que el artículo 9.º establece, que cuando falte alguno de aquellos, la responsabilidad existe pero en menor escala, esto es, es atenuada la pena. Pues ahora bien, siempre que falta ese requisito, ¿produce la circunstancia el solo efecto de atenuar la pena? ¿No puede acontecer que ya que no exima de penalidad por este defecto, exima de delincuencia? ¿No puede suceder que convierta en imprudencia lo que en otro caso fuera delito?

Para contestar estas preguntas conforme á la opinion que profesamos, menester es que preceda una breve explicacion de lo que entendemos por requisitos, y sus especies. Es cosa sabida que no todas las partes que constituyen un hecho son de igual naturaleza; unas son esenciales, de tal modo que sin ellas no puede existir; otras son accidentales, pero calificativas; otras indiferentes, porque nada influyen en su mérito ó demérito. Aplicadas estas teorías á los delitos, diremos que son sus partes esenciales: 1.^a la ejecucion material; 2.^a la prohibicion penal del hecho; 3.^a la voluntad; 4.^a la libertad, y 5.^a la intencion maliciosa. Reconocidas estas partes como esenciales del delito, forzoso es convenir en que la concurrencia simultánea es indispensable para su existencia, porque ninguna cosa puede subsistir sin sus elementos vitales.

Conocidos ya los requisitos esenciales, fácilmente se concibe que cada uno de ellos puede recibir modificaciones de diferente género, que influyan en los grados de criminalidad: al hecho material pueden acompañar circunstancias ó partes del hecho, que resulta de la combinacion de las acciones, que no tan solo agraven la culpa sino que la conviertan en una nueva especie; así acontece en el hurto y robo; así en el homicidio premeditado y alevoso: porque tal es el valor que da la ley á esas partes que acompañan al hecho material de tomar lo ageno, que sancionan una pena especial para castigarlo. Otro tanto acontece con la intencion, susceptible de modificaciones por el fin que se propone: lo mismo ocurre con la voluntad y la libertad. Pero cuando esos requisitos accidentales no se convierten en sustanciales de modo que constituyan un delito especial, su falta tampoco eximirá de responsabilidad, porque lo que concurriendo no cambia la esencia de las cosas, faltando tampoco la modifica: mas sin embargo pueden producir su efecto atenuando ó agravando la pena.

De las teorías que acabamos de sentar se infiere claramente, que el requisito, cuya falta reconoce el artículo 9.º como título suficiente para convertir la circunstancia de eximente en atenuante, debe ser tal que no haga variar la esencia de la circunstancia que le requiere, porque en otro caso se incurriria en injusticia. Nos explicaremos con mas claridad. Las circunstancias eximentes son todas negativas de las partes esenciales para incurrir en imputacion y responsabilidad, las circunstancias atenuantes por el contrario presuponen la existencia de todos los requisitos ó partes esenciales para incurrir en delincuencia y responsabilidad; únicamente modifican el valor de esos requisitos en los grados de la imputacion, porque disminuyendo los grados de voluntariedad, la voluntad existe, pero no en todo su vigor; porque disminuyendo la libertad, ó la intencion descender á justamente la gravedad ordinaria de la culpa y debe disminuirse la de la pena.

De cuanto dejamos espuesto se infieren doctrinas de sumo interés para la recta administracion de la justicia. Dedúcese en primer lugar, 1.º que la regla que establece el artículo 9.º en su número 1.º, presupone la existencia de cuantos requisitos son menester para incurrir en responsabilidad criminal; 2.º que los requisitos de cuya falta hace mencion, son de los que combinados forman

el todo que produce la circunstancia eximente; 3.º que aquellas circunstancias eximentes que por su naturaleza no admiten modificaciones sin variar de esencia, no están comprendidas en el caso del artículo 9.º La importancia de estas deducciones se acreditará con ejemplos.

Respecto á la primera puede citarse la circunstancia eximente 4.ª, artículo 8.º: se declara por ella esento de responsabilidad al que obra en defensa de su persona ó derechos; pero concurriendo las siguientes condiciones ó requisitos: 1.º agresion ilegítima; 2.º necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla; 3.º falta de provocacion suficiente por parte del que se defiende. Pues bien, puede acontecer que el medio de defensa no sea racionalmente necesario, y que mate el que se defiende al agresor por haber usado un arma que produjo la muerte. En este caso creemos que el agredido no debe ser de peor condicion que el agresor: creemos que debe averiguarse si el uso del medio fué imprudente tan solo ó intencional: cuando el que se defiende traspasa los límites de la prudencia, pero sin intencion maliciosa, la falta del requisito consistente en usar de un medio racionalmente necesario, no será ocasion de que la circunstancia eximente se convierta en atenuante, porque donde no hubo delito, por la falta del requisito esencial consistente en la intencion, no cabe la atenuacion de la responsabilidad, solo sí la imposicion de la pena de la imprudencia. Estas teorías son aplicables á todas las demas circunstancias eximentes susceptibles de modificacion, como lo son las 5.ª, 6.ª y otras semejantes.

La segunda regla parecerá sutil y confusa á primera vista, pero fácilmente se comprende. Así como la voluntad, la libertad y la malicia son ordinariamente los requisitos que reunidos producen la responsabilidad criminal, así por el contrario la falta de cualquiera de ellos produce la exencion de aquella como delito: pero como la existencia de la accion presupone la de la voluntad, de la libertad y de la intencion, es forzoso que ciertos requisitos acrediten la ausencia de cualquiera de aquellas cualidades esenciales. La fuerza, y el miedo, v. g., estorban el ejercicio de la libertad, cuando concurren los requisitos de ser aquella irresistible ó este insuperable. Pues bien, cuando esto acontece, en realidad no se delinque: y por eso segun el Código no se incurre en responsabili-

dad; mas si es posible resistir la fuerza ó superar el miedo y con conocimiento de esto se delinque, la exencion del otro caso en este se convierte en agravacion; pero cuando sin meditar en si es ó no posible resistir ó superar, como que es patente que no concurre malicia, el hecho degenera en imprudencia temeraria. Las circunstancias 8.^a, 9.^a, 10, 11, 12 y 13 se presentarán con frecuencia bajo estas tres distintas formas.

La última regla tiene aplicacion á todos los casos en que la exencion consiste en la incapacidad para delinquir por razon de las facultades intelectuales. El loco, el demente, el menor de doce años, el idiota y el fátuo (de los cuales no hace mencion el Código, pero que sin la menor duda son criminalmente irresponsables), se hallan en el caso de que tratamos. No cabe medio, ó el actor es loco ó demente, ó no lo es; el menor ó tiene ó no nueve años, no media espacio alguno entre estos y los diez. Lo mismo decimos de los mayores de nueve y menores de quince: una de dos, ú obran ó no con discernimiento. Respecto á estas circunstancias, no tiene aplicacion el artículo 9.^o

Las observaciones que dejamos espuestas demuestran claramente que la regla sentada en el artículo 9.^o, circunstancia 1.^a, es demasiado absoluta; deduciéndose de todo que la pregunta que nos hicimos en el principio debe contestarse en sentido negativo, ó lo que es lo mismo, que debe modificarse al tenor de las reglas que dejamos esplicadas. La imprudencia temeraria siempre necesita tenerse presente para calificar las acciones con arreglo á los justos principios de jurisprudencia penal.

CUESTION QUINCE.

Las circunstancias agravantes que enumera el artículo 10 del Código penal, ¿producen siempre el mismo efecto de aumentar el grado de pena imponible dentro del período legal de la duración de este?

No es ciertamente una cuestión difícil de decidir la que proponemos: visto el epígrafe del libro 1.º, título 1.º, capítulo 4.º del Código, y consultados los artículos 70 y siguientes, parece que no cabe duda sobre que las circunstancias que enumera el artículo 10 son agravantes, y que por este concepto aumentarán el grado de criminalidad, para que se imponga pena mayor, pero dentro de los límites de la duración de la pena señalada. Sin embargo, esto que parece una verdad, porque está escrita en el Código, no lo es en la realidad: las circunstancias enumeradas en el artículo 10 no lo son siempre, porque aunque aumentan la gravedad del delito, ó mas bien la criminalidad, sus efectos llegan mas allá del accidental de agravación: es tal el poder de la circunstancia, que convierte el hecho al que concurre, en un delito *sui generis*, al que el Código

señala una pena especial. Vamos á emitir nuestra opinion sobre esta materia, porque como fundamental de muchas disposiciones del Código, juzgamos conveniente que sea conocida con toda exactitud, supuesto que la interpretacion en los casos dudosos solo es fácil cuando son evidentes las bases sobre las cuales descansa el edificio que forman las leyes organizadas.

Los hechos que sucesivamente enumera el artículo 10, se apellidan circunstancias agravantes, pero si bien conservan siempre esta última condicion, pierden muchas veces aquel carácter, porque dejan de ser circunstancias. En efecto, el exámen del Código penal en todas sus partes y en todos sus artículos demuestra, que unos mismos hechos citados en el artículo 10, constituyen á las veces un delito especial por sí mismos, y que otras finalmente no son una parte esencial del delito al que acompañan ó pueden dejar de acompañar. ¿Cómo, pues, podrá decirse que un hecho cualquiera es circunstancia de otro penado por la ley, cuando por sí mismo con independendencia de aquel ha merecido la sancion penal? ¿Cómo se dirá que es circunstancia aquel hecho que acompaña á otro, pero que es de tal influencia en la graduacion de la criminalidad, que eleva la pena imponible á un grado mas alto en la escala de la penalidad? Siempre que el hecho enumerado en el artículo 10, lleva consigo una pena especial por cualquiera de los dos conceptos espresados, deja de ser circunstancia, es una parte esencial de la materia criminal y sus efectos corresponden á esta.

Sentadas estas diferencias visiblemente influyentes en las reglas prácticas de aplicacion de las penas, nuestros lectores no recibirán mal que específicamente enumeremos las circunstancias que comprende el artículo 10, bajo esa division trimembre que reseñamos en el párrafo anterior.

Son circunstancias agravantes esencialmente y nunca constituyen delito especial: 1.^a la ejecucion del delito por medio de inundacion; 2.^a el uso de medios ó la concurrencia de circunstancias que añaden la ignominia á los efectos propios del hecho; 3.^a la ejecucion del delito con ocasion de incendio ú otra calamidad ó desgracia; 4.^a la perpetracion del delito en despoblado, ó de noche por voluntad del delincuente; 5.^a la de haber sido castigado anteriormente por delito á que la ley señale igual ó mayor pena; 6.^a la

de obrar en ofensa ó desprecio del respeto que por la dignidad, edad ó sexo mereciese el ofendido, ó en su morada cuando él no haya provocado el suceso; 7.^a el uso de armas prohibidas por reglamentos; 8.^a cualquiera otra circunstancia igual en su entidad ó por analogía á las interiores.

Son circunstancias agravantes que constituyen delito especial por su propia esencia: 1.^a la ejecucion del delito por medio del incendio; 2.^a la ejecucion de un delito como medio de perpetrar otro, siempre que este segundo no se consume; 3.^a la ejecucion del delito en desprecio ú ofensa de la autoridad pública; 4.^a la ejecucion de un hecho lícito por precio ó promesa, *artículo 314*.

Son circunstancias agravantes que pueden constituir un delito especial dentro de los de su clase, pero que tambien pueden ser meras circunstancias: 1.^a la de ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano ó afin en los mismos grados del ofensor. Esta circunstancia en el homicidio y en las lesiones corporales constituye los delitos especiales de que tratan los artículos 332, 343, número 2.^o, párrafo 2.^o y 348; el de infanticidio artículo 336 y el de estupro, artículos 366 y 373: 2.^a la de ejecutar el hecho con alevosía, esto es á traicion ó sobre seguro: esta circunstancia constituye el homicidio especial penado por el artículo 333, número 1.^o; 3.^a la de premeditacion conocida: esta circunstancia constituye el homicidio especial penado por los artículos 332 y 333, número 1.^o; 4.^a la de haber cometido el delito mediando precio, recompensa ó promesa. Esta circunstancia constituye el homicidio especial, artículo 333, número 1.^o, ó el de cohecho, artículos 314 y siguientes cuando se ejecuta por un empleado; 5.^a la de ejecutar el delito por medio de veneno ó inundacion ó incendio, porque constituye el delito que pena el artículo 333, número 1.^o; 6.^a la de aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecucion: esta circunstancia puede convertirse en ensañamiento, y constituirá el delito del artículo 333, número 1.^o; 7.^a el uso de astucia, fraude ó disfraz, porque puede constituir la estafa de que tratan los artículos 449 y siguientes; 8.^a el abuso de superioridad, ó el uso de medios que debiliten la defensa, porque pueden convertirse en alevosía; 9.^a el abuso de confianza, la cual puede constituir el delito de hurto especial, artículo 439, ó el de estupro, ó violacion

:

ó raptó, artículos 366 y 373; 10.^a la de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, porque puede convertirse en uno de los delitos que son peculiares de los empleados, artículos 362 y siguientes; 11.^a la de ejecutar el delito con auxilio de gente armada ó de personas que aseguren la impunidad ó la proporcionen, porque estos medios de ejecucion constituyen el delito de robo con violencia, el de alevosía en el homicidio, el de allanamiento de morada con violencia, el de sedicion y rebelion; 12.^a la de ser reincidente en delito de la misma especie, porque en el robo causa el delito de que trata el artículo 431, número 5.º, párrafo 2.º, y en el hurto el que castiga el artículo 439; 13.^a la de cometer el delito en lugar sagrado inmune ó donde la autoridad pública se halla ejerciendo sus funciones: esta circunstancia puede envolver un delito especial contra la religion, ó un atentado ó desacato contra la autoridad, ó un robo especial, artículos 431, 432 y 435; 14.^a la de fractura ó escalamiento en lugar sagrado puede ser un robo comprendido en los artículos antes citados.

Las esplicaciones y clasificaciones que preceden naturalmente conducen á la solucion de la dificultad, que ha podido sustentarse por mala inteligencia de las disposiciones del Código penal. Reconocidos tres extremos independientes de la malicia esencial de las acciones, el de atenuacion, el de indiferencia y el de agravacion, claro es que cuando los hechos que cuenta el Código como circunstancias, se elevan á la categoría de esenciales, no pudiera justamente la influencia de estos en la penalidad limitarse á un simple paso en la graduacion de la pena señalada: ó apreciarse bajo el doble concepto de circunstancia y de esencia, y servir al mismo tiempo para justificar la sancion penal que eleva el hecho á un delito especial, y le señala una pena propia y peculiar, y al mismo tiempo para agravar dentro de esta misma pena, de modo que fuera procedente el grado máximo.

De los principios hasta aquí sentados se infiere inmediatamente, que no puede sentarse como proposicion absoluta, que las circunstancias que como agravantes enumera el artículo 10 del Código, producen siempre el único efecto de aumentar el grado de pena imponible dentro del período legal de su duracion, sino que únicamente producen este efecto, cuando por sí no constituyen un delito que no es medio necesario de consumir otro ó

cuando no producen delito penado con una pena especial. En el caso de que conserven el carácter de circunstancias agravantes producirán los efectos que determinan los artículos 74 y 75: cuando por cualquiera de los dos conceptos expresados pierden aquel carácter, no se estimarán para la graduación de la pena.

La doctrina que dejamos sentada es precisamente la que establece el artículo 68 del Código penal; la cual lo mismo es aplicable al caso en que la circunstancia agravante constituya un delito especialmente penado, que á los en que sea de tal modo inherente al delito que sin su consecuencia no pudiera perpetrarse.

CUESTION DIEZ Y SEIS.

Conforme á la jurisprudencia criminal vigente, ¿ se reputa el homicidio alevoso, mientras no se pruebe lo contrario?

No hubiéramos fijado nuestra atencion sobre la duda que acabamos de anunciar, si un asunto grave, y las observaciones de personas ilustradas que llevan la opinion negativa no nos hubieran sorprendido con razonamientos que importa desentrañar. De resolver y decidir en uno ú otro sentido la dificultad, depende que el patíbulo se levante con frecuencia, porque la muerte sería la pena ordinaria del homicidio, ó que esta incomparable pena se economice demasiado, sustituida por la reclusion temporal. Esta sola indicacion justificará nuestro propósito de desentrañar y analizar la cuestion, aunque sea á riesgo de parecer difusos.

Para decidir cualquiera cuestion criminal la primera ley que debe consultarse es el Código vigente. Pues bien, este, en el *artículo 10*, declara la alevosía á circunstancia agravante, y en varios artículos del *libro segundo*, la da mayor valor, porque constituye algunos hechos, de los en que concurre en delitos especiales, *artículo 333, número 1.º* La alevosía, pues, aplicada al homicidio no es circunstancia agravante, porque pierde aquel carácter accidental, tan luego como se convierte en una parte tan esencial del delito que produce la sancion de una pena especial.

No se limita el Código, como suele por sistema, á enumerar la alevosía entre las circunstancias agravantes; la describe también, y esto importa mucho para nuestro objeto. Ya el Código primitivo la habia definido; decia en el *artículo 10* que habia de entenderse ejecutado el delito con alevosía, cuando se obrara *á traicion y sobre seguro*. El Código reformado, con cambiar una sola palabra, causó una novedad de infinita trascendencia: ya desde la reforma no se exigen copulativamente la traicion y la seguridad, cualquiera de los dos casos produce el mismo efecto: mata con alevosía el que hiere *á traicion*, lo mismo que el que hiere *sobre seguro*. Segun el Código primitivo la pena de muerte se economizaba extraordinariamente; desde el Código reformado la pena capital tiene que ser mucho mas frecuente. Esta deferencia exige un minucioso y concienzudo exámen de la materia; hace necesaria una esplicacion precisa, clara é indudable de las cualidades características de la alevosía, porque la distancia que media entre la muerte y la vida, requiere que se medite mucho acerca de las bases sobre las que ha de fundarse una sentencia condenatoria.

El Código vigente se limita á prefijar las dos cualidades que disyuntivamente han de concurrir para que exista la alevosía: la traicion, ó la seguridad. ¿Y qué es traicion? preguntamos, ¿cuándo se obra sobre seguro? En ninguna de las partes del Código encontramos la esplicacion de estas palabras, porque si bien reconoce un delito que lleva el nombre específico de *traicion*, no puede aplicarse su significado á la *traicion* como ocasional de la alevosía. En este conflicto, tampoco puede recurrirse á la significacion gramatical de las palabras, porque la jurisprudencia usa de ellas en un sentido técnico, especial, que no suele convenir con el que las da el uso comun. En esta situacion no cabe otro medio mas que el de consultar á las leyes antiguas, que aunque derogadas en cuanto á la penalidad, deben servir como libros de enseñanza en la parte científica que no esté en discordancia con el derecho moderno.

La traicion fué descrita en las leyes por consideraciones filosóficas que dejan conocer el espíritu predominante en la época de su promulgacion: reputada aquella como un atentado contra la Real persona, se pinta con los mas negros colores; es la cosa mas vil y la peor que puede caer en el corazon del hombre, dice la *ley 1.^a*,

título 2.º, Partida 7.ª; de ella nacen tres cosas contrarias á la lealtad, continúa esta ley, á saber, *tuerto, mentira é vileza*: y definiendo mas adelante la traicion dice, «*ca tan grande es la vileza, é la maldad de los omes de mala ventura, que tal yerro facen, que non se atreven á tomar venganza de otra quiza de los que mal quieren, si non encubiertamente é con engaños. É traicion tanto quiere decir, como traer un ome á otro, so semejanza de bien á mal; é es maldad que tira de sí la lealtad del corazon del ome.*» Todas las frases de que se vale la ley de Partida, indican evidentemente el carácter específico de la traicion: no estriba, pues, en los medios ejecutivos, no nace de las acciones externas consideradas en sí mismas; la traicion consiste en un sentimiento, cualquiera que sean los recursos que se utilicen para llevar á cabo un proyecto concebido por medios insidiosos, encubiertos bajo el velo pérfido del engaño; el encubrimiento de los medios y el engaño en cuanto al objeto, son los caracteres que describen la traicion. Podrá el traidor matar cara á cara, podrá el ladron robar por medios ostensibles y violentos, pero será reputado tal siempre que para colocarse en situacion de ejecutar su malvado proyecto se haya valido del engaño: el que v. g., bajo el pretesto de cazar lleva á otro á un bosque en donde le obliga á reñir, obra á traicion, porque encubiertamente y con engaños le condujo al lugar preparado para consumir una venganza.

Esa misma ley de Partida enumera hasta catorce casos de traicion, en los cuales no siempre predominan por cierto como elemento principal el engaño, la mentira ni el tuerto ó sea la semejanza de bien á mal: pero á su conclusion declara que esos mismos hechos que ejecutados contra el Rey se califican de traicion, en cuanto á los particulares constituyen alevosía.

Comparados, pues, el principio y el fin de la ley mencionada se descubre cierta diferencia entre la alevosía y la traicion, al mismo tiempo que á esta se atribuyen las cualidades que constituyen aquella.

Tambien las leyes del Fuero Real hicieron distincion entre la traicion y la alevosía, si bien no determinaron las cualidades características esenciales de cada uno de estos medios de delinquir. Que esa diferencia se reconocia es evidente, supuesto que la *ley 2.ª, título 17, libro 4.º del Fuero Real tratándose de la confiscacion*

de los bienes del homicida prescribe *que todo lo del traydor ayalo el Rey, é del alevoso aya la meytad el Rey, é la meytad sus herederos.*

Las leyes recopiladas se esplicaron con alguna mas claridad: la 2.^a del título 21, libro 12: de la *Novísima Recopilacion* despues de copiar en su primera parte la del Fuero antes citada, dice: *y todo hombre que ficiere muerte segura, cae en caso de aleve, y la mitad de sus bienes pertenesce á nuestra Cámara: y toda muerte se dice segura, salvo aquella que fuere fecha en pelea, ó en guerra, ó en riña.* Esta parte final de la ley al parecer fija una regla general y una escepcion; esta última parte por la especialidad de los casos que determina hace conocer á aquella: toda muerte que no se haga en pelea, en guerra ó en riña es alevosa, y por esto comprenden algunos jurisconsultos que siempre que de autos no resulte probada una de esas tres causas productoras de la escepcion, debe prevalecer la regla general y reputarse al reo autor de homicidio perpetrado con alevosía.

No carece en verdad de fundamento esta opinion, si ademas de la ley citada se consulta la 1.^a, título 42, libro 12 de la *Novísima Recopilacion*. *Los perdones generales ó especiales, dice, que nos hacemos, se entiendan de todos los meleficios que fueren cometidos ó perpetrados (salvo aleve, ó traicion, ó muerte segura), y perdonando los enemigos... y en los perdones que ficiéramos, muerte segura se entiende la que fue fecha en tregua ó seguridad puesta por nos ó por nuestra carta otorgada por la parte: y que toda muerte se dice ser segura, salvo la que se probase que fué peleada.* No se limitó ya el ordenamiento de Alcalá (ley 1.^a, título 27), á definir la muerte segura; no espresó doctrinas descriptivas de las condiciones características de las diversas especies de homicidio, sino que despues de declarar muerte segura la que se ejecuta en tregua ó seguridad, dada por el Rey ó por carta otorgada por la parte, ampliando la descripcion y tocando los medios de justificar los caracteres distintivos de los homicidios, declara tambien que, sino se prueba la pelea, *la muerte es segura* en el concepto legal: luego la presuncion de derecho es, la de que el homicidio es aleve, sino se prueba lo contrario, sino se acredita que se ejecutó en riña, porque la seguridad que la ley presume es una de las circunstancias que constituyen la alevosía.

Respetamos ciertamente en mucho la autoridad de las leyes recopiladas, ya que no como obligatorias y vigentes, al menos como cuerpo de doctrina, adonde debemos recurrir á consultar la significacion de las palabras en su sentido jurídico. Entre el diccionario de la Academia, como mas autorizado, y los Códigos que han regido entre nosotros, sin vacilar elegimos á estos como mas dignos de crédito y fuerza legal, pero no por eso deferiremos siempre ciegamente á sus doctrinas; porque mas de una vez estarán en oposicion con los principios que sirven de base al Código vigente. En la cuestion propuesta no estamos conformes con la opinion que se funda en los textos mencionados de nuestras antiguas leyes, ya porque juzgamos que no se las interpreta con exactitud, ya porque, aunque se las interpretara, no pudieran aplicarse sin dificultad al caso de que tratamos.

Supuesto que las leyes deben ser conformes á los preceptos de la justicia, y esta ordena que las acciones del hombre se aprecien por el órden comun de obrar, concíbese que la alevosía únicamente podrá estimarse como condicion ordinaria del homicidio, cuando se patentice que el hombre no hiere, no ofende á su adversario sino cuando con seguridad de que puede herir, cuando impunemente ofende á su enemigo. No son en verdad estas ideas tan claras, tan patentees que no pudiera incurrirse en error al aplicarlas: merecen alguna mas lata esplicacion. La voluntad en el obrar es una condicion ordinaria de las acciones humanas; la libertad lo es igualmente y la intencion se encuentra en el mismo caso, por las razones que espusimos en la *Cuestion tercera*: pero la traicion, la alevosía, el ensañamiento y las demas circunstancias que se titulan agravantes son accidentales, no forman un cuerpo, por decirlo así, con la materia criminal, por mas que en algunos casos sea tanto su valor que alcance á modificar la pena. Pues bien, el Código podrá reputar concurrentes todas aquellas propiedades que ordinariamente van unidas á la accion, que se presumen con fundamento sin mas que por la existencia del hecho; pero aquellas otras circunstancias accidentales, calificativas de las acciones nunca se pueden presumir con justicia; es menester que se prueben para que sean ciertas. Acaso nuestras ideas en el asunto de que tratamos parezcan sutiles ó exageradas, pero son una verdad.

La razon por otra parte, ese principio regulador que consti-

tuye la conciencia, acusaría también al legislador que aceptara la opinión que combatimos. ¿Por qué en el caso del mal ha de presumirse causado el peor? ¿Por qué en la duda del mérito de las acciones ha de considerarse al hombre colocado en el terreno más pernicioso, más inmoral y atentatorio á los derechos de un tercero? Es menester no confundir la seguridad como medio de acción de la seguridad como excepción, si así nos es lícito explicarnos. Nada más natural que el que cualquiera que pretende obrar, aproveche los medios de salvarse de los riesgos que lleve consigo la acción; pero es al mismo tiempo cierto que esas mismas precauciones, no se toman siempre para obrar. Por eso, pues, siguiendo las reglas de apreciación antes sentadas, podrá decirse sin injusticia, que el que hiera se presume que obra con voluntad, con libertad y con intención; pero solo se juzga que procedió con malicia respecto á las circunstancias especiales calificativas cuando se prueba que obró con conocimiento de ellas. Supóngase, por ejemplo, que, provocándose una disputa entre dos, vienen por último á las manos, y en el calor de la pelea el uno de ellos que se encuentra armado hiera al otro y le mata, ¿se dirá por ventura que procedió con alevosía? Tal vez se nos conteste que nó, porque mató en pelea, caso único en que la ley Recopilada declara que no es la muerte segura: también nosotros diremos que no; pero será porque el homicida no contaba con la indefensión del contrario para matarle, porque la seguridad no fué preparada ni aceptada por él, fué una casualidad que no se aprovechó para consumar el delito. También cuando se mata en pelea cabe seguridad en la muerte y alevosía: en pelea matan seis que hieren al que provoca y acomete, pero no dejará por esto de ser alevoso el matador.

Supuesto que atendiendo á los principios reguladores de las acciones humanas, la circunstancia de la seguridad ha de tomarse de la acción impulsiva, no de las consecuencias; y ha de emanar ó de la preparación ó de la aceptación del estado de indefensión conocido para el agresor; veamos ya si las leyes Recopiladas, que se citan como autoridades para interpretar, se oponen á la opinión que dejamos sentada.

La ley 2.^a del título 21, no dice en verdad que toda muerte segura sea alevosa: dice sí que el que cometiere muerte segura *cae en caso de aleve*, lo cual equivale á decir, que para los efectos

:

penales de que hace mencion la ley del *Fuero Real* transcrita en la Recopilada, la seguridad produce los mismos efectos que la alevosía. Si la muerte segura segun estas leyes constituyera alevosía, no caería en caso de aleve el homicida sino que sería *autor de muerte alevosa*.

Mas favorable es sin duda á la opinion contraria la ley citada del título 42, libro 12: en ella parece que se trató de resolver espresamente la cuestion que discutimos; no se define en ella la muerte segura tan solo; siéntase como principio, que ha de servir de regla para la calificacion del homicidio, la *presuncion* de la seguridad, toda vez que no se pruebe la pelea entre el matador y la víctima: se dice muerte segura *la que no se probase que fué peleada*, y como que hoy es reo de homicidio con alevosía el que mata *sobre seguro*, quiere decir que la presuncion legal es favorable á la alevosía, ó lo que es lo mismo, que mientras no pruebe el acusado que fué la muerte *peleada* debe ser castigado como homicida alevoso.

Ciertamente que el argumento es apremiante y severamente lógico: las premisas y la consecuencia estan en íntima relacion, de tal modo que sin negar alguna de ellas como falsa, no puede negarse el consiguiente: pero aquí necesitamos hacer notar la diferencia que observamos entre las disposiciones de nuestras antiguas leyes Recopiladas y las del Código penal, para demostrar lo que antes dijimos con respecto á las circunstancias. La ley Recopilada califica el homicidio con presencia de las costumbres de la época; define la *muerte segura* con relacion á un caso dado, al de tregua concedida al que podia ser muerto como enemigo, segun las leyes entonces vigentes: no refiriéndose al que en general mataba con seguridad, sino al que mataba al enemigo en los casos dados de tregua ó seguridad puesta por el Rey, ó por carta otorgada por la parte: entonces se presumia la muerte segura, á menos que el que sin mediar la tregua ó seguridad pudiera matar, probase que habia muerto á su enemigo en pelea. Cómprendese bien la causa de esta presuncion legal: en la tregua ó seguridad, el ofendido tenia obligacion de respetarlas; su espada debia permanecer envainada por respeto á la ley, y por lo mismo cuando el enemigo aparecia muerto, presumia aquella contra el adversario, mientras no probase el duelo que ella autorizaba. Pero esta

disposicion, aunque injustificable, fundada en una circunstancia especial, no podia hacerse estensiva á todos los demas casos de muerte segura, ni menos á la alevosía.

A mas de esto no debe perderse de vista el objeto que se propuso la ley enunciada del *título 42*, porque para interpretar, deben tenerse en cuenta todas cuantas circunstancias puedan contribuir á dar á conocer la justicia esencial de las leyes. No se propuso la referida calificar el homicidio para los efectos de la penalidad: no es tampoco una ley especial que se promulgara para establecer reglas ó principios relativos á ese grave delito: la *ley primera del título 42*, tuvo por objeto declarar la inteligencia que debia darse á los indultos generales ó especiales que se concedan, y con relacion á estos y solo para este fin, esto es para declararse comprendido ó no el homicida en el indulto, se tendrá *por segura la muerte cuando no se probare que fué peleada*. La razon en que se fundó esta ley para negar el indulto al que no prueba la pelea, es demasiado conocida. ¡Ojalá que nunca se olvidara que el aleve no es digno de la Real indulgencia, y que los reos de tal delito nunca pueden ser indultados por una prohibicion espresa legal!

Concluiremos, pues, sentando como doctrinas á nuestro entender conformes á los buenos principios: 1.º que el homicidio se reputa ejecutado *sobre seguro* siempre que al agresor consta la indefension del adversario: 2.º que la traicion ó la seguridad que constituyen la alevosía no se presumen concurrentes á la perpetracion del homicidio, sino que necesitan probarse conforme á las reglas establecidas por las leyes. En otra ocasion discutiremos si la regla 45 de la ley Provisional tiene aplicacion á la prueba de las circunstancias que, dejando de ser simplemente agravantes, influyen de tal modo que elevan el delito á una especie.

CUESTION DIEZ Y SIETE.

¿Las penas divisibles compuestas se distribuyen en tres partes iguales para su imposición con arreglo á las circunstancias, ó se dividirán distribuyendo los grados de que se forman las penas compuestas en otros tres formados con estos mismos íntegros?

La materia de que vamos á ocuparnos actualmente acaso sea la mas difícil de esponer de cuantas son objeto del Código penal. Ninguna duda podia ocurrirse, si las reformas de 1850 no hubiesen venido á establecer nuevas combinaciones de penalidad, sin haber antes armonizado con ellas los principios ó reglas generales sobre graduación: pero alterado el orden de imposición de las penas sin variar las reglas primitivas, eran forzosa consecuencia el desorden, la confusión y las dudas invencibles con que tropezamos á cada paso.

El Código penal en su primer libro, despues de sentar reglas generales determinantes de los requisitos inductivos de responsabilidad, de las circunstancias que la atenuan ó la agravan, y de fijar otras relativas á la penalidad en general, establece los principios fundamentales sobre distribución de las penas, clasificadas ya, y colocadas por su orden gradual. El mecanismo que desarrolló el Código primitivo, con el fin mas ó menos conveniente de trabar el arbitrio judicial, no ofrecia dificultades de gran consideración,

al menos en lo referente á la distribucion de la pena dada en cada caso: el libro segundo se hallaba en armonía con el primero en esta parte, y un solo caso podia dar ocasion á dudas. Sería, como hemos demostrado en otra ocasion, conveniente y aun necesario que la mano de la reforma concordara las penas señaladas para los unos delitos con las designadas para los otros, á fin de que la justicia distributiva resaltara en todo su esplendor; pero la reforma olvidó las reglas establecidas en el *libro primero* sobre distribucion específica de las penas, y dió por tierra con todos los cálculos diestramente combinados por los autores del Código primitivo.

No son por desgracia declamaciones infundadas las que preferimos: es una realidad dolorosa la que tenemos que lamentar: ojalá que nos equivocáramos, y en vez de censurar pudiéramos prodigar elogios á las obras de nuestros dias. Vamos, pues, á presentar á nuestros lectores un cuadro exacto del sistema de penalidad primitiva, y otro de la reformada; y sentando despues las reglas de distribucion de penas, las dudas resaltarán con sombríos colores á nuestra vista, porque tan de bulto son, que no pueden permanecer ocultas: despues veremos si son susceptibles de interpretacion doctrinal ó es menester recurrir á la auténtica. Quiéramos que por la primera se salvaran las dificultades para que cesaran las discordias que ponen en desacuerdo á los Tribunales.

El Código primitivo, despues de enumerar todas las penas imponibles, clasificándolas en *principales* y *acesorias*, hace una nueva clasificacion en penas *indivisibles* y *divisibles*: pero ya que prepondera en el Código el principio de restriccion del arbitrio judicial, sus autores no tan solo distribuyeron las penas divisibles en clases, sino que tambien dividieron estas en grados, representando su duracion y condiciones por palabras arbitrariamente elegidas, como el *arresto*, *la prision menor*, *la mayor*, *la reclusion*, etc. Todavía no quisieron dejar á los jueces la facultad de recorrer todo el tiempo de la duracion de cada pena, llevaron el rigorismo hasta el extremo de apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes, y á la par que el Código estableció reglas para la aplicacion práctica, ordenó que todas las penas divisibles se distribuyeran en tres *periodos iguales* de duracion. Todo esto era fácil de comprender y ejecutar cuando no reconocian mas que

penas *compuestas* de indivisibles, ó de estas y alguna divisible, porque entonces cada pena indivisible constituya un grado ó *período legal*, y cada uno de los grados que se tomaban de la divisible, formaba otro de la compuesta.

Mas llegó el día de las reformas; ya desde entonces aumentó el número de las penas *compuestas*; pero de tal modo que no se respetaron las especies de cada escala gradual, ni se meditó sobre la dificultad que en la ejecución había de nacer de la observancia de unas reglas sobre distribución hechas á propósito para un sistema que se cambiaba sustancialmente. Por la reforma se establecían penas *compuestas* de dos indivisibles: otras de divisibles, consistentes unas en un grado de la especie, otras en dos, otras en dos grados de una especie y uno de la siguiente en la escala gradual; otras en toda una especie y un grado de la siguiente; otras en dos grados de una pena y otros dos de la que la sigue; y otras finalmente compuestas de todos los grados de dos especies. Pues bien, supuesto que existen estas penas, ¿qué reglas habrán de guardarse para su distribución en grados? ¿Cómo ha de cumplirse con esa división ó partición trimembre que ordena el Código? Esta es la grave dificultad que temíamos anunciar, porque su resolución es si no imposible cuando menos difícilísima.

Colocados en la necesidad de emitir nuestra opinión, registramos el Código para encontrar en él la solución, y hallamos únicamente los *artículos 83 y 84* que puedan servirnos de guía en este oscuro laberinto, pero difícilmente nos alumbrarán para salir de él ilesos. Domina en el Código penal un principio elemental relativamente á la distribución de las penas señaladas para cada delito, el cual puede considerarse como una regla general para todos los casos. No pueden las leyes penales menos de estimar en todos los delitos cierta clase de circunstancias capaces de modificar, sino la esencia de la materia criminal á lo menos su gravedad estrínseca; porque además de la esencia constituyente del hecho penable, posible es la concurrencia de accidentes que por sí merezcan mayor pena ó atenuen la que en los casos ordinarios deba imponerse. Por eso pues, el *artículo 83* ordena que en las penas divisibles el período legal de su duración se entienda distribuido en tres partes iguales, que formen los tres grados mínimo, medio y máximo. No se contentaron los autores del Código con prefijar esta

regla general de distribución de las penas, sino que formaron la tabla demostrativa de la duración de estas y de cada uno de sus grados.

Pero esa regla general sentada en el artículo 83 no podía quedar sola, aislada en el Código penal, porque ni todas las penas imponibles pertenecían á la clase de las divisibles, ni siempre se señalaron en la totalidad del periodo legal de su duración en el Código primitivo. Ya en este, aunque en muy pocos casos, se prefiaba como pena de un delito uno solo de los tres grados de la división. Vinieron después las reformas y se multiplicaron de tal modo las combinaciones, por causas que no nos interesa apreciar, que los casos de excepción del artículo 83 se aumentaron considerablemente.

Conocida la imposibilidad de hacer efectiva la regla que estableció el artículo 83, dispuso el 84 del Código primitivo, que en los casos que la ley señalara una pena compuesta de tres distintas, cada una de estas formaba un grado de penalidad, siendo la más leve de ellas el mínimo, la siguiente el medio, y la más grave el máximo; pero si bien esta disposición precabía uno de los casos que podían ocurrir fuera del de señalamiento de penas simples para el delito, nada se establecía para el caso de pena compuesta, ya de indivisibles, ya de divisibles, en más ó en menos extensión ó periodo legal que el de la pena simple. El primer vacío pudo suplirse por lo dispuesto en el artículo 70, porque ya en él se establece que en el caso en que la ley señale una pena compuesta de dos indivisibles, los Tribunales impondrán la mayor, á no ser que concurra alguna circunstancia atenuante, lo cual es equivalente á determinar que en estos casos la pena menor sea el grado mínimo y la mayor equivalga al medio y máximo siempre imponible, haya ó no circunstancias agravantes.

También cuando la pena sea compuesta de dos indivisibles y una ó parte de una divisible podía decidirse por analogía, porque esta última serviría de grado mínimo y las otras dos de medio y máximo según su mayor ó menor valor; pero todos los demás casos, todas las otras combinaciones, de que dejamos hecho mérito, carecen de reglas precisas y terminantes que sirvan de norte á los Tribunales para la aplicación de las penas. De ellas vamos á ocuparnos.

Olvidado por las reformas el sistema ordinario de imposición de penas, y aumentado el número de las compuestas, fueron menester algunas aclaraciones á las reglas establecidas en el Código primitivo, y por eso al artículo 83 se añadió el párrafo que dice: *«Cuando hubiera que hacer subdivisiones en los grados de la tabla anterior los Tribunales aplicarán discrecionalmente la pena en cuanto á aquellas, dentro de los límites prefijados por la ley.* Esta aclaración de la reforma era tan solo aplicable á la distribución de un grado ó dos de la pena señalada como total para castigar un delito cualquiera, y por lo mismo quedaban sin proveer de remedio los demás casos de penas compuestas, y por eso sin duda en el párrafo segundo del artículo 84 se previno, que *cuando la (ley) señale (la pena) en una forma no prevista, especialmente en este libro primero, la aplicarán los Tribunales, guardando la posible armonía, dentro de los límites que se prefijen, y del modo que se prevenga por las disposiciones generales del Código.*

Supuesto que las transcritas anteriormente por vía de antecedentes son las únicas disposiciones legales que han de servir para que por ellas se rijan los Tribunales, claramente se ve que, salvos los casos previstos, de que la pena señalada sea una especial en toda la extensión de su período legal, ó una compuesta de tres en todos los demás, esto es, en todas las otras penas compuestas, cabe la duda de si la división ó distribución de la pena total, habrá de hacerse en tres porciones iguales, ó ha de realizarse por medio de una combinación de grados íntegros, de aquellos mismos de que se compone, y en el mismo caso se ha de contar el intervalo de pena á pena de las simples. Con satisfacción hemos reconocido los fundamentos en que apoyan sus opiniones encontradas jurisprudencias de merecida reputación, aunque alguna de ellas no ha visto la luz pública, y por eso creemos conveniente transcribirlas con las tablas demostrativas, formadas para que sirvan de base en el caso de que el sistema respectivo sea reconocido como el más conforme á los preceptos del Código penal: después espondremos las doctrinas que profesamos en tan intrincada materia.

Haciéndose cargo el Sr. D. Antonio Corzo, en la exposición que precede á las escalas que forma á continuación de su *Código reformado é ilustrado*, de las dudas á que daba margen la nueva combinación de las penas compuestas, y ocupándose de los casos

en que el Código señala como pena del delito un grado ó dos de una pena cualquiera, es de opinion, de que *dentro del grado ó grados asignados, los Tribunales pueden imponer la pena discrecionalmente*, esto es de que no tiene aplicacion el *párrafo primero del artículo 83*, porque no se hace la distribucion de la pena en tres grados iguales á fin de poner en juego las reglas de aplicacion de las circunstancias atenuantes y agravantes.

No podia ocultarse á tan entendido jurisconsulto que las dudas consiguientes en la aplicacion de las penas compuestas, las unas harian relacion á la graduacion para castigar á los cómplices, encubridores, y autores de delito frustrado ó tentativa, y las otras serían referentes á la distribucion en las tres porciones iguales en que segun *el artículo 83* debe distribuirse toda pena divisible. No creyó el Sr. Corzo que respecto al segundo particular era difícil la solucion de las dificultades: así se desprende de los siguientes párrafos que transcribimos para no esponernos á adulterar involuntariamente los pensamientos.

«La verdadera dificultad estaba en dividir, y aun no tanto en dividir como en degradar una porcion de penas compuestas de nuevo género, introducidas últimamente en el Código, á saber: 1.º penas compuestas de cuatro grados de las antiguas, combinados de varias maneras, el máximo de una con los tres de la superior, el mínimo de tal otra con los tres de su inferior, el medio y el máximo de esta con el mínimo y el medio de aquella: 2.º penas compuestas de tres grados entresacados de dos distintas; á saber del máximo de una y de los mínimo y medio de la superior: 3.º penas compuestas de dos grados, del mínimo de una y del máximo de otra: 4.º penas compuestas de otras dos enteras, bien inferior la una de la otra (de lo cual ya habia antes algun ejemplo en el Código), bien de todo punto inconexas, como lo son el arresto mayor y el destierro.»

«Decimos que no era lo mas difícil dividir estas penas, porque en las compuestas de tres grados de otras dos, ó de dos enteras y por consecuencia de seis grados, la triple division en grados cabales es una operacion sencilla, y muy conforme á las bases de la ley, y al espíritu de sus preceptos. Respecto á las demas penas, sumando lo que hay de divisible en las fracciones ó grados combinados en ellas, y distribuyendo luego el producto en tres partes.

:

iguales en cantidad, aunque no siempre en especie, hemos conseguido deslindar del único modo posible los tres períodos que requiere el Código. Solo nos hemos tomado la licencia de desprestigiar los quebrados de días en las penas que cuentan su duración por años, dando el entero al máximo por parecernos lo contrario escrupulosidad estremada y verdaderamente inútil.»

Para que mas fácilmente pueda tocarse la diferencia entre las opiniones encontradas por medio de la comparacion, insertamos á continuacion las escalas formadas por el Sr. Corzo, sobre las cuales versa la discordia.

ESCALA GRADUAL 9.^a

Grados.	Tiempo que comprende el grado mínimo.	Tiempo que comprende el grado medio.	Tiempo que comprende el grado máximo.
NUM. 2.º Presidio menor á presidio mayor en su grado mínimo.	De 4 años y 9 meses, á 5 años y 9 meses de presidio menor.	De 5 años y 10 meses á 6 años y 10 meses de presidio, que será del menor hasta los 6 años, y del mayor de ahí en adelante.	De 6 años y 11 meses á 8 años de presidio mayor.

ESCALA 10.

1.º Presidio menor en su grado máximo á presidio mayor	De 5 años y 5 meses, á 7 años y 6 meses de presidio, que será del menor hasta los 6 años y del mayor de 4 en adelante.	De 7 años y 7 meses, á 9 años y 9 meses de presidio mayor.	De 9 años y 10 meses, á 12 años de presidio mayor.
--	--	--	--

2.º	Presidio correccional en su grado medio, á presidio menor en su grado medio.	De 2 años y 3 meses, á 3 años y 2 meses de presidio, que será del correccional hasta los 3 años y del menor de ahí en adelante	De 3 años y 3 meses, á 4 años y 3 meses de presidio menor.	De 4 años y 4 meses, á 5 años y 4 meses de presidio menor.
-----	--	--	--	--

ESCALA 12.

1.º	Prision menor en su grado máximo, á prision mayor.	De 5 años y 3 meses, á 7 años y 6 meses de prision, que será de la menor hasta los 6 años, y de la mayor de ahí en adelante.	De 7 años y 7 meses, á 9 años y 9 meses de prision mayor.	De 9 años y 10 meses, á 12 años de prision mayor.
-----	--	--	---	---

2.º	Presidio correccional en su grado medio, á prision menor en su grado medio.	De 2 años y 3 meses, á 3 años y 2 meses de prision, que será de la correccional hasta los 3 años, y de la menor de ahí en adelante	De 3 años y 3 meses, á 4 años y 3 meses de prision menor.	De 4 años y 4 meses, á 5 años y 4 meses de prision menor.
-----	---	--	---	---

3.º	Arresto mayor á prision correccional en su grado mínimo.	De 1 á 5 meses de arresto mayor.	De 6 á 10 meses que serán los 6 de arresto mayor, y de ahí en adelante de prision correccional.	De 11 á 16 meses de prision correccional.
-----	--	----------------------------------	---	---

ESCALA 13.

1.º	Prision menor en su grado medio, á prision mayor en su grado medio.	De 4 años y 9 meses, á 6 años y 5 meses de prision, que será de la menor hasta los 6 años, y de la mayor de ahí en adelante.	De 6 años y 6 meses, á 8 años y 2 meses de prision mayor.	De 8 años y 3 meses, á 9 años de prision mayor.
2.º	Prision correccional á prision menor en su grado mínimo.	De 7 á 22 meses de prision correccional.	De 1 año y 11 meses, á 3 años y 3 meses de prision, que será de la correccional hasta los 5 años, y de la menor de ahí en adelante.	De 3 años y 4 meses, á 4 años y 8 meses de prision menor.

ESCALA 14.

1.º	Prision correccional en su grado máximo, á prision menor.	De 2 años y 3 meses, á 3 años y 5 meses de prision, que será de la correccional hasta 3 años, y de la menor de ahí en adelante.	De 3 años y 6 meses á 4 años y 8 meses de prision menor.	De 4 años y 9 meses, á 6 años de prision menor.
-----	---	---	--	---

Despues de transcritas las disposiciones de los artículos 83 y 84 del Código, oigamos al Sr. D. Manuel Burgos y Bueno, quien se espresa en los términos siguientes: «De ellas se desprenden á mi modo de ver, las consecuencias siguientes: 1.ª que la regla general para distribuir el período legal de duracion de to-

»da pena divisible, es la subdivision del mismo en tres partes
»iguales: 2.^a que la disposicion del artículo 84, circunscrita como
»está á las penas compuestas de tres distintas, es una excepcion:
»3.^a que no habiendo en el Código otra excepcion que la que aca-
»ba de espresarse, todas las penas compuestas que no lo esten
»de tres distintas, ó que cuando menos no tengan con estas ana-
»logía, deberán subdividirse de conformidad con la regla general:
»4.^a que si bien en el párrafo final del artículo 83, cuando hayan
»de hacerse subdivisiones en los grados de la tabla, se concede
»á los Tribunales que obren discrecionalmente, el segundo del
»artículo 84 les sujeta á *las reglas generales del Código*, siempre
»que se hallaren establecidas las penas en una forma no preve-
»nida en el *libro primero*.

»Mediante estas consecuencias puede fundarse ya un princi-
»pio tan sencillo como evidente, y es, que toda pena compues-
»ta, que no lo esté de tres distintas completas; ó toda pena com-
»puesta que no tenga con la sobredicha analogía habrá necesi-
»ariamente de subdividirse en tres períodos iguales.

»Como de otra parte el delito genéricamente considerado se
»presenta bajo tantos aspectos cuantas son las disposiciones mo-
»rales, las pasiones y los alicientes que forman su gérmen,
»como por esta diversidad de causas, es el delito siempre vario,
»múltiple y distinto, es de todo punto indudable, que el sistema
»normal de penalidad del Código, no ofrecia un campo bastante
»dilatado, y cual se necesitaba para proporcionar la cantidad y ca-
»lidad de los sufrimientos legales á la cantidad y calidad del mal
»moral ó físico ocasionado en cada una de las especies de los
»hechos justificables; ademas de que hay delitos de una fisono-
»mía tan especial que requieren persecuciones anormales, y se-
»paradas del sistema general que convenga adoptar en la forma-
»cion de un Código criminal. Por esto hubieron de recurrir los
»autores del que nos rige, y sus reformadores, á la idea verda-
»deramente necesaria de fraccionar en algunos casos las penas,
»imponiendo un solo grado de alguna de las establecidas, ó bien
»dos grados de una misma ó de distintas prescripciones; ó tres
»grados asimismo de sufrimientos diversos, estendiendo esta es-
»cala excepcional á cuatro, á seis y hasta á nueve grados.

»Todos estas penas forman clases especiales de ellas, y si-

»guiéndolas por su orden será fácil acomodarlas al principio anteriormente establecido.

»Así, pues, las compuestas de un solo grado que se hallan aplicadas en el Código en algunos casos, en que para ciertos delitos *sui generis* fija el grado máximo de la señalada como general, no hay otro arbitrio que dividir el período legal de duración de dicho grado en tres partes iguales.

»Lo propio será consiguiente practicar en las compuestas de dos grados de una misma ó de dos distintas.

»Las compuestas de tres grados de diferentes penas, tienen analogía é identidad con las que son objeto del artículo 84, puesto que se prestan naturalmente en la totalidad de sus fracciones á la triple division, y en este concepto si fuere, por ejemplo, la de presidio menor en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio, el mínimo será el máximo del presidio menor; el grado lo compondrá el mínimo de presidio mayor y el máximo el grado medio del mismo presidio.

»Respecto de las penas de cuatro grados, puesto que estos no son susceptibles sin fraccionarse de la triple subdivision, y atendido que no tienen ni identidad ni cuando menos analogía con las de la excepcion, es necesario acudir á la regla general; computar al efecto todo su tiempo imponible y fraccionarlo en tres períodos iguales.

»Por lo contrario las formadas de dos penas completas, convienen con las de la excepcion, subdividiendo los grados de dos en dos, y formando el máximo con el máximo y medio de la mas grave; el medio con el mínimo de esta y el máximo de la inferior, y el mínimo con el medio y mínimo de la última.

»Finalmente, de las de nueve grados, ó sea de las que comprenden tres penas completas, nada hay que decir, porque el artículo 84 está precisamente consagrado á su distribucion.

»Obsérvase con cuanta sencillez y regularidad se desenvuelve el principio anteriormente asentado marchando en su desarrollo siempre hermanado, ó con el testo espreso de la ley ó con su mandato implícito; y bajo este punto de vista es de reconocer que la formacion de escalas graduales de las penas compuestas y de subdivision de sus términos es muy beneficiosa para la Administracion de justicia: así en casos complicados, ahorran los Tribu-

»nales y juzgados, el tiempo que les seria indispensable para de-
»ducir los cálculos necesarios al efecto, y así son fáciles de evitar
»aquellos errores involuntarios que podrian originarse de una
»preocupacion de momento, despues inevitables, por lo sagrado
»é inmutable de la cosa juzgada.

»Este apreciable servicio hizo á la Administracion de justicia
»el señor D. Antonio Corzo al publicar el Código reformado,
»ilustrado con algunas notas y acompañado de las indicadas escalas.

»Como el sistema empleado en estas para la subdivision del
»tiempo legal de duracion de las mismas es el que compren-
»de la doctrina anteriormente establecida, y el propio en que se
»fundan mis opiniones, respecto del punto en cuestion, á las mis-
»mas me he ajustado, en lo general, en mis trabajos forenses en
»los negocios infinitos que se me han pasado para su despacho,
»no sin que algunas veces haya observado una distribucion dis-
»tinta, adoptada en los fallos de los jueces y de las Salas, sobre
»cuyo método haré despues las oportunas observaciones.

»Es no obstante muy digno de notarse que las sobredichas
»escalas son susceptibles de una modificacion que debe contribuir
»necesariamente á perfeccionarlas, ó que por mejor decir se con-
»sidera en las mismas indispensable para evitar que en algunos
»casos choquen con los preceptos del artículo 26.

»El presidio y prision correccionales duran de 7 á 36 meses,
»y el presidio y prision menores corren desde 4 hasta 6 años:
»no reconoce por consiguiente el citado artículo 26 pena algu-
»na de tres años y algunos meses, y este período intermedio no
»es divisible, porque no es aplicable. Del presidio menor al pre-
»sidio mayor, y lo mismo de la prision menor á la mayor, hay
»un vacío igual que en ambos casos, como en el primero, com-
»prende 11 meses, que no pueden distribuirse por la misma ra-
»zon, puesto que siendo el último término del presidio y prision
»menores el de 7, tampoco reconoce el Código prision de nin-
»guna especie de las de esta clase de sufrimiento que sea, por
»ejemplo, de 6 años y medio. En efecto, dicha pena no pueden
»aplicarla los tribunales como presidio menor, porque este no
»pasa de 6 años, ni como presidio mayor que comienza á los 7
»años.

»Semejante inconveniente es gravísimo, y es indispensable evi-

»tarlo de todos modos con objeto de poner el espresado sistema
 »de subdivision en armonía con el recordado artículo 26, cuyas
 »reglas son radicales en orden á los límites de las penalidades
 »adoptadas por el Código. De este inconveniente nace otro que es
 »como una consecuencia del mismo, el cual reclama á su vez la
 »escepcion ó modificacion indicada anteriormente. Cuando los pe-
 »ríodos intermedios de las penas de que se ha hecho mencion,
 »forman la mayor parte ó cuasi la totalidad de una subdivision,
 »viene á quedar nulo el grado para que los tribunales puedan
 »estimar dentro de él las circunstancias apreciables en el mismo.

»Como comprobante de la exactitud de esta observacion podria
 »citarse el grado medio del núm. 2.º, escala 9.ª, de las que siguen
 »al Código reformado citado arriba. En él se observa en efecto
 »que los tribunales no tienen otro período imponible que el de 3
 »meses, que van desde 5 años y 10 meses hasta 6 años, no obs-
 »tante que en el grado mínimo pueden correr 13 meses hábiles,
 »y en el máximo 14.

»Parece por tanto fuera de toda duda que semejantes incon-
 »venientes deben salvarse conforme queda apuntado, descontando
 »al efecto los huecos que hay entre los períodos de duracion de
 »dichas penas, y repartiendo únicamente los términos imponibles
 »de ellas.

»Con este propósito y para la mejor demostracion del objeto
 »de las presentes observaciones, he considerado oportuno formu-
 »lar las siguientes rectificaciones.»

ESCALA GRADUAL 9.ª

	Mínimo.	Medio.	Máximo.
NUM. 2.º Presidio me- nor al mayor en su grado mínimo.	De 4 á 5 años de presidio me- nor.	De 5 años y 1 meses á 6 años de presi- dio menor.	De 7 á 8 años de presidio ma- yor.

ESCALA 10.

1.º	Presidio menor en su grado máximo á presidio mayor	De 5 años y 5 meses de presidio menor, á 6 años de la propia pena, y de 7 años de presidio mayor, á 8 años y 2 meses del mismo presidio.	De 8 años y 3 meses, á 10 años y 1 mes de presidio mayor.	De 10 años y 2 meses, á 12 años de presidio mayor.
2.º	Presidio correccional en su grado medio, á presidio menor en su grado medio.	De 17 á 28 meses de presidio correccional.	De 29 á 36 meses de presidio correccional, y de 4 años á 4 años y 3 meses de presidio menor.	De 4 años y 4 meses de presidio menor, á 5 años y 4 meses de la propia pena.

La escala 12 es susceptible de la misma modificacion, pero se omite porque es la misma escala 10, variando el nombre de presidio con el de prision.

ESCALA 13.

	Mínimo.	Medio.	Máximo.	
1.º	Prision menor en su grado medio, á prision mayor en su grado medio.	De 4 años y 9 meses, á 6 años de prision menor y 7 años precisos de prision mayor.	De 7 años y 1 mes, á 8 años y 6 meses de prision mayor.	De 8 años y 7 meses, á 10 años de prision mayor.

NOTA. Por haberlo exigido el resultado de la triple division se han contado los 7 años precisos de prision mayor en el grado mínimo. Sin embargo, parece mas procedente y arreglado al es

píritu del párrafo último del artículo 84, que no se cuente el mes que representa esta parte de la pena en el grado mínimo, puesto que no deja de ofrecer cierta irregularidad semejante fracción, y así podría ser el grado mínimo de 4 años y 9 meses, á 6 años de prision menor, y el medio de 7 años á 8 y 6 meses de prision mayor.

2.º	Prision correccional á prision menor en su grado mínimo.	De 7 á 19 meses de prision correccional.	De 20 á 32 meses de prision correccional.	De 33 á 36 meses de prision correccional, y de 4 años á 4 años y 8 meses de prision menor.
-----	--	--	---	--

ESCALA 14.

2.º	Presidio correccional en su grado máximo á prision menor.	De 27 á 36 meses de prision correccional, y 4 años precisos de prision menor.	De 4 años y 1 mes de prision menor, á 3 años de la propia pena.	De 3 años y 1 mes, á 6 años de prision menor.
-----	---	---	---	---

NOTA. Se advierte aquí lo propio que se ha dicho en la nota precedente, esto es, que si se descontara un mes del grado mínimo, la pena apareceria en su distribucion mas regularizada, contando el grado medio desde 4 á 5 años de prision menor, y eliminando los 4 años precisos del grado mínimo.

He dicho anteriormente, que algunas veces se adopta en los fallos un método de subdivision distinto del que se acaba de hacer mención, y de este método paso á ocuparme. Este método tiene por objeto las penas de cuatro grados, y á la distribucion de ellas

se refieren principalmente las dudas, disidencias y cuestiones que cada dia se suscitan sobre este particular.

Consiste este sistema en distribuir los grados enteros sin fraccionar su especial duracion, formando un grado con dos de ellos y repartiendo luego los otros dos conforme corresponde, segun este modo de proceder; y las únicas combinaciones posibles que caben dentro de su círculo, son las siguientes: el máximo compuesto de dos grados, el medio de uno y el mínimo del restante: ó bien el máximo de uno, el medio de dos, y el mínimo de uno: ó por fin el máximo de uno, el medio de otro y el mínimo de dos. Confesaré francamente que estas operaciones son mas sencillas que las anteriores; y no hubiera duda en aceptar por su sencillez cualquiera de ellas, á no creer que semejante método no es practicable bajo ningun concepto, por no ser conveniente y por considerarlo á la vez injusto é ilegal.

Es sin ninguna duda inconveniente, porque desproporciona los períodos de duracion de los grados contra los buenos principios de la ciencia, que tienden con notable y progresivo esfuerzo á establecer la triple division, y á la perfecta igualdad de sus cocientes. Podrá servir de ejemplo para demostrar la improcedencia de este método la pena del *caso 3.º del artículo 438*, que se compone de los grados mínimo, medio y máximo del arresto mayor y del mínimo del presidio correccional. Subdivididos estos de conformidad con la combinacion segunda de las tres de que se ha hecho mérito, resulta que formará el grado mínimo el mínimo del arresto mayor; el medio lo compondrán el medio y máximo del mismo arresto, y el máximo el grado mínimo del presidio correccional. Para estimar, pues, los Tribunales dentro de cada uno de los grados las circunstancias que ofrezcan los respectivos casos, entiéndase que se habla de los accidentes apreciables dentro del grado, podrán únicamente recorrer en el mínimo dos meses, aunque si se considera rigurosamente recorrerán un solo mes dividido de 10 en 10 dias, segun lo ha aceptado la jurisprudencia; en el grado medio podrán estenderse á cuatro meses, y en el máximo tendrán un período de 10.

Despues de esta demostracion, no se necesita comentario de ninguna especie para patentizar la chocante irregularidad de esta distribucion y la posicion anómala en que se colocan los Tribuna-

les, comparados los períodos de duracion de cada uno de los tres grados, para decretar las cantidades de pena que reclaman las circunstancias apreciables dentro de ellos.

Se ha dicho que este proceder es injusto, y en verdad se descubre en él este gran inconveniente desde luego que se reflexiona acerca de la indicada desproporcion, bajo el punto de vista de la diversidad de sufrimientos que á consecuencia del mismo padecen los delincuentes. Dos reos de un mismo delito, en uno de los cuales concorra una circunstancia agravante especial de las que indica el *artículo 69*, y que ademas de la concurrencia de aquella, ambos reunen otros accidentes iguales, punibles dentro del grado respectivo que les corresponda, sufrirán por estos accidentes cantidades distintas de pena por la mayor estension del grado máximo, comparativamente con el medio, y por la mayor estension tambien del máximo y del medio comparativamente con el mínimo. Podrán, si se quiere, los Tribunales nivelar estas porciones de aumento de pena, mas si lo hicieren faltarán á los principios del Código con relacion á la distribucion del tiempo de duracion del grado respectivo.

De otra parte no puede perderse nunca de vista que teniendo, como se ha espuesto anteriormente, tres estados la consideracion abstracta de la criminalidad de todo delincuente, á saber, el de agravacion, el de indiferencia y el de atenuacion, y siendo fundamental este principio, el término normal de la pena que le corresponda, siendo de las de que se trata, estará enclavado en el centro ó en el medio de su período imponible. Si hubiere circunstancias modificadoras, partirá la pena aumentando ó disminuyendo desde el centro hácia los extremos, y no habrá justicia relativa en esta marcha ascendente ó descendente, si no hubiere regularidad en ella. ¿Y qué igualdad ni regularidad podrá ofrecer una operacion que, como la dicha, sitúa el término medio ó normal de la pena divisible en uno de sus extremos? En el caso propuesto del *número 3.º, artículo 438*, es palpable esta irregularidad y queda tan patente que ya no hay razon alguna que pueda defenderla ante los buenos principios del derecho criminal moderno. El tiempo total de la pena es de 16 meses: el centro ó término normal es de 4: la escala ascendente desde el centro al extremo en sentido de agravacion de 12 meses, y la

descendente en sentido de atenuacion de 3. Este injustificable resultado conduce á comparar con el mismo el del *número 3.º de la escala 10.ª del Sr. Corzo*: en él se distribuyen los 16 meses del modo siguiente: de 1 á 5 meses, de 6 á 10 y de 11 á 16.

Como se vé, el término medio del grado medio, ó centro de la pena, es de 7 meses y medio, esto es, se halla contenido en el octavo mes: la escala descendente es de 7 meses, y la ascendente de 8, por deberse unir á ella el quebrado que sobra.

Se ha dicho por fin, que este sistema es ilegal, y en tanto lo es, en cuanto se halla en oposicion abierta con lo ordenado en el Código. Conforme se ha manifestado en otro lugar el artículo 83, elevando á regla el pensamiento íntimo del *libro primero*, relativo á la materia en cuestion, fija la regla general, ordenando que el período legal de las penas divisibles debe distribuirse en tres partes iguales.

Anteriormente se ha demostrado que esta regla general la modifica el Código, con una sola excepcion, que es la del *párrafo 1.º del artículo 84*. Esta excepcion está limitada á las penas compuestas de tres distintas, y siguiendo luego el *párrafo 2.º*, vuelve á la regla espresada, disponiendo que cuando se impongan penas que se separen de las formas establecidas, los Tribunales las aplicarán graduando la posible armonía y del modo que se previene por las disposiciones *generales* del Código.

Es así, pues, que las penas de cuatro grados se separan de las formas establecidas; es así igualmente que las penas de cuatro grados no estan compuestas de tres penas completas distintas, que son las únicas que comprende la excepcion: luego las penas de cuatro grados deben ajustarse en la distribucion de sus períodos á la regla general: luego el Código ordena en ellas la subdivision en tres partes iguales: luego por fin el método á que me refiero es ilegal. Y si pudiera dudarse instantáneamente de la procedencia de este argumento, no se pierda de vista, para que se desvanezca cualquiera duda que se ofreciere, que en la revision del Código se adoptó la forma anómala de las penas de cuatro grados, y que seguramente á estas penas principalmente se refiere el párrafo que se añadió al artículo 84, que se dirige á recordar el cumplimiento de los preceptos generales.

Transcritas las escelentes observaciones que nos ha dirigido el distinguido jurisconsulto Sr. Burgos, escitándonos á que sobre esta materia tan interesante emitamos nuestra opinion, nuestros lectores habrán advertido que ademas de los dos sistemas de distribucion de penas en períodos ó grados, se ha aceptado otro tercero para las compuestas de grados ó penas enteras, y grados de otra que no son susceptibles de la distribucion que establecen los artículos 83 y 84 en sus primeros párrafos. Ya que nos hemos propuesto tratar esta materia con toda estension, justo será que oigamos á los partidarios de este tercer sistema, ya que dejamos transcrita anticipada su refutacion.

Los partidarios de todos los sistemas convienen en un mismo principio, esto es, en el de division en períodos iguales, ó en grados enteros, siempre que la pena sancionada sea susceptible de una distribucion de cualquiera de las dos clases, excepto el señor Corzo que sienta que la pena de un solo grado no tiene que partirse necesariamente en tres períodos iguales, sino que los Tribunales pueden distribuirla *discrecionalmente*. Mas adelante nos haremos cargo de esta opinion.

Respecto á los demas casos, esto es, cuando la pena se compone de cuatro grados tomados de diferentes penas, aunque en la combinacion entren todos los de una de ellas, nace la divergencia de opiniones de la diversa interpretacion de los *párrafos segundos de los artículos 83 y 84*. Los partidarios de la distribucion por grados de las penas compuestas de cuatro de estos, se esplican en los términos siguientes:

«Se ha creido generalmente que el *artículo 83 del Código* sienta una regla general preceptiva de la distribucion de todas las penas en tres períodos iguales; y así efectivamente aparece de su literal contesto. Pero como las leyes no deben considerarse aisladas, cuando se trata de conocer su espíritu, meditando sobre el testo del *artículo 83*, forzoso es reconocer que su disposicion debe limitarse al solo caso de que el Código señale una pena simple para castigar al autor de un delito dado. En efecto, la *tabla demostrativa de la duracion de las penas divisibles y de cada uno de sus grados*, que sigue al *artículo 83*, únicamente hace la distribucion en esos tres períodos iguales de las penas simples, á pesar de que ya el Código primitivo, en el cual

»se halla inserta habia señalado en algun caso un solo grado de
»pena para castigar un delito.

»Tambien debe tenerse en cuenta para la interpretacion del
»artículo 83 la graduacion que establece el artículo 66, porque en
»ella se observa que las partes, de que estas penas se componen,
»no son iguales, ni por su duracion, ni por su calidad, como acon-
»tece, v. g., con la que se compone de presidio mayor en su grado
»medio á cadena temporal en su grado mínimo, la cual distribui-
»da en las tres partes en que todas deben distribuirse, da por re-
»sultado el presidio mayor en su grado medio para grado mínimo
»de la pena compuesta; el grado máximo para medio de esta, y el
»grado mínimo de la cadena para máximo de la compuesta, el
»cual es mucho mayor por su duracion y gravedad que las ante-
»riores.»

Espuestas las opiniones de eminentes jurisconsultos referentes á la *question* de que nos venimos ocupando, con temor emitiremos la nuestra, ya porque nos es doloroso tener que combatir las creencias de personas ligadas con nosotros por íntima amistad, ya tambien porque nunca nuestros conocimientos científicos podrán siquiera compararse con los profundos que distinguen á los ilustrados profesores á quienes aludimos. Sin embargo, como que en nuestros razonamientos no predomina el deseo de obtener un triunfo jurídico que no esperamos, sino el de esclarecer la *question* por una parte, y el deber de emitir lealmente nuestras opiniones, puesto que tal obligacion nos hemos impuesto como escritores, nuestras observaciones afectarán á los sistemas, no á sus autores ó partidarios.

Menester es llamar la atencion de nuestros lectores, al tratar de tan empeñada *question*, sobre los puntos de partida de las diversas opiniones. Convienen todas ellas en la necesidad imprescindible de dividir las penas en tres porciones ó períodos, para hacer aplicacion de las reglas sancionadas relativas á las circunstancias atenuantes y agravantes; y asimismo estan conformes en que el Código ha establecido un espacio de tiempo entre pena y

pena que nunca puede ser objeto de aplicacion práctica: pero cuando despues, partiendo de este centro de unidad, tratan de distribuir la pena en las tres partes que prescribe el Código, se separan de una manera tal que son inconciliables los sistemas. Pues bien, supuesto que convienen todos en los primeros principios, ¿en qué se funda la divergencia? Nuestros lectores deben de haber ya conocido el origen de la disparidad de opiniones; sin embargo debemos ponerle de manifiesto para discurrir despues sobre premisas reconocidas.

Hemos indicado anteriormente, y así lo reconocen todas las opiniones, que los *artículos 83 y 84 del Código penal*, con la *tabla demostrativa* que subsigue al primero, son los únicos que establecen reglas preceptivas de la distribucion de las penas en grados, y determinan la manera y forma de realizarlas. Así es en verdad; pero esos *artículos* son oscuros al parecer y como cada cual los interpreta á su modo, descendiendo al terreno filosófico, para descubrir el pensamiento de los autores del Código, por eso, discordando en las causas justificativas de las disposiciones escritas y testuales del Código, tienen que discordar tambien en la lógica deducción de las consecuencias.

El *artículo 83* en su *primer párrafo*, segun los unos, establece una regla general preceptiva de la distribucion de las penas en tres *períodos iguales* de duracion: regla que no conoce mas escepcion que la que comprende el *artículo 84* en su *primer párrafo*, y los casos análogos á que se refiere el *segundo*. En esta parte se hallan conformes el Sr. Corzo, y el Sr. Burgos y Bueno, y así es que el uno y el otro convienen en que toda vez que el número de penas de que se forme la pena compuesta, ó el número de grados que la constituyan, admitan la distribucion trimembre sin fraccionarse alguno de los grados del compuesto, entonces la division ha de ejecutarse distribuyendo el total de grados de la pena compuesta en períodos iguales en grados, aunque desiguales en el espacio de tiempo. En esto concuerda tambien la tercera opinion que hemos indicado; de modo que segun la opinion de todos y la nuestra tambien, siempre que haya posibilidad de sacar para cada período un número igual de grados tiene aplicacion el *artículo 84*, pero cuando la pena se compone de un número de grados que no admite la distribucion igual trimembre por razon de los grados, tanto el

Sr. Corzo como el Sr. Burgos y Bueno, retroceden del *artículo 84*, y vuelven al 83 para buscar con él la distribución igual trimembre del tiempo. Pero en este retroceso á la regla llamada general se separan aquellos dos eminentes jurisconsultos, porque el uno suple con la razon filosófica de la proporción penal el vacío ó mas bien la oscuridad del Código, y el otro cree que sin quebrantar las disposiciones de este, puede y debe practicarse la distribución.

Clasificadas las penas simples y designadas las de cada clase por orden gerárquico de tiempo y de condiciones, obsérvase que entre el arresto mayor y el presidio ó la prision correccional, queda un intervalo de un mes que nunca puede ser materia de condenacion. Seis meses y medio, v. g., ni son arresto, ni son presidio, ni prision correccional. Así acontece tambien con la prision correccional y la menor, y lo mismo con esta y la mayor: entre cada una de estas penas media un año que á ninguna de ellas corresponde. Hé aquí la causa de la discordia entre el Sr. Corzo y el Sr. Burgos y Bueno: el primero cree como el segundo que las porciones ó períodos deben ser iguales en tiempo, pero aquel juzga que el intervalo debe contarse en la suma de todo el tiempo que recorre la pena compuesta desde el grado señalado como término, desde el cual comienza hasta el otro señalado como fin; en tanto que este opina que ese intervalo no puede figurar entre las porciones de tiempo que han de sumarse para sacar el producto de duracion de la pena compuesta.

Si no hubiese mas medio que el de elegir entre estas dos opiniones, y la eleccion pudiera fundarse en los buenos principios de derecho penal, con independencía del sancionado por nuestro Código, desde luego, sin vacilar militáramos entre los partidarios del Sr. Corzo, porque sus doctrinas son las mas conformes á los principios de justicia, porque el reconocimiento de un vacío de tiempo dentro de un grado es una anomalía, es una cosa ridícula, injustificable. Pero como la interpretacion de las leyes no permite discurrir por el terreno anchuroso de las teorías, cuando las reglas establecidas de la ley escrita señalan la senda por la que debe encaminarse el jurisconsulto para conocer el sentido de las demas leyes, nunca es lícito separarse de ella, y por eso no podemos aceptar la opinion de nuestro ilustrado compañero.

:

Podrá acontecer que el ánimo, el pensamiento de los autores del Código fuese el de que en las penas compuestas se contara todo el tiempo sin intervalos; pero esto no pasa de una presunción apoyada en la creencia de que en la confección del Código debieron tenerse presentes los buenos principios de la ciencia del derecho, y que no se quería incurrir en anomalías que desvirtúan el prestigio de las leyes, é inducen injusticia. Pero esta creencia se desvanece por el poder irresistible de la realidad, y del imposible legal. En efecto, si la intención de los reformadores del Código fuese aquella, ¿por qué no la manifestaron de una manera espresa, clara y terminante? ¿No se sometió el Código entero á su mano reparadora de los defectos ú omisiones, para que corrigiese aquellos y supliese estas? ¿Por qué, pues, no variaron las reglas de distribución gradual, y aumentaron la *tabla demostrativa* con la partición de las penas compuestas que creaban? Y no podrá decirse ciertamente que no se les ocurrió que era menester retocar aquellas reglas para aplicarlas á las nuevas penas que establecían, porque el *párrafo 2.º del artículo 84* indica lo contrario, como mas adelante probaremos.

Por otra parte, ¿cómo ha de creerse que los autores de la *reforma* quisieron que en las penas compuestas de las de cuatro grados se computara el intervalo de pena á pena simple, cuando en las de menos no se cree imputable? ¿Qué razón de diferencia podrá alegarse, v. g., para no computar el año intermedio de la prisión menor á la mayor, cuando la pena se compone de los grados medio y máximo de aquella y el mínimo de esta, y para imputarle cuando se forme de dos grados de cada una de estas penas simples? No puede alegarse otra razón para justificar la diferencia, mas que la de que en el primer caso no se tienen que fraccionar los grados de tal modo que en el centro de alguno de ellos se enclave esa laguna de tiempo inaplicable, y en el segundo aconteciera esto si el intervalo no se computara. Pero esta razón no conviene; únicamente servirá para hacer en un caso mas patente la anomalía que en el otro; pero el mas ó el menos no varian la esencia de las cosas: y así es que la doctrina que hubiese de considerarse como buena y aplicable en la pena compuesta de tres grados, esa misma gozaría de iguales condiciones para la de cuatro.

Pero hemos dicho que la creencia de que los autores de la

reforma quisieron que se imputara el espacio, tropieza con un imposible legal que la desvanece: vamos á demostrarlo. Todas las penas simples de que se forman las compuestas, tienen en el Código señalado un término desde el cual comienzan á contarse, y otro en el que finalizan: y entre pena y pena (menos entre la prisión mayor y la reclusion temporal, y el presidio mayor y la cadena temporal), se reconoce un espacio que á ninguna de las dos corresponde. Pues bien, si pudiera computarse este espacio para deducir el producto ó suma del tiempo total de la pena compuesta de cuatro grados, sería menester determinar á cual de las dos penas inferior ó superior al intervalo habia de agregarse: sería preciso calificarla para saber de qué modo y con qué condiciones habia de cumplirse ó ejecutarse. ¿Y quién puede considerarse autorizado, cuando los *reformadores* guardaron profundo silencio para decidir sobre esta materia? ¿Acaso los Tribunales podrán imponer 40 meses de presidio menor, ó seis años y medio de presidio mayor? A los Tribunales enseña el Código que el presidio menor comienza desde cuatro años, que el mayor principia desde los siete, y que de ese número de años no pueden descender, porque entonces degeneraría en otra especie de pena. Cierto es que cuatro años son tambien presidio mayor, que lo es uno y que lo son dos dias, pero estos dos dias, estos dos y estos cuatro años, y cualquiera otra cantidad de tiempo menor de siete años serán una porcion de la pena impuesta escedente de siete, serian una parte de la pena de presidio mayor; pero no constituirán jamás por sí solos una pena legal completa: no podrán imponerse por sí solos. Este inconveniente, á nuestro entender insuperable, impide la computacion del intervalo para la suma del tiempo total de la pena compuesta.

Es necesario ademas no perder de vista que las penas señaladas como principales llevan consigo otras que se titulan accesorias, y que esa decision de que el intermedio se reputa de una ú otra especie de pena ha de ejercer tambien su influencia en aquellas penas de segundo órden, de modo que acaso ocasione perjuicios incalculables. Vamos á demostrar que no sin razon tememos los males que lleva en pos de sí ese sistema que se cree autorizado para resolver lo que el Código no ha resuelto. Segun el *artículo 56* el presidio mayor lleva consigo la pena accesoria

de inhabilitacion absoluta *perpetua* del penado para cargos públicos: y segun el *artículo* 57, el presidio menor lleva tan solo consigo la pena accesoria de inhabilitacion absoluta para cargos y derechos políticos *durante el tiempo de la condena y otro tanto mas*. Hé aquí marcada una diferencia interesantísima en la calificación específica de la pena de presidio: si con el Sr. Corzo se declara que desde los seis años y medio en adelante el presidio es mayor, se declara tambien tácitamente que el penado incurre en inhabilitacion *perpetua*, lo cual no deja de ser duro cuando no existe una disposicion legal terminante y esplicita que así lo determine. Nosotros no nos atrevemos á empeorar ni en un solo instante la condicion de los penados, sino con una ley en la mano que clara y evidentemente lo determine: y mucho menos cuando puede aceptarse otro sistema, que aunque toque con algunos inconvenientes no sean al menos tan trascendentales.

Todavía una observacion mas. Supuesto que fuese lícito dentro de las reglas de la interpretacion doctrinal computan el intervalo para sumar el tiempo total de la duracion de las penas compuestas, ¿por qué se ha de aceptar la parte perjudicial á los procesados? ¿Por qué en el intermedio del presidio ó de la prision correccional á la menor, se ha de reputar de esta última especie y no de aquella? ¿Por qué desde los tres años y un dia ha de conceptuarse prision ó presidio menor, y no ha de reputarse correccional hasta los cuatro años menos un dia? ¿Por qué razon ha de considerarse para los efectos legales prision mayor el tiempo intermedio entre seis años y siete, y no ha de conceptuarse menor? Tenemos la íntima conviccion de que, admitiendo aquel sistema, necesitaba reconocerse y aplicarse el principio de que en caso de duda debe estarse á lo mas favorable para el reo, y por consiguiente fuera forzoso declarar que el tiempo intermedio entre las dos penas gozará de las condiciones de la inferior.

Esta misma doctrina, fundada en los principios de humanidad, apoyada en los consejos de la razon natural, y sancionada por los axiomas del derecho universal, tiene aplicacion al otro sistema que descontando el intermedio para la distribucion trimembre, agrega sin embargo al grado máximo todo lo dudoso, todo lo sobrante ó lo mas perjudicial y gravoso.

Espuestas las razones por las que no nos afiliamos entre los

partidarios del sistema de imputacion del intermedio de pena á pena simple para distribuir la compuesta, descenderemos ya á manifestar nuestra opinion respecto al otro método de distribucion en porciones ó períodos iguales á la pena formada de cuatro grados, pero descartando los intermedios.

Circunscritos ya á este sistema, preguntaremos ante todo, ¿por qué razon es de necesidad y de justicia que la pena de cuatro grados haya de distribuirse en tres períodos de duracion igual, y no se reconocen esa misma necesidad y esa justicia para partir del modo idéntico las penas compuestas ó de tres grados de diversas especies, ó de seis, ó de nueve grados? Si la igualdad de los grados es el principio esencial de la justicia, ¿dónde está la razon de diferencia entre unos casos y los otros? Ciertamente que no la alcanzamos, ni los partidarios de este sistema alegan otra mas que la que se funda en el testo de los *artículos 83 y 84* interpretados segun los han comprendido. No existe, pues, una causa racional, fundada en los sólidos principios de la justicia proporcional de las penas, y por consiguiente esa diferencia entre los sistemas de distribucion en grados adolece de injusticia en uno de ellos.

Pues bien, supuesto que en la letra y no en la razon de la ley se funda esa diferencia que se reconoce como innegable, veamos si efectivamente consultando el literal contesto de los *artículos 83 y 84* del Código, es exacto que la pena formada de cuatro grados tiene que distribuirse en tres períodos de igual duracion.

Hemos observado ya al hacernos cargo de las opiniones que impugnamos, que su principal fundamento consiste en reconocer como regla general, 1.º la de que toda pena debe distribuirse en tres grados; y 2.º que estos grados han de ser *iguales*; y asimismo que son excepcion de aquella regla el caso previsto en el *artículo 84* y los análogos, en los cuales, si bien se conserva íntegro el principio de division trimembre, se exceptua el de igualdad: de modo que no siendo el caso de pena compuesta de tres simples ó faltando la analogía se vuelve al tema ó regla general consignada en el *artículo 83*. Nosotros sin embargo no creemos que sea esta la interpretacion doctrinal de los *artículos citados*.

Cierto es que el *artículo 83* ordena la distribucion de las penas divisibles en tres *períodos*, y que manda tambien que estos sean

iguales por su duracion; y cierto es asimismo que el *artículo 84 primitivo*, mandaba tambien que cuando la pena se compusiera de tres penas enteras, cada una de estas por su órden gerárquico de gravedad formara uno de los grados de la distribucion trimembre: pero es asimismo una verdad que tanto el *artículo 83* como *el 84* fueron aumentados *por las reformas* con un párrafo cada uno, que esplican el contesto de los párrafos primitivos, de tal modo que cada uno de ellos constituye una regla general para los casos de su naturaleza. Así, pues, el *artículo 83* tal como se halla hoy concebido tiene aplicacion esclusiva á las penas simples ó llámense ordinarias, y *el 84* es aplicable á las compuestas. Si lográsemos demostrar estas dos proposiciones habremos coronado la obra que pretendemos cimentar.

No creyeron los autores del Código primitivo que debian limitarse á establecer la regla teórica que comprende el *artículo 83*. Elevaron mas allá su pensamiento y por eso le aumentaron, le esplicaron con la *tabla demostrativa* que le subsigue. En ella no se comprendieron mas penas que las simples, á las cuales sin dificultad y con justicia podia y debia aplicarse la distribucion de cada una de aquellas, esto es, de la señalada para el delito en tres períodos y en tres períodos *iguales*; lo primero porque reconociéndose que en un hecho criminal cabe ó el estado normal, ó el de agravacion, ó el de atenuacion, era necesaria una graduacion en tres partes, si es que no se queria dejar al arbitrio de los Tribunales la apreciacion práctica de las circunstancias: y lo segundo, porque esa igualdad conducia á la distribucion proporcional de la justicia.

Pero el mismo Código primitivo destruyó ese principio de igualdad en el *artículo 84*; en él se ocupó de una pena compuesta, y si bien creyó que debia conservar la regla de distribucion trimembre, estimó asimismo que podia olvidar la de igualdad de tiempo respecto á cada uno de los grados, y por eso previno que cada uno de estos se formara con una de las penas simples, que entraban en la combinacion de la compuesta, á pesar de que cada una de estas penas convertidas en grados no era de igual duracion. Obsérvase, pues, 1.º que el *artículo 83* primitivo se referia á las penas *simples*, y *el 84* á las *compuestas*; 2.º que el primero establecia la distribucion trimembre lo mismo que el segundo;

y 3.º que así como el 83 prescribía la igualdad de duración de tiempo, así el 84 establecía la igualdad gradual para cada grado.

Prefijados estos extremos de conveniencia y discordancia entre los *artículos* 83 y 84, tales como se hallaban redactados en el Código primitivo, menester es que consignemos aquí algunas observaciones que interesa mucho tener presentes para interpretar después esos mismos artículos, según que se hallan concebidos en el Código reformado.

El Código primitivo formó varias combinaciones de penalidad, imponiendo, unas veces una pena simple, otras un grado crítico de ella, otras dos penas, otras una compuesta de tres grados de dos especies consecutivas en la escala de graduación; artículos 183, 377, 382, 293 núm. 3.º, 352, 377, 364 y otros varios que pudiéramos citar; pero nunca combinó una pena compuesta de cuatro grados, ya sea formando una pena entera y un grado de la siguiente, ya de dos grados de dos especies. También prefijó el Código primitivo dos penas reunidas de dos diferentes especies imponibles al mismo tiempo, ó señaló penas alternativas para castigar un delito.

Establecidas estas penas no comprendidas en la *tabla demostrativa del artículo* 83, aunque pudiera interpretarse en sentido lato el artículo respecto á las de uno ó dos grados, sin embargo nada se dijo espresamente, y la *tabla* parecía que indicaba que la distribución trimembre era exclusivamente aplicable á las penas enteras, supuesto que solo de ellas hacía mención.

También el artículo 84 limitado á las penas compuestas de tres enteras, dejaba el vacío que importaba llenar respecto á las penas compuestas de tres grados, de dos penas, ó de un grado y dos penas compuestas; pero como por una razón de identidad podía aplicarse lo espresamente establecido para las penas de tres especies, á las de dos, ó tres grados, ó de un grado y dos penas, supuesto que se había quebrantado el principio de igualdad, así se entendió y se practicó la distribución.

Sin embargo, no fué tan uniforme la práctica que en uno y otros casos no discordaran los Tribunales: no faltaron opiniones conformes á la que hoy sostiene el Sr. Corzo, que creyeron que el *artículo* 83 era exclusivamente aplicable á las penas comprendidas en la *tabla*, y en los casos de un solo grado ó de dos, juz-

garon que el Tribunal no tenia que dividir, sino que podia recorrer la escala en toda su estension.

En tal estado, se realizaron las *reformas* del Código, encaminadas á resolver las dudas, y ambos artículos sufrieron el aumento de un nuevo párrafo. Previno el 83 que, «cuando hubiere »que hacer subdivisiones en los *grados* de la tabla anterior, los »Tribunales aplicaran la pena discrecionalmente en *cuanto á »aquellas*, dentro de los límites prefijados por la ley.» Cuando tengan que hacerse *subdivisiones*, dice el *nuevo párrafo*: luego para imponer la pena tiene que subdividir; y ¿qué es lo que se ha de subdividir? El *grado de la tabla anterior*; y hecha esta subdivision, es cuando á los Tribunales se concede la facultad discrecional en la aplicacion. De este modo es como se aplica naturalmente, y así se vé cumplido su objeto; esto es, el de resolver las dudas y dificultades á que habia dado márgen; así se hizo entender que el señalamiento de la pena en uno solo ó en dos grados no destruia la regla general antes sentada, de que las penas se distribuyeran en tres *períodos iguales* de duracion.

Nada mas hubiera sido necesario aclarar, porque aunque el *artículo 84* mencionaba únicamente la pena compuesta de tres enteras, no podia dudarse de que en las demas la distribucion debia realizarse, no en tres períodos de duracion igual, sino de número igual de grados, porque el Código primitivo no habia combinado pena alguna que no admitiese cómoda division en grados enteros. Pero la reforma creó una nueva composicion de penas; estableció las de cuatro grados, y ya entonces se conoció la necesidad de una aclaracion. No era ya posible la distribucion en grados enteros, porque cuatro no pueden distribuirse en tres porciones sin fraccionarse alguno de ellos. El *párrafo 2.º del artículo 84* reformado, se propuso sin duda proveer de remedio á las dificultades que pudieran suscitarse: y por eso dijo que cuando la ley señalase *una pena en una forma no prevista especialmente en este libro primero*, los Tribunales la aplicaran,

guardando la posible armonía, dentro de los límites que se prefijan, y del modo que se prevenga por las disposiciones generales del Código.

Menester es convenir en que el *precedente artículo* se halla redactado con ninguna claridad; pero conociendo su objeto, analicémosle y se verá que su disposición comprende lo mismo á las penas de cuatro grados que á todas las demas compuestas. *Cuando el Código*, dice, *señale la pena en una forma no prevista en este libro primero*. ¿Y cuáles son las penas previstas para que conocidas podamos saber cuales son las no previstas? Adviértase que la prevision ó imprevision ha de ser en el *libro primero*. ¿Y en qué parte de este se preveen las penas? Las penas se hallan previstas en la escala general: en ella es donde se enumeran y colocan por su orden: en ella es en donde se califican: allí es donde se deben buscar; pero en la escala general no se prevé la forma, porque una cosa debe ser la pena en su esencia, y otra necesariamente es su forma. Creemos, pues, que esta consista en la ordenacion de las partes de que se compone. Pues bien, la ordenacion de las penas ó su constitucion formal del *libro primero* tiene que ser precisamente, ó la que se desprende del *artículo 66*, en el cual se prefijan las reglas generales expresivas de los modos de combinar las penas relativas á la clase de criminalidad, ó bien la que se prescribe en los *artículos 70, 83 y 84*, únicos que establecen reglas referentes á la distribucion gradual, para hacer aplicacion á las circunstancias atenuantes ó agravantes. ¿Se refiere el *artículo 84* acaso á las reglas del *artículo 66*? No, porque estas tienen por objeto único la determinacion de las penas con relacion á la clase de criminalidad, y el *artículo 84* es referente á la distribucion gradual; pero si efectivamente se refiriese, ese *artículo*, y la *nota de aplicacion* que le subsigue, demostrarían una de las proposiciones que hemos sentado anteriormente; esto es, la de que, porque en él se observa que se establecen penas compuestas de grados infinitamente distantes por su gravedad y duracion. Señálase para algunos casos la pena de cadena en su grado máximo á muerte. ¿Puede darse mayor desigualdad que la de un grado que recorre tres años de duracion, en tanto que el otro es perpétuo, y el otro consiste en el mas terrible padecimiento? En las penas divisibles

:

pueden tambien buscarse ejemplos repetidos de desigualdad gradual: luego no es un principio constante, invariablemente admitido por las leyes, el de que la distribucion trimembre haya de ser siempre *igual* en su duracion.

Reconocida por todos esta verdad, tambien se reconocerá la de que el *citado párrafo 2.º*, en parte deja la aplicacion de la pena no *prevista* al arbitrio judicial, y en parte le traba y sujeta: le traba, en cuanto prescribe que *armonicen* la aplicacion, en cuanto no les permite traspasar los *límites prefijados*; en cuanto les manda que en el *modo se atengan á lo prevenido por las disposiciones generales del Código*. Estas frases lejos de indicar que cuando la pena compuesta no se pueda distribuir en grados enteros se distribuya en los términos que prescribe el *artículo 83*, dice á nuestro entender lo contrario: quiere que se distribuya en los mismos términos que el *párrafo 1.º del artículo 84* previene para las penas compuestas de tres enteras; pero guardando *armonía*, no identidad con las disposiciones generales del Código, esto es, distribuyendo en tres períodos, en cuanto sea posible *iguales*, ya que no puedan serlo enteramente. Y esto, porque bajo ninguno de los sistemas adoptados es posible la igualdad entera en la distribucion, ni por razon de la duracion, ni por la calidad de los sufrimientos; pero partiendo solo los grados cuando son de la misma especie, cesan los inconvenientes.

Bien conocemos que en algunos casos la desigualdad es considerable: no se nos oculta que en algunas penas un solo grado recorre mas espacio que los otros dos reunidos; pero esto puede remediarse en parte por el arbitrio judicial en cuanto sin estricta sujecion á reglas puede recorrer todo el período de cada uno de los grados, y en parte distribuyendo los grados de la especie como mas adelante diremos.

Si para decidir la cuestion hubiera de apartarse la vista de la ley y se consultara solo á los inconvenientes, algunos ejemplos pudiéramos citar de que son mayores las irregularidades que lleva consigo el sistema de distribucion en períodos iguales: veámoslo. En el artículo 190, núm. 1.º, se sanciona que la pena contra los que atentan contra la Autoridad consiste en prision menor en su grado medio á prision mayor en su grado medio, la cual recorre un espacio desde cuatro años y cinco meses, hasta diez

años, esto es, cincuenta y siete á ciento veinte meses: si para formar los tres grados de esta pena se distribuye el período total de su duracion en tres partes iguales, segun lo dispuesto en el *artículo 83*, vendrá á resultar que el grado mínimo recorra desde cincuenta y siete á setenta y siete meses, medio desde setenta y ocho á noventa y ocho, y el máximo de noventa y nueve á ciento veinte; de manera, que reducidos los meses á años se tocaria con el inconveniente de que el grado mínimo comprendiera en su espacio un tiempo que no correspondia á ninguna de las especies de pena, de lo que tambien participaria el grado medio. En este caso el inconveniente es mucho mas grave que el que se atribuye al sistema de distribucion por grados, porque se falta á lo prescrito en los *artículos 24 y 26*. Ningun delito puede castigarse sino con pena establecida por las leyes: las penas imponibles segun el *artículo 24*, son las que comprende la regla general que establece, y la duracion de estas penas se determina en el *artículo 26*, y ninguno de sus períodos abraza el tiempo de seis años á siete.

Admitido el sistema de distribucion en grados, de la pena compuesta de cuatro, partibles solo cuando sea menester las de la misma especie, necesario es advertir que al realizar aquella no ha de guardarse como regla constante de division la de unir siempre dos grados para formar uno de los tres, sino por el contrario, que puesto que la *posible armonía* que ordena el *artículo 84* consiste en buscar la mayor igualdad que se pueda conseguir, claro es que la distribucion ha de ejecutarse segun la combinacion ó estructura de cada pena compuesta, evitando en todo lo posible la mezcla de dos grados de diversa penalidad dentro de un mismo grado, y la subdivision de los grados naturales de las penas simples; ejecutándolo siempre de un modo que tenga relacion con los grados primitivos. Así, pues, en las que se componen de los tres grados de una pena simple y el mínimo de la superior, se conservará este último grado como máximo de la pena, y se dividirán en dos partes iguales los tres grados de la inferior, para formar con ellos los grados mínimo y medio. Por identidad de razon, en las que se componen del grado máximo de una pena simple y de la inmediata superior en toda su extension, se forma del mismo modo con los tres grados de esta pena

el medio y máximo de la compuesta, y se reserva para mínimo el máximo de la inferior; por último, en las que comprenden dos grados de una pena y otros dos de la superior inmediata, forma con estos el máximo de la compuesta, y con los dos grados de la inferior el mínimo y el medio.

Manifestada ya nuestra opinion en esta materia, antes de concluir creemos conveniente transcribir las siguientes observaciones de uno de los Fiscales, que respetamos por sus buenos conocimientos.

«Pero todavía es mas importante la ventaja del sistema aplicado por la facilidad que ofrece para el aumento ó disminucion gradual de las penas compuestas; aumento y disminucion, que en el sistema de dividir en partes iguales las penas compuestas, es imposible de hacer con rigurosa exactitud. El que suscribe entiende que para que una pena divisible compuesta sea inmediatamente superior á otra determinada de la misma clase, es indispensablemente necesario que cada uno de los grados de aquella sea superior en un grado á los correlativos de su inferior. Esta es la regla general, esta es la condicion necesaria que se vé observada en los diversos casos del artículo 66, sin mas de una escepcion producida por la mezcla de las penas perpétuas; y partiendo de este principio, no duda afirmar, que adoptada la práctica de dividir en tres partes iguales el período que abrazan las penas compuestas, no cabe formar otra pena exactamente superior en un grado á ninguna de ellas. Sirva sino de ejemplo el artículo de mas frecuente aplicacion, á saber: el núm. 3.º del 438, que señala al hurto que no esceda de 100 rs. la pena compuesta de arresto mayor á presidio correccional en su grado mínimo; supóngase que la duracion de esta pena haya de dividirse en tres partes iguales para formar sus tres grados, y resultará que el grado mínimo abrazará de uno á cinco meses de arresto mayor, el medio de seis meses de arresto á diez de presidio, y máximo de once á diez y seis de presidio. Supóngase ahora que un reo de este delito sea reincidente, y será necesario para castigarle con arreglo al artículo 439 determinar la pena inmediatamente superior y dividirla en tres grados á fin de aplicarla en el que correspondiere. ¿Pero cuál es la pena superior en grado á la del núm. 3.º del artículo 438? Aunque el Fiscal ha oido tambien

dudas sobre este punto, tiene sin embargo por cierto que, cuando la pena de la ley se compone de una pena temporal en toda su estension y del grado mínimo de su superior inmediata, la pena superior en grado se forma con la mas alta de dichas dos penas en toda su estension, y el grado mínimo de la que inmediatamente la precede en la escala gradual correspondiente; de modo que la pena de tal reo seria el presidio correccional en toda su estension, y el grado mínimo del presidio menor, es decir, una pena de siete á cincuenta y seis meses de presidio, cuyos grados, si se formaban por medio de la division igual de su período, serian el mínimo de siete á veinte y dos meses, el medio de veinte y tres á treinta y nueve, y el máximo de cuarenta á cincuenta y seis. Nada dirá el que suscribe del presidio de treinta y nueve y cuarenta meses, pena que la ley no conoce, porque sobre este punto ha hecho ya las indicaciones necesarias y se detendrá solamente á comparar las dos penas del hurto en la forma que quedan divididas.

PENA DEL NÚM. 3.º DEL 438.

Grado mínimo.	Medio.	Máximo.
De 1 á 5 meses de arresto.	De 6 meses de arresto á 10 meses de presidio.	De 11 á 16 meses de presidio.

PENA DEL REINCIDENTE.

De 7 á 22 meses de presidio.	De 23 á 39.	De 40 á 56.
------------------------------	-------------	-------------

«A la primern lectura de estas dos penas salta á la vista la observacion de que los miembros de la segunda no son exacta-

mente superiores en un grado á sus correlativos de la primera.

»En efecto, ni 22 ni 23 meses de presidio son penas superiores en un grado, á cinco y seis meses de arresto; ni 39 de presidio á 10 de igual condena, y esto da lugar á irregularidades todavía mayores que las que anteriormente se dejan enunciadas.

»Figúrese sino un reo de hurto de 50 rs., cometido de noche y en despoblado; la causa no ofrece prueba plena, y sin embargo su resultado produce el convencimiento de la criminalidad del acusado; este á no dudar está comprendido en el núm. 3.º del artículo 438, hay que aplicarle la pena en el grado mínimo de conformidad con lo prevenido en la regla 45 de la ley provisional; pero hay que apreciar dentro de este mínimo la circunstancia agravante ya espresada, y de consiguiente deben aplicársele los cinco meses de arresto, que es la mayor estension del grado mínimo de la pena de la ley en la suposicion en que discurremos. Supóngase ahora que este mismo reo es reincidente, y que por lo demas son las mismas circunstancias del hecho y de la persona, y el mismo género de prueba, y entonces haciendo aplicacion de las mismas disposiciones, y ademas del artículo 439, habian de imponérsele 22 meses de presidio, que es la mayor estension del grado mínimo de la pena superior en grado. Pero esta pena no es superior en un grado á la del caso anterior, porque al no reincidente se le aplicaba el grado máximo del arresto, y al reincidente á quien debia imponerse el grado máximo de presidio correccional solo se le impone el grado medio de dicha pena, y esta regularidad notable, demuestra lo que ya se ha dicho, á saber: que adoptando el sistema de dividir en tres partes iguales las penas compuestas para formar sus tres grados, no cabe aumentar ni disminuir gradualmente dichas penas con la rigurosa exactitud con que lo requieren la ley y la justicia.

»Por el contrario, en el sistema del Fiscal, los grados de la pena del núm. 3.º del 438 se forman dividiendo el arresto mayor en dos partes iguales, formando con ellas los grados mínimo y medio de la pena de la ley, y reservando para componer el máximo, el mínimo y el presidio correccional, de modo que los grados serán los siguientes:

Mínimo.	Medio.	Máximo.
De 1 á 3 meses de arresto.	De 4 á 6.	El mínimo del presidio correccional.

»Y haciendo igual division con la pena superior, que segun se dijo, es la de presidio correccional á menor en su grado mínimo, resultarán los grados

Mínimo.	Medio.	Máximo.
De 7 á 21 meses.	De 22 á 31.	El mínimo del presidio menor.

»Ahora bien, todos estos miembros son exactamente superiores en un grado á sus correlativos de la pena inferior: si el mínimo de la primera comprende el mínimo y la mitad del medio del arresto mayor, el mínimo de la segunda igual período del presidio correccional; si el grado medio de aquella abraza la mitad restante del medio y todo el máximo del arresto, el mismo período del presidio correccional abraza el grado medio de la última; y en fin, si el grado máximo de la primera lo compone el mínimo del presidio correccional, el mínimo del presidio menor comprende el máximo de la segunda.

»Estas razones, la consideracion de ser este sistema el mas análogo, y el que guarda mas armonía con las disposiciones del

Código, la de ser la que conserva sin borrarlos los grados naturales de las penas simples, la de que no admite otras penas que las del artículo 24, y con la duracion señalada á las mismas en el 26, y la de que permite el aumento y disminucion gradual de las penas con rigorosa exactitud, determinaron al Fiscal á proponerlo y sostenerlo, y las mismas determinaron sin duda su adopcion por la mayoría del Tribunal; existe sin embargo una minoría con oposiciones diversas, que hace aplicacion del sistema anteriormente anunciado, y de aquí las dudas, á veces las discordias, y alguna vez tambien la diversidad de los fallos.»

es muy sup. toro que saca el abo no qvib legal abuelo el 73
dijo de la de piedad correccion. a que se en su grado minimo.
resulta el grado

Alto	Medio	Bajo
de 10 a 15 años	de 5 a 10 años	de 1 a 5 años
de 15 a 20 años	de 10 a 15 años	de 5 a 10 años
de 20 a 25 años	de 15 a 20 años	de 10 a 15 años
de 25 a 30 años	de 20 a 25 años	de 15 a 20 años
de 30 a 35 años	de 25 a 30 años	de 20 a 25 años
de 35 a 40 años	de 30 a 35 años	de 25 a 30 años
de 40 a 45 años	de 35 a 40 años	de 30 a 35 años
de 45 a 50 años	de 40 a 45 años	de 35 a 40 años
de 50 a 55 años	de 45 a 50 años	de 40 a 45 años
de 55 a 60 años	de 50 a 55 años	de 45 a 50 años
de 60 a 65 años	de 55 a 60 años	de 50 a 55 años
de 65 a 70 años	de 60 a 65 años	de 55 a 60 años
de 70 a 75 años	de 65 a 70 años	de 60 a 65 años
de 75 a 80 años	de 70 a 75 años	de 65 a 70 años
de 80 a 85 años	de 75 a 80 años	de 70 a 75 años
de 85 a 90 años	de 80 a 85 años	de 75 a 80 años
de 90 a 95 años	de 85 a 90 años	de 80 a 85 años
de 95 a 100 años	de 90 a 95 años	de 85 a 90 años

«Aunque bien, todos estos miembros son exactamente superiores en un grado á sus correlativos de la pena inferior: si el mínimo de la primera correccion es el mínimo y la mitad del medio del grado mayor, el mínimo de la segunda es igual periodo del grado inferior, si el grado mayor de aquella es para la mitad restante del medio y todo el máximo del grado inferior, el mínimo del grado mayor, para el grado mayor de la primera lo com- para el mínimo del grado inferior, el mínimo del grado inferior, el mínimo de la segunda.
«Estas razones, la consideracion de ser este sistema el más análogo y el que guarda más armonía con las disposiciones del

REFUTACION A LA CUESTION ONCE.

Sin embargo de que en la cuestion once tratamos con latitud la tantas veces suscitada sobre si podrán proceder de oficio á la formacion de causa las autoridades judiciales ó en virtud de denuncia del promotor fiscal, ó por accion popular, como tan árdua y empeñada es la materia, no vacilamos en dar cabida en las páginas de nuestro *Boletin* al siguiente extracto, que se nos ha dirigido de Burgos, de los profundos razonamientos alegados *in voce* por el Sr. D. Ventura Alvarado, dignísimo fiscal de aquella Audiencia, en el sumario elevado en apelacion del auto de 14 de marzo próximo pasado, por el cual se admitia cierta especie de juratorio á varios electores sobre hechos electorales.

«La solicitud de dichos electores, no solo no procede por la materia electoral de que trata, sino por la forma ilegal en que se propone. Para probar lo primero nos vemos en la necesidad de abordar esa tan debatida cuestion, «si los Tribunales pueden ó no proceder desde luego á la formacion de causa por los delitos cometidos en los actos electorales, que afectan inmediatamente la legalidad de la eleccion de un diputado á Córtes.» Y aunque esta cuestion sea tan compleja y dificil, que haya tenido

:

respetables sostenedores en pro y en contra, es por fortuna tanta ya la luz que ha recibido en las discusiones del Congreso, de la prensa y de los Tribunales, que creemos marchar sobre seguro sosteniendo la opinion mas recibida, que niega á estos la competencia para conocer de tales delitos, mientras no decida el Congreso, anulando la eleccion ó pasando al Gobierno el tanto de culpa que resulte del exámen de las actas. Ciertamente que la potestad que tienen exclusivamente los Jueces y Tribunales de aplicar las leyes en los juicios criminales y civiles, se halla consignada en un artículo de la Constitucion. Cierto es tambien que en el Código penal se establecen penas para las falsedades y abusos que se cometen en las elecciones. Y lo es igualmente, que los Jueces tienen la obligacion de proceder á la persecucion y castigo de cualesquiera delitos que lleguen á su noticia, sin que haya ley ni disposicion alguna *espresa* que les releve de tal obligacion en los de esta clase, ó que terminantemente les niegue la competencia para conocer de ellos. Pero esta es la regla general, que como todas tiene sus excepciones para nosotros. Vemos que al lado de aquel artículo constitucional hay otro que dice de una manera absoluta que, «el Congreso decide sobre la legalidad de las elecciones de los Diputados.» Y vemos tambien un artículo del reglamento del Congreso, en que se ordena que, cuando resultare culpabilidad de parte de la mesa de algun distrito ó seccion, de los electores, ó de algun funcionario público, la comision de actas haga espresion de ellas en el dictámen y se pase un tanto al Gobierno.» Y en estas dos disposiciones rectamente comprendidas é interpretadas, creemos ver la limitacion de la protesta de los Tribunales para conocer de tales actos, mientras el Congreso no decida. Porque, si los hechos punibles de que se trata, son á la vez delitos y actos electorales, que no pueden existir independientemente de la eleccion porque afectan su validez ó nulidad, tienen que someterse en primer lugar al Congreso, á quien compete exclusivamente decidir sobre el punto de la legalidad, sin que los Tribunales deban anticiparse ó juzgarlos. Lo contrario seria entrometerse á decidir, aunque indirectamente, sobre esa misma legalidad.

No hablamos aquí de aquellos delitos conexos con los actos electorales que pueden examinarse y juzgarse independiente-

mente de la eleccion, cuya validez no afectan, y sobre los que no cabe disputar á los Tribunales su esclusiva competencia; tratamos únicamente de los que son tan inherentes á la eleccion, que juzgándolos, se la prejuzga. En estos, por mas que el objeto del juicio se limite á averiguar y castigar el hecho punible solo como delito, sin consideracion á su influencia electoral, no es posible hacer semejante separacion, y siempre vendrá á resultar que penando el hecho punible como delito, queda anulado como acto electoral.

En vano se diria que la pena impuesta á los individuos de una mesa, por la falsedad cometida en el escrutinio se limitaba á castigar esta falsedad, sin prejuzgar la validez del escrutinio, porque este juicio envolvía el de nulidad, declaraba implícitamente la ilegalidad de la eleccion, y hé aquí atacada la facultad exclusiva del Congreso. Por eso creemos que el artículo constitucional que le atribuye aquella facultad omnímota, limita en este sentido la potestad de los Tribunales. Pero mucho mas si se combina aquel artículo con el 31 del reglamento del Congreso. Porque ó esta disposicion es una verdadera interdiccion para que los Jueces y Tribunales no se anticipen á tomar conocimiento alguno de los delitos esencialmente electorales hasta que el Congreso decida, ó seria una trivialidad que no merecia ocupar semejante lugar. Aunque el reglamento no tuviese tal artículo, es seguro que si la comision de actas encontrase en su exámen algun delito, no vacilaria en proponer al Congreso que pasase el tanto de culpa al Gobierno para el condigno castigo: ni el Congreso dudára tampoco en acordar lo mismo, siempre que del exámen de cualquiera otro documento que se le dirija ó presente aparezca haberse cometido algun delito, aunque el reglamento no lo indica: que este es el deber y la práctica de todas las corporaciones y autoridades, y no se necesitaba discutir y redactar un artículo para sancionar un trámite tan sabido y practicado. Visto es por lo mismo, que la disposicion espresa del reglamento, es un complemento del artículo constitucional, dictada seguramente como un *veto* para que los Jueces y Tribunales no conozcan de esos hechos de doble apreciacion, esperando la decision prévia del Congreso, ó que se les pase el tanto de culpa allí prevenida. Y para entonces es para cuando estan las penas del

Código señaladas á tales delitos. De este modo vemos nosotros resuelta la cuestion en sentido negativo por aquellas disposiciones legales.

»Podrá decirse que con tal interpretacion viene á menoscabarse la potestad que la Constitucion confiere á los Jueces y Tribunales. Pero como quiera que esta potestad no sea tan absoluta que deba invadir las atribuciones de los demas poderes ú órdenes del Estado, todavía creemos que puede consistir en su verdad constitucional con aquellas otras facultades ajenas, dignas igualmente de respeto, sin humillacion ni dependencia. Tambien les está prohibido proceder á los Tribunales contra los Ministros de la Corona por los delitos que como tales puedan cometer, y contra los Senadores y Diputados en su caso, y contra los funcionarios de la Administracion, sin autorizacion prévia, por los que cometen en el ejercicio de su cargo, y sobre materias administrativas, en otros casos; y no por estas excepciones necesarias se ha de decir que se menoscaba el principio de su potestad ó independencia.

»Tenemos ademas en favor de la misma opinion, una decision del Congreso, á la que no puede negarse, por todas sus circunstancias, el valor de un caso de jurisprudencia, que tambien aquel alto cuerpo establece sus precedentes en los casos de dudas, y se rige por ellos, y llegan á formar una doctrina tradicional, digna de respeto. Se comprenderá ya que aludimos á la famosa sesion del 18 de noviembre de 1850, y á la luminosa discucion habida sobre la eleccion de Caldas. Con razones de mucho peso ciertamente, y su elevacion acostumbrada, sostenia la contraria opinion un gran orador, recientemente malogrado. Pero sus argumentos fueron impugnados por Magistrados notables, que no creian en verdad se menoscabase por eso la potestad judicial, y por un Ministro de la Corona, que hablando en nombre del Gobierno, sostuvo que no podian los Jueces y Tribunales proceder sobre delitos electorales antes de la decision del Congreso, sin que resultasen invadidas sus atribuciones; y el Congreso aprobando la conducta del Juez de Caldas, que no habia admitido una acusacion de falsedad contra aquella eleccion, ha venido á sancionar la misma opinion que sustentaba el Gobierno, cuya declaracion esplicita puede considerarse tambien como oficial, mere-

ciendo de todos modos aquella resolución el concepto de un caso de jurisprudencia, ó de una interpretación auténtica de la ley, digna de todo nuestro respeto, mientras otra ley no diga lo contrario. Así vemos que el defensor de los electores de Medina acepta francamente aquella decisión del Congreso, como la jurisprudencia vigente que causa estado en la presente cuestión.

»Sin embargo de que tal es la opinión mas general de los escritores ó discutidores que se han ocupado de esta materia, hay uno bastante notable, que tratando de ella entre las *Cuestiones selectas*, con su maestría acostumbrada, se propone conciliar los diversos pareceres, haciendo una distinción ingeniosa entre proceder y procesar, ó perseguir por delitos electorales, y opina que se debe proceder en estos desde luego, por los Jueces de primera instancia, á la formación de causa para consignar la realidad del hecho criminal, ó sea comprobar el cuerpo del delito; pero suspendiendo en tal estado y remitiendo un testimonio de aquellas primeras diligencias al Congreso, hasta que decida si hubo ó no infracción de las leyes. Continuando la causa en el primer caso, y sobreseyéndola en el segundo; con lo cual, dice, se seguirá la misma jurisprudencia establecida para las autorizaciones y procesamiento de los Diputados. Nosotros creemos que este temperamento, abandonando el segundo punto de partida que nos ofrece el último estado de la cuestión, según queda planteada, viene á fundarse en un error, porque no hay la analogía que se supone entre aquel procesamiento y el de que se trata, puesto que el obstáculo que allí detiene el procedimiento judicial, es el fuero de las personas, y aquí es el de las cosas. La verdadera analogía se ha de buscar, no en las causas que se dirigen contra personas aforadas, porque los electores ningún fuero tienen, sino en las que versan sobre materias excepcionales como la electoral, y entonces se encontrará el caso análogo en las que se rozan con la Administración, en las cuales no puede incoarse el procedimiento criminal, sin que la autoridad administrativa decida alguna cuestión previa, de la cual dependa el fallo que los Tribunales hayan de pronunciar conforme al Real decreto de 4 de junio de 1847. En los delitos que se cometen en las elecciones no empece á los Tribunales el fuero de las personas, sino el de la materia electoral, regida por leyes

políticas que arreglan los derechos de los electores, sobre cuyo ejercicio está llamado á juzgar primeramente el Congreso. Este es por lo mismo á quien incumbe decidir esa cuestion prévia, de si los hechos electorales, denunciados como punibles, deben ó no ser entregados á los Tribunales. Y así como no hay competencia en esto para incoar diligencias indagatorias ni proceder á la formacion de causa criminal sobre materias administrativas que requieran aquella decision prévia, creemos que por identidad de razon, no deben proceder tampoco en las electorales, sin la decision del Congreso. Esto se infiere tambien de la escepcion expresa que hace el artículo 36 del reglamento provisional para la administracion de justicia, escluyendo del conocimiento de los Jueces de primera instancia los negocios que correspondan á las Córtes, entre los cuales no pueden menos de contarse los de eleccion de Diputados. De modo que hallándose de acuerdo las citadas disposiciones legales, interpretadas como queda dicho, por el Gobierno y el Congreso, en el caso de jurisprudencia indicado con las razones de analogía de lo que se practica en las causas sobre delitos que se rozan con la Administracion, no podemos admitir la opinion del apreciable escritor que aconseja *proceder* y no *procesar*. El Gobierno y el Congreso aprobaron la conducta del Juez de Caldas, que no quiso incoar el *procedimiento* ó admitir la querrela de falsedad electoral que se le presentó contra el Alcalde-corregidor; y si hoy otro Juez *procediese*, en casos análogos, se atraeria sin duda la reprobacion del Congreso y del Gobierno, y faltaria á esa razon de analogía que se encuentra entre la materia electoral y la Administrativa, no esperando, como en las causas de esta clase, la decision prévia antes de proceder.

»Por otra parte, este procedimiento que manifestaba á los pocos pasos del mismo modo la limitacion impuesta á la potestad judicial por la calidad escepcional de la materia de elecciones, produciria el grave inconveniente de trasladarse la lucha de los partidos políticos á los juzgados y Tribunales, en esos momentos primeros en que las pasiones estan mas encendidas, y de oscurecer, que no aclarar, los hechos denunciados: unos electores intentarían probar las falsedades, y otros las calumnias: los testigos serian respectivamente sus parciales, interesados todavía en el

Por otra parte, este procedimiento que manifestaba á los pocos pasos, del mismo modo, la limitacion impuesta á la potestad judicial, por la calidad escepcional de la materia de elecciones, produciria el grave inconveniente de trasladar la lucha de los partidos políticos á los juzgados y tribunales en esos momentos primeros en que las pasiones estan mas encendidas, y de oscurecer, que no aclarar, los hechos denunciados: unos electores intentarían probar las falsedades, y otros las calumnias; los testigos serían respectivamente sus parciales, interesados todavía en el éxito de la lucha; y todos querrian llevar al Congreso, con el testimonio de esta imperfecta sumaria, un elemento de victoria, sin que el Juez pudiese aclarar la verdad con las indagatorias de los delincuentes, puesto que no se les habia de perseguir, y en muchos casos, sin la importante inspeccion de las actas electorales; porque los Gobernadores creerian estar en su derecho rehusándoselas. Y despues de todo, ni estas diligencias serían en verdad un documento bastante seguro para que el Congreso debiese apreciarlo en su fallo, ni la independendencia de la potestad judicial quedaba así mas á salvo, sobreseyendo un procedimiento en que tal vez se hubiese consignado la existencia de un delito.

Pero en nuestro caso, no es solo la materia escepcional la que se opone á recibir á los electores de Medina su pretendida justificacion. Ya dejamos dicho que esta es además inadmisibile por la forma en que se propone. La peticion de que se *apremie* á varios electores á que comparezcan en el juzgado á declarar bajo juramento, si en los dias de la eleccion fueron á emitir su voto y le emitieron, y con quien salieron de su domicilio, etc., es tan anómala, que no se la puede comprender entre nuestras fórmulas del procedimiento. No es un acto de jurisdicción voluntaria, como se la quiere llamar, cuando lleva consigo el aparato de la fuerza; ha dado lugar á una contienda y un recurso de apelacion, y se trata de la comprobacion de un delito. La jurisdicción voluntaria se llama así porque se ejerce *inter volentes* ó *novientes*, en negocios especiales de interés civil, en que no hay contradicción de parte. Sería por lo mismo un contrasentido calificar de actos de jurisdicción voluntaria los que se dirigen á hacer informaciones para perseguir delincuentes. Cuando se trata de delitos públicos, se ejerce siempre la jurisdicción conten-

ciosa. Tampoco se puede calificar semejante justificación, como se intenta, de una información *ad perpetuam*. Las de esta clase comprendidas propiamente entre los actos de jurisdicción voluntaria, no pueden recaer tampoco sobre negocios criminales, han de recibirse con citación contraria, ó del síndico ó del ministerio público, y no han de dar lugar á contienda, limitándose al objeto de preservar derechos urgentes que el trascurso del tiempo pudiera dejar improbados. Y esto no cabe tratándose de hechos criminales, contenciosos siempre, en que no puede incoarse y suspenderse el procedimiento á voluntad del que lo promueve. Semejantes diligencias preparatorias, cualquiera que sea el nombre con que se las apellide, no se conocen en nuestro sistema de procedimientos criminales. Según él, solo se puede proceder á la investigación de un delito por medio de denuncia, de querrela, ó de pesquisa ó auto de oficio. El que quiera perseguirlo, ha de formalizar su acusación ó denuncia de una manera directa y prévia, para que, en su caso, pudiera exigírsele la responsabilidad que impone el Código á los que lo hagan calumniosa ó falsamente. Sin esta garantía ningun Juez puede abrir un juicio ó admitir, sobre delitos semejantes, informaciones. Y sino, que se nos diga si el Juez que las recibiese debería ó no citar á los interesados que se presentasen á contradecirlas; si debería admitir contra informaciones; si debería permitir que se repreguntase á los testigos; si estos podrian ser tachados, ó que mérito si no habria de darse á tales justificaciones; y si cabria la recusación del Juez y el recurso de apelación, ó por qué reglas se habrian de resolver las muchas cuestiones que ocurren en toda clase de juicios, que surgirian en esta materia tan delicada. Nosotros no vemos términos hábiles para admitir la pretendida justificación de dichos electores. Si tales diligencias fuesen necesarias para ilustrar al Congreso sobre la legalidad de la elección de sus Diputados, seria preciso decir que la ley electoral estaba manca. Esto al fin no es mas que dar alguna latitud á las muchas observaciones á que se presta la materia, si bien innecesarias ya, para que la Sala quede convencida, como debe estarlo sobradamente, de los fundamentos de la petición fiscal.

Proponiéndonos al publicar el *Boletín*, mas bien ilustrar la opinion pública hasta donde alcancen nuestros escasos conocimientos, que sostener con tenaz empeño las doctrinas que profesamos, con placer insertamos en sus páginas las impugnaciones de distinguidos jurisconsultos, cuyas lecciones recibiremos siempre con singular aprecio. Nuestros lectores ganarán tambien en esto, porque el *Boletín* será así un repertorio en donde puedan consultarse las doctrinas y opiniones de los jurisconsultos mas esclarecidos.

Creyéndonos aludidos por el Sr. Fiscal de la Audiencia de Burgos, temimos mucho ser vencidos en el debate, porque con complacencia reconocemos la superioridad de sus conocimientos. Pero cuando vemos que nuestra opinion se combate porque se cree fundada en un *error*, y este error consiste en que nosotros hallamos analogía donde no la hay, recobramos ánimo para entrar de nuevo en la lid, y medir nuestras armas con las contrarias.

Dícese que no hay analogía, porque el procedimiento contra los empleados del orden administrativo, se detiene ante la autorizacion del Gobernador civil, *porque este fuero es de personas, y el de los actos electorales es de cosas*. Si esta es la única razon que sirve de fundamento para negar la analogía, entonces nuestro será el triunfo en la contienda, porque cosa reconocida es que la garantía de la autorizacion es concedida á las cosas ó mas bien de ellas dimana, á pesar de que aproveche á las personas. En prueba de la proposicion que dejamos sentada, podriamos citar las opiniones de autores célebres que comentando la jurisprudencia administrativa del vecino reino de Francia así lo sostienen; y podriamos tambien transcribir las resoluciones del tribunal de casacion que lo ha declarado en reiterados negocios.

Pero no queremos recurrir á la jurisprudencia extranjera, sin embargo de que es la fuente de donde se ha tomado la nuestra, hasta el extremo de traducir literalmente alguna de sus disposiciones : bástanos consultar á los principios legales. En primer lugar, es preciso no perder de vista que la cuestion sobre procedimientos no es de competencia, porque esta nadie se la niega á los juzgados: la cuestion es mas bien de oportunidad del procedimiento.

:

Dejando sin embargo aparte esta cuestión, preguntaremos, ¿pueden los empleados del orden administrativo en los casos en que procede la autorización prescindir de que se impetre? Es claro que no: pues bien, todos los fueros personales pueden renunciarse, y por lo mismo si lo fuera el de que se trata estaría sujeto á esta regla general.

Por otra parte, ¿en qué casos se necesita la autorización? ¿Es por ventura cuando se procesa á un empleado? No; la autorización se necesita cuando se procede contra el empleado de la administración por delitos cometidos en el ejercicio de las funciones administrativas: luego el fuero no emana de la persona ni á ella se concede, si bien dado por causa de la cosa refluye en la persona.

Finalmente, la razón legal por la que se exige la autorización, prueba esto mismo: se concede, no porque se veje á la persona, no porque la categoría lo requiera, sino porque no se entrometa el poder judicial á juzgar sobre asuntos propios de la administración, sin que esta los examine antes y conceda la vènia correspondiente. Véase, pues, si existe ó no analogía.

CUESTION DIEZ Y OCHO.

¿Las disposiciones de los artículos 258 y siguientes del Código, son aplicables tambien á las mujeres?

La cuestion de que vamos á ocuparnos se ha resuelto en sentidos opuestos, no tan solo en las diferentes Audiencias del reino, sino tambien en las diferentes Salas de que una misma Audiencia se compone. Las consecuencias de esta lamentable discordia matan el prestigio de la autoridad, consuman la mas notoria injusticia, y remiten á la casualidad el castigo ó la impunidad de los delincuentes. ¿Qué opinion mas desventajosa podrá formarse de los Tribunales que la que emane del exámen del cuadro irregular de una estadística que por los mismos hechos absuelva ó condene? ¿Qué cosa mas repugnante que esa encontrada calificacion de los hechos, cuyo fundamento no cuida de examinar la multitud espectadora que vé condenar una vez lo que otra se absuelve? ¿Qué cosa mas dura y aflictiva que deber á la casualidad del repartimiento la condenacion ó la absolucion de la culpa? Luego que en un pais cualquiera se observa esa discordancia monstruosa, deber es del Gobierno poner inmediato remedio á tan funesto desacuerdo, si es que estima en algo el buen crédito de sus leyes y el prestigio de sus Tribunales.

Confiados esperábamos que por quien corresponde se hubiese publicado la aclaracion oportuna para uniformar los fallos de los Tribunales: así lo debíamos esperar cuando por el Tribunal Supremo se habia instruido el espediente prevenido sobre duda de ley y consultado á S. M. la aclaracion correspondiente. Sin embargo la discordia permanece, los fallos encontrados se repiten todos los dias, el mal se propaga y el desprestigio se aumenta: no podemos comprender la razon que justifique un silencio tan pernicioso, cuando tan apremiante es el mal y tan fácil el remedio. Acaso se haya aplazado la resolucion para cuando se realicen las reformas generales del Código; pero si así fuese lamentariamos esta medida, porque cuando el error ocasiona daños irreparables, las medidas impiedientes de su consumacion no consienten aplazamiento: si el Código no comprendiese á las mujeres, para las que hubiesen sentido los efectos de la sentencia condenatoria, la aclaracion futura seria un remedio que hiciera mas patente la injusticia y mas dolorosas sus consecuencias.

No nos consideramos ciertamente autorizados para decidir tan empeñada y debatida cuestion: no es nuestra voz la que ha de difundirse por todas partes para acabar con esa discordia fatal: débiles son nuestras fuerzas para emprender tan árdua tarea, y ninguna nuestra autoridad, como escritores, para poner término á las opiniones discordes; pero diremos sin embargo la nuestra, que cuenta con un *respetable apoyo* y puede servir acaso para uniformar la práctica de los Tribunales.

Versa la duda sobre si son ó no aplicables á las mujeres los artículos del Código que sancionan penas para castigar á los reos de vagancia en sus diversas calificaciones; y en los diferentes informes que han remitido, resalta á primera vista la influencia que han ejercido en el ánimo de los magistrados, que opinan en sentido negativo, las consideraciones que dentro de los límites del derecho constituyente pudieran alegarse con mas ó menos sólido fundamento. Por esto, el que suscribe, despues de consignar sus opiniones respecto á la interpretacion de los artículos calificados de dudosos por su literal contesto, descenderá á esplanar sus ideas en ese terreno de las teorías susceptibles de debates, sostenidos por razones de órden diverso.

El artículo 258, considerado en sí mismo y aun con relacion

á los demas que comprende el libro 2.º del Código penal, no da ocasion á duda alguna; describe la vagancia de un modo claro, esplicito y terminante, y si no se buscaran razones de interpretacion en sentido restrictivo fuera del testo, ciertamente que no se suscitara esa duda que seria capaz de producir una anarquía de trascendencia infinita en la administracion de justicia. Ó es ó no una verdad en el estado jurídico la de que la espresion del género masculino comprende tambien al femenino cuando espresamente no se le exceptua: si lo primero es cierto, toda duda que se promueva es un abuso de interpretacion; si lo segundo, sería forzoso reconocer que las mujeres por regla general quedaban exentas de responsabilidad criminal, porque muy rara vez se menciona á su sexo al sancionar penas para los hechos que se declaran justiciables.

Esta observacion hace comprender claramente que el Código penal ha creido á las mujeres capaces de incurrir de hecho en el delito de vagancia, y que las ha declarado de derecho responsables criminalmente, porque es una verdad indisputable la de que en el idioma de las leyes, en general, y en el del Código moderno en particular, la locucion en género masculino comprende á los dos sexos, y por eso únicamente cuando se ocupa de los delitos especiales de cualquiera de ellos lo determina y especifica. De modo que sin duda de ningun género puede sentarse como doctrina legal incuestionable, que el artículo 258 hace referencia, segun su contesto, á las personas de ambos sexos.

Sin embargo, recurriendo al Diccionario de la Academia para esplicar el sentido ó significacion jurídica de la palabra vago, por su significacion gramatical, parece que tan solo podrá aplicarse al hombre, porque aquella voz carece de género femenino en algunas ediciones, y en la de 1843, vago significa el hombre sin oficio y mal entretenido. A pesar de esto, cosa por desgracia harto sabida es que el Diccionario de la Academia no siempre describe con exactitud y acierto la significacion propia de las palabras, y lo comprueba evidentemente la falta de uniformidad entre las diversas ediciones al definir nada menos que la misma voz de que se trata: y aunque esta observacion no fuese estimable, no podria prescindirse de reconocer que la acepcion de las voces en su sentido gramatical, no es la misma que en el ju-

rídico; y sobre todo que pudiendo demostrarse por las leyes antiguas, que la vagancia se hizo extensiva á ambos sexos, la espresion del Diccionario de la Academia nada significa en el idioma de la jurisprudencia.

Pero si alguna dificultad se ofreciera de esas que nacen de la oscuridad de las palabras, porque las que emanan de las razones de justicia general ó de conciencia no son las mas veces dudas sino argumentos en contra de la ley, las reglas de interpretacion aconsejan que la luz que haya de esclarecer el sentido de la oscura ó dudosa, se busque en la historia del derecho y en el origen histórico de la ley antes que en esas otras razones acomodaticias de la ciencia abstracta de la filosofia del derecho penal. Penetrando en ese intrincado laberinto que se forma de los encontrados y seductores razonamientos de los criminalistas teóricos, apenas se contaria una sola ley que no se interpretara en sentidos, si no opuestos, al menos diversos ó discordes, y jamás se constituyera una jurisprudencia uniforme y compacta que pudiera elevarse á ciencia compuesta de reglas fijas é invariables.

Pues bien, retrocediendo, como si fuese necesario, á nuestras antiguas leyes, ellas responden que lo mismo se ha considerado digna de represion y castigo la vida vagabunda de la mujer que la del hombre. En efecto, si por algun tiempo la vagancia no fué considerada como inaccion justiciable, claro es que no puede recurrirse á esta época para dilucidar la cuestion de que se trata; de ella únicamente pudieran deducirse consecuencias desfavorables á la calificacion de la vagancia como delito; pero cuando ya se la colocó en el catálogo de las acciones ú omisiones punibles, la mujer fué considerada como capaz para incurrir en él y se sancionaron penas para castigarla y escarmentarla. La mas antigua de nuestras leyes sobre vagancia se halla inserta en la Novísima Recopilacion, y figura *la 1.^a en el tit. 31, lib. 12.* En ella se observa que el Sr. Rey D. Enrique II y sus sucesores D. Juan I y D. Juan II, reconociendo el grave daño que resultaba al Estado de la vida vagabunda y holgazana, tanto de los hombres como de las mujeres, mandaron que si ninguno del pueblo los quisiese tomar para servirse de ellos por un mes sin soldada, las justicias de los pueblos les hiciesen salir de la villa despues de haberles hecho dar sesenta azotes. Mucho mas rigo-

rosa esta ley que el Código penal, condenó la vagancia sin distincion de sexo con pena infamatoria: *Esta ley y la 2.^a del mismo título y libro*, vigentes en 1552, sufrieron en esta época una reforma importante en lo relativo á la penalidad, y tal vez de ella quiera deducirse que la vagancia de las mujeres dejó de ser un delito: las penas de destierro y azotes se convirtieron en servicio de galeras por mas ó menos tiempo, segun las circunstancias: y como las mujeres no pueden ser destinadas á este trabajo, tal vez de la imposibilidad legal quiera inferirse la irresponsabilidad criminal. Pero esta deducción carece de las condiciones lógicas que la hicieran estimable, porque la ley que D. Carlos I y su madre Doña Juana publicaron en 1552, no trató de la vagancia sino para adoptar y sancionar una medida especial; no derogó las antiguas leyes, y por consiguiente, en los casos en que no fuese aplicable la reforma, preciso era estar á la anterior jurisprudencia, como acontece siempre que una ley no es absolutamente derogatoria de otra anterior.

Desde estos lejanos tiempos hasta el reinado del Sr. D. Felipe V, las justicias olvidaron el cumplimiento de su deber en esta materia, como espresamente lo declara la *ley 6.^a del título y libro antes citados*, y por esto fué preciso recordar su observancia. Mas adelante, en el reinado memorable del Sr. D. Carlos III, fecundo en acontecimientos de grato recuerdo, no pasó desapercibida la tolerancia de las autoridades para con los vagos, y con presencia de las leyes antiguas se arregló la ordenanza de 1775 sobre levas, la cual se ha creido derogatoria de las leyes primitivas sobre vagancia. Tal vez examinada esta ordenanza ó sea la *ley 7.^a, tit. 31, lib. 12 de la Nov. Recop.* pretenda reputarse circunscrito aquel delito á los varones, y naciente una nueva era, desde la cual ya las mujeres quedaron exentas de responsabilidad criminal; y acaso tambien se juzgue, no sin fundamento, que desde 1775 la vagancia dejó de ser un delito. No incumbe á nuestro objeto descender al estudio minucioso de esta última proposicion; ocupándonos de la primera, lícito debe ser asentar como verdad incuestionable, la de que esa ordenanza preceptiva de las levas, y determinante de las condiciones y requisitos con que habian de realizarse, ni declaró á las mujeres exentas de responsabilidad por la vagancia, ni la cumplia tampoco

hacer esta declaracion, porque se proponia tan solo establecer los medios de ejecutar las levas; pero al través de sus disposiciones á este fin encaminadas se deja traslucir la idea de que tambien el sexo femenino podia incurrir en aquel delito, ó mas bien en aquella falta, digna de correccion que la precaviera, y no de pena que la escarmentara. En efecto, el preámbulo de la ordenanza, espresa el pensamiento cardinal que se propone; el de establecer el modo de hacer en adelante las levas, con el fin de dar empleo útil á los vagos y á las *personas ociosas*, entre las cuales no puede menos de contarse á las mujeres, si espresamente no se escptuan, porque esta palabra *personas* no representa exclusivamente al género masculino. Esa *ordenanza*, por otra parte, reconoció como medio de extinguir la vagancia el de dar destino á la gente ociosa por su voluntad ó por impedimento, y adoptó el servicio de las armas como higiénico contra las malas tendencias de los vagos. Era, pues, improcedente que la *ordenanza* mencionara siquiera á las mujeres, porque no correspondian á su objeto; pero el artículo 40 reservó para mas adelante la determinacion de los medios de dar ocupacion á los vagos inútiles para el servicio militar, y la *ley 10, tit. 31, lib. 12 de la Nov. Recop.*, que en parte cumplió esta promesa, hace ya mencion en el *artículo 1.º* de los seres de ambos sexos, mandando que las justicias amonesten á los padres para que recojan á sus hijos ó hijas vagos, etc.: la *ley 12 del mismo título y libro*, en el párrafo 6.º prohibe que sean destinados á los hospicios los hombres ó mujeres que puedan perjudicar á los establecimientos: la *ley 14* ordena á los corregidores que no consientan en los pueblos vagamundos ni gente sin destino y aplicacion al trabajo. Resulta, pues, de la precedente reseña de nuestra jurisprudencia, que luego que la vagancia fué considerada como delito, se declararon incursas en las penas que establecieron las leyes las personas de ambos sexos; y que asimismo, cuando la vagancia se reputó mas bien como una situacion peligrosa y transitoria para la delincuencia, ya que el sistema de penalidad se convirtió en sistema preservativo y de correccion, tambien las mujeres fueron objeto de la accion tutelar del Gobierno, que antes quiso precaver que castigar.

Pasando desde esta última época de tolerancia, de suavidad y de proteccion hasta los últimos tiempos, puede con-

tarse como un interregno de inobservancia de las leyes la primera mitad del corriente siglo; y así fué que tanto por la incorreccion como por causa de las revueltas políticas, gérmen fecundo de holgazanería y ociosidad, los vagos se aumentaron considerablemente, de tal modo que la *ley de 9 de mayo de 1845* se ha calificado por algunos, por mas que en la discusion del Congreso se indicara lo contrario, de una medida política y de gobierno. Este carácter distintivo de la *ley de 1845* pudiera haberse considerado como un título justificativo de la exclusion del género femenino, lejano siempre de toda intervencion en las revueltas políticas, que asustan y anonadan á esa parte del género humano, tímida por su organizacion; pero *aquella ley* no las excluyó de la pena sancionada para castigar la vagancia, sino que por el contrario, su espresion es igual á la de otras leyes anteriores, que bajo la palabra vagos comprendieron á las personas de ambos sexos, y la misma que usa el *artículo 258*. El diputado *Sr. Martí* tocó, aunque ligeramente, este extremo; pero en su ralacion con la prostitucion que entonces era un delito, y contestado por el *Ministro de la Gobernacion*, si bien declaró este que las mujeres prostitutas por serlo no eran objeto de la ley que se discutia, no espresó que con independenciam de esta condicion, no se tratase de comprenderlas en la *ley*.

Si buscando la esplicacion de los artículos del Código penal vigente sobre vagancia, existen motivos suficientes para entenderlas con aplicacion á ambos sexos, ensanchando el terreno de la interpretacion, buscando la luz que disipe las dudas en las leyes antiguas y modernas de otros paises, que acaso las tomaron de nuestros Códigos antiguos, todavía se vé con mas claridad que la vagancia fué y es un delito comun á los dos sexos. Las leyes inmortales del imperio de Oriente establecieron penas severísimas contra los que se dedicaban á la mendicidad por holgazanería: la esclavitud perpétua era la pena en que incurrian los que pudiendo trabajar se dedicaban por hábito á implorar la caridad pública, cualquiera que fuese su sexo. El Código de las Partidas, que comunmente siguió la senda que dejaron trazada las leyes del pueblo conquistador, se apartó en este punto de la severidad romana, y siguiendo el espíritu filosófico predominante en todas las concepciones del Rey Sabio, aceptó un medio el

:

mas análogo á la delincuencia, pero no el mas á propósito para extinguir la vagancia. Al que pide pan para comer por holgazanería y ódio al trabajo, supuesto que sin él no puede vivir, no dándosele tendrá que dedicarse á una ocupacion lícita. Tal era el espíritu de la *ley 4.^a, tít. 2.^o, Part. 2.^a*; pero olvidó sin duda el autor de esta ley, que al que no le dan, lo toma; y por eso cabalmente la vagancia se considera como el gérmen de donde nacen los demas delitos. Estas leyes tambien comprendieron al género femenino, porque sin escepcion prohibieron que se diese por Dios á los que por él pidiesen limosna, estando sanos de sus miembros.

Si desde los Códigos antiguos se descende á los modernos, calcados sobre las teorías de la nueva escuela penal humanitaria, se observará que el francés, el de las Dos Sicilias y el del Brasil sancionan penas para los vagos sin distincion de sexos; y por último, estendiendo la investigacion hasta el interior de los establecimientos penales de la mayor parte de las naciones europeas, y aun á los de los Estados americanos, se verán personas de ambos sexos recogidas por vivir en la vagancia, obligadas por la autoridad á trabajar en sus talleres: de modo que sin peligro de incurrir en grave error puede asegurarse, que en todo pais siquiera medianamente organizado, las mujeres lo mismo que los hombres, son objeto de la vigilancia de la autoridad judicial ó gubernativa, y obligadas á no vivir en la holgazanería y á espensas de los demas, toda vez que puedan dedicarse al trabajo: y por consiguiente, podrá tambien asentarse que, ya que en España no se conoce otra ley que la penal restrictiva de la vagancia en cuanto á las mujeres, la existente tanto por su contesto literal, como por su comparacion con las leyes españolas y extranjeras antiguas y modernas, se ha de interpretar en sentido estensivo á las personas de ambos sexos.

Sentada esta opinion con presencia del testo de los artículos del Código penal, y como consecuencia lógica de la historia jurídica de la vagancia, forzoso es descender al terreno de las teorías del derecho ó de la ciencia penal, ya que desde ese espinoso y dilatado campo se ha levantado la voz que difunde la discordia entre los Magistrados, y hace interesante esta cuestion, aunque en sentir del que suscribe, la mayor parte de las razo-

nes alegadas en apoyo de la opinion negativa, jamás debieron penetrar en el santuario de la justicia, por mas que pudieran resonar y hacerse valer en el templo de las leyes. No todo es lícito siempre que se trata de interpretar una ley escrita: cuando su sentido se comprende por el análisis del testo, las razones de justicia ó de conveniencia, no son aceptables como elementos de interpretacion: cuando es dudosa en el concepto, entonces la razon de la ley puede patentizar su sentido, pero como no siempre se fundan las leyes en teorías generales que reconocen los criminalistas como axiomas del derecho penal, sin que por esto sean injustas, de aquí, que es muy peligroso y espuesto á incurrir en error interpretar, apoyándose en elementos tan inciertos, como que no pasan de la esfera de opiniones mas ó menos autorizadas, acaso contrarias á las que profesaban los autores de la ley. Por otra parte, la discusion en ese terreno infinito, se extravía fácilmente, y traspasando los límites de la proposicion sentada, se abandona el campo del derecho constituido, separado del constituyente por una valla impenetrable á la par que imperceptible, y deslizándose por tan vasto palenque, se olvida la razon que discurre, de que se trata de lo que es, y se ocupa exclusivamente de lo que debe ser. Tan luego como esto acontece, el Magistrado deja de serlo, y convertido en legislador, lleva á los Tribunales el gérmen pernicioso de la discordia. Así ha sucedido en el caso de que se trata, y así solo se concibe la interpretacion escluyente que ha prevalecido en un crecido número de Audiencias, segun lo enseña la esperiencia.

Para proceder con la claridad posible en asunto tan árduo como grave, fundaremos primero nuestra opinion para hacernos luego cargo de las razones en que se apoya la contraria. Reconocida la vagancia, propia y legalmente dicha, como un delito, á pesar de las opiniones infundadas en contrario sostenidas, la primera razon favorable á la interpretacion estensiva del artículo 258, se funda en un principio de justicia eterna; en la igualdad y universalidad de la ley, cualidades que van inherentes á ellas como que constituyen su esencia primitiva. Las acciones ú omisiones que son consideradas punibles por causas morales ó sociales, lo mismo obligan al hombre que á la mujer, á menos de que circunstancias especiales las circunscriban á uno de ellos,

por consideraciones del orden social. Pues bien, dado que la ley ha calificado á la vagancia como una inaccion criminal; toda vez que la mujer sea capaz de vivir en ese estado que la ley reputa delito y como tal le castiga, la mujer tiene que ser criminalmente responsable como el hombre: lo contrario seria injusto, porque si la diferencia de sexo no puede influir en la perpetracion del hecho ó de la omision punible, claro es que tampoco podrá justamente establecer una diferencia esencial en la calificacion legal.

Por esta causa los partidarios de la opinion negativa han recurrido á un medio que destruye el supuesto por su base: han asentado que la mujer no puede ejercer destinos ni empleos; han dicho que la mujer en sus diversos estados de familia, no está por lo comun obligada á trabajar fuera de los oficios domésticos para mantenerse, y de estas premisas inexactas, presentadas bajo diferentes aspectos, han deducido que ni siquiera existen términos hábiles para incurrir en vagancia. Si esto fuera así, la cuestion sería estéril en resultados, cualquiera que fuera la estension del *artículo 258*, y ciertamente que el empeño en sostener cualquiera de las dos opiniones apareciera con los caracteres de ridículo, porque lo es en efecto disputar sobre lo que no puede acontecer ni producir efecto. Pero desgraciadamente no es cierto que faltan elementos para que la mujer incurra en vagancia; porque no es exacto que no tenga obligacion de trabajar para mantenerse, y aun para mantener á sus hijos: verdad es que son menos los casos en que la mujer tiene sobre sí esa pesada carga; pero el mas ó menos no mudan la especie. La mujer soltera está sujeta á la potestad del padre, y este debe mantenerla; pero aun en este estado, ¿no es posible que como el hijo de familia incurra en vagancia? ¿Acaso los padres tienen obligacion de mantener á sus hijas vagamundas y mal entretenidas? El padre debe educarlas, debe mantenerlas en su obediencia, pero el hecho y el derecho distan á las veces infinitamente, y cuando el padre no pueda sujetar á la hija á la aplicacion al trabajo propio de su sexo, el padre debe tener en la ley un auxilio que le salve de toda responsabilidad moral y legal. La mujer ademas puede vivir en estado de independencia, como acontece con las viudas, y en verdad que entonces no podrá alegarse razon alguna que las

exima de la obligacion de trabajar, cuando no posean bienes ó tengan medios lícitos de subsistencia. Véase, pues, como no es exacto el supuesto de que la mujer por falta de términos hábiles no puede incurrir en vagancia.

Busca tambien la opinion negativa un apoyo en la razon de la ley, ó sea en el fin que se propone castigando á los vagos; y como si fuese una verdad que no alcanza aquella razon á las mujeres, ó lo que es lo mismo, que la imposicion de pena á estas carece de objeto, dedúcese que no puede hacerse á ellas estensiva la sancion del *artículo 258*. Pero el supuesto de este razonamiento es completamente inexacto como el anterior. Ciertamente que la holgazanería de los que pueden trabajar y no lo hacen, á pesar de que no cuentan con un medio lícito de subsistencia se reputa delito, y como tal se castiga á sus autores: verdad es tambien que la ley penal sobre vagancia se apoya principalmente en que la ociosidad y la holganza, son el taller en donde se adiestran los que son ó aprendan á ser delincuentes; y por último, cierto es asimismo que en la necesidad de precaver, que gravita sobre el poder que legisla y gobierna, se funda la razon que justifica las leyes que penan la vagancia; pero ¿será tambien una verdad que esa razon, y por consiguiente la ley no alcanza á las mujeres? ¿Acaso estas no propenden á los delitos cuando viven ociosas, y necesitan adquirir recursos para mantenerse sin reparar en los medios? Cuando los hechos hablan, todas las teorías se convierten en vanos razonamientos. Las mujeres son próximamente capaces de todo lo que los hombres y de mucho mas en circunstancias especiales: la estadística criminal, la esperiencia de todos los dias son testigos irrecusables de que las mujeres inficionadas con el sabroso alimento de la ociosidad, no tan solo se hallan dispuestas á la perpetracion de los delitos de cierta especie, sino que ademas poseen cualidades muy á propósito para inducir á los hombres al crimen. ¿Quiénes son, pues, los auxiliares ordinarios de los grandes criminales sino las mujeres? ¿Quiénes son los que encubren, auxilian y dan albergue á los salteadores de caminos y bandidos, sino las mujeres que viven de los productos de la rapacidad de aquellos? ¿Cuáles son las personas por lo comun mas diestras en las estafas sino las mujeres, que á la vivacidad de una imaginacion capaz de

todo género de invenciones y enredos reúnen las gracias de su sexo, que tanto influyen en la seducción y en el engaño? Las cárceles y las casas de corrección presentarán sus libros de registro para convencer, no tan solo de que las mujeres ociosas y mal entretenidas se hallan propensas al crimen por sí mismas, sino que reúnen además la funesta cualidad de incitar á los demás á la perpetración de los delitos. Luego la razón de la ley, esto es, la conveniencia ó la necesidad de limpiar al Estado de esa plaga destructora de seres ociosos que amenazan las seguridades individual y propietaria, alcanza lo mismo á la mujer que al hombre, y ambos por consiguiente deben ser objeto de la sanción penal.

Pero al esforzar sus argumentos los partidarios de la interpretación del *artículo 258* en sentido restrictivo, consideran íntimamente enlazada la cuestión sobre penalidad de la prostitución con la de la vagancia, y por lo que de aquella puede decirse razonan contra la ley que califique á esta de delito: aquí es forzoso reconocer que ya la interpretación se sale del terreno que le es permitido recorrer, tratándose de una ley escrita, y que por lo mismo los razonamientos que se fundan en teorías abstractas á nada conducen. Pero aunque así no fuese, y aunque pudiera concederse á la escuela moderna que la prostitución en los términos que nuestras antiguas leyes la toleraron, no puede ni debe castigarse como delito, no podría inferirse en buena lógica que la vagancia, considerada como la senda por la que hácia la prostitución se camina, tampoco podrá calificarse como acción justificable? Si la vagancia condujese única y exclusivamente á la prostitución, aunque el argumento no fuera concluyente, su fuerza sería mayor; pero como ese supuesto es falso, como encamina á la liviandad y á la perpetración de otros delitos simultáneamente, según queda demostrado y acredita la experiencia, de aquí se deducirá que todos los argumentos que tienen su apoyo en aquel falso supuesto, son otros tantos castillos levantados sobre el aire. Aparte de esto, ¿acaso puede sostenerse como una verdad jurídica, que es injusto castigar los medios que conducen á un fin lícito? La contestación afirmativa está en abierta oposición con los preceptos de muchas leyes justas y necesarias para el mantenimiento del orden público. Lícito y necesario es comer

para vivir; pero si el medio elegido al efecto es el de apoderarse de lo ajeno, este medio está reprobado por la ley, y al que le ponga en ejercicio se le castiga con la pena que sanciona. Los medios de conseguir lo que está reputado como lícito, lícitos deben ser también.

Suele alegarse el grave riesgo que corriera el decoro y la honra de las mujeres, si se permitiera á la autoridad penetrar en el hogar doméstico para inquirir los medios de subsistencia que las pusieran á cubierto de la calificación de vagas. Tan peligroso es alegar en casos dados argumentos de cierta especie, como combatirlos, porque muchas veces si bien la ley tolera y permite silenciosamente, como acontece con la prostitucion, este silencio significa demasiado para respetarle y la prudencia de que dá ejemplo la ley, enseña á no fundar en aquel silencio laudable razonamientos que den publicidad á lo que por causas poderosas de conveniencia pública se creyó oportuno callar. Y esta máxima respetable, hasta para los que se ocupan de ilustrar el derecho, todavía es mas sagrada para los encargados de administrar la justicia, porque sus indicaciones sobre la licencia legal, á la que equivale la tolerancia, puede despertar á los que duermen en la ignorancia y colocarles en el camino de los abusos, que aunque no castigados por la ley, no por eso dejan de serlo. Nosotros, huyendo de entrar en debates peligrosos, como lo son los relativos á la honestidad, nos limitaremos á decir que cuando se trata de calificar la moralidad de las acciones en su esencia, no ha de buscarse en los medios ejecutivos la bondad ó la malicia de aquellas. Los argumentos de la índole del antes indicado, deberán tenerse en cuenta para la eleccion de los medios de probar las acciones vedadas por la ley, pero no para su calificación legal.

Por último, buscando en la historia práctica de las leyes sobre vagancia la interpretacion del *artículo 258*, se afirma por los partidarios de la restrictiva, que no obstante el crecido número de mujeres que viven ociosas y mal entretenidas, apenas se podrá contar un solo caso de condenacion por vagancia, deduciendo de aquí, que á pesar de que espresamente no se las ha exceptuado por la ley, la opinion de los jueces las ha considerado escluidas. Si fuese exacta esta observacion histórica, no

dejaría de tener valor en el terreno de la interpretación; pero bien sea que se pase la vista por los tiempos anteriores á la promulgación del Código penal, bien por las posteriores, se verá patente su inexactitud. Desde las reformas que introdujo la ordenanza del Sr. D. Carlos III hasta nuestros días, así como por medio de las levadas se limpiaban las ciudades de los vagamundos que las infestaban, destinándolos al servicio de las armas, así también las autoridades celosas por el cumplimiento de sus deberes recogían á las mujeres de aquella clase y las hacían conducir á los pueblos de su domicilio, sujetándolas á la vigilancia de la autoridad local, y cuando rebeldes se fugaban, vista su incorrección, se las reclusa. Con posterioridad á la publicación del Código penal, varias Audiencias, entre ellas la de esta Corte, las de Burgos, Canarias, Oviedo y otras conservan en sus archivos casos prácticos de causas seguidas contra mujeres por delito de vagancia, en las cuales se las ha condenado con arreglo al *artículo 258*. Véase, pues, cómo la práctica no puede citarse como título justificativo de la interpretación negativa. Lo que sí puede decirse como una verdad lamentable es, que la ley no ha producido todos sus saludables efectos, porque sea la que quiera la causa, es lo cierto que no obstante el crecido número de vagos que molestan é incomodan á los vecinos pacíficos y laboriosos con exacciones y compromisos, de que suele no poderse prescindir, el número de los procesados y penados es escasísimo. Tal vez este mal nazca de vicios en el modo de proceder establecido. Pero no tan solo las Audiencias mencionadas han considerado comprendidas á las mujeres en el *artículo 258* del Código penal, sino que también, según tenemos entendido, el Tribunal Supremo de Justicia ha opinado en el mismo sentido; de manera que podemos afirmar que nuestra insignificante opinión cuenta con el apoyo de tan respetables autoridades.

CUESTION DIEZ Y NUEVE.

¿Son causas suficientes para incurrir en encubrimiento el conocimiento de la perpetracion de un delito, y la ejecucion de cualquiera de las acciones que enumera el artículo 14 del Código penal? ¿Las circunstancias que aumentan ó disminuyen la pena del autor del delito, influyen en la pena imponible al encubridor?

Nuestros lectores conocen ya el sistema que constantemente observamos en la discusion, y por consiguiente no estrañarán que antes de entrar en el debate, procuremos fijar la significacion jurídica de las palabras de que se compone el primer tema que dejamos propuesto. Encubridores, decimos, de un delito, y para saber de que clase de criminalidad se trata, ocúrrese en primer término preguntar, ¿quiénes son encubridores segun la significacion legal de esta palabra? El artículo 14 del Código penal, es el único que describe las circunstancias que deben acumularse para incurrir en responsabilidad criminal por encubrimiento, y de él debemos deducir la definicion y sus consecuencias. Examinémosle.

Dice el artículo 14 del Código reformado, conforme en su mayor parte con el primitivo: *son encubridores los que con conocimiento de la perpetracion del delito, sin haber tenido par-*

ticipacion en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad á su ejecucion, de alguno de los modos siguientes:

1.º *Aprovechándose por sí mismos, ó auxiliando á los delinquentes para que se aprovechen de los efectos del delito.*

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

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

1.ª *La de intervenir, abuso de funciones públicas de parte del encubridor.*

2.ª *La de ser el delincuente reo de regicidio, de parricidio ó de homicidio, cometido con alguna de las circunstancias designadas en el núm. 1.º del artículo 333, ó reo conocidamente habitual de otro delito.*

El estudio del precedente artículo del Código penal hace conocer que no se han definido al encubrimiento ni al encubridor con la precision, con la claridad que requieren las reglas de buena lógica: sin embargo se han descrito las condiciones esenciales que constituyen esta especie de criminalidad; pero acaso no siempre se medite profunda y detenidamente acerca de ellas, y tal vez pueda incurrirse en injusticia condenando á los que, aunque encubran en el sentido gramatical de esta palabra, no puedan calificarse de encubridores en el sentido legal, ó al contrario, se absuelva á los que realmente sean criminales. Para explicar la descripcion del artículo 14, menester es poner en juego los principios generales que rigen en la materia criminal, porque lo mismo son aplicables á la accion, que á la complicidad, que al encubrimiento.

Dijimos en la *Cuestion 2.ª*, pág. 20, que el conocimiento de la accion material y su relacion con las leyes, era uno de los requisitos esenciales para la imputacion de las acciones; y este principio inmutable de justicia es de rigurosa aplicacion á la criminalidad que constituye encubrimiento, porque los hechos materiales que le inducen, considerados en sí mismos con independencia de otros, son todos lícitos, son libres, supuesto que ni ofenden á la sociedad ni al individuo. El aprovechamiento de ciertos efectos, la ocultacion de una persona, la proteccion de su

fuga, la destruccion de ciertos efectos ó instrumentos con el asentimiento de su dueño, son todos hechos, que aislados, independientes de otros anteriores, no son imputables: es preciso, pues, que por su conexion con acciones precedentes prohibidas y penadas por la ley, sean punibles, como participantes del vicio que afecta á las acciones que los promueven y producen.

Infiérese de cuanto dejamos espuesto, que el vicio cardinal de las acciones que constituyen delincuencia por accion, está marcado, por decirlo así, en la accion misma; pero el vicio de la criminalidad por encubrimiento es relativo á otra accion precedente, sin la cual fuera lícito, lo que por causa de ella será penable. Esto supuesto, y no pudiendo imputarse las acciones sino cuando se tiene conocimiento de la sancion penal, claro es que para que los hechos que constituyen encubrimiento sean justiciables, es menester que su autor conozca la existencia de la perpetracion del delito, con el que se hallan íntimamente ligadas en el caso concreto de que se trate.

Al ocuparnos de esta materia pudiéramos tambien examinar si la accion del encubridor tiene que comenzar despues de la perpetracion del delito, ó puede preceder á este. La antigua jurisprudencia confundia la complicidad con el encubrimiento; fijaba su atencion exclusivamente en la participacion en los hechos criminales, y el arbitrio judicial regulador de las penas imponia la correspondiente á la cantidad de la culpa. En la actualidad, cuando el Código ha especificado los hechos que constituyen encubrimiento, seria tiempo perdido el que se invirtiera en prefiar la época desde la cual puede empezar el encubrimiento, porque todos aquellos hechos tienen precisamente que ser posteriores á la perpetracion del delito.

Pudiéramos tambien preguntarnos si el encubrimiento tiene aplicacion á los delitos frustrados y á la tentativa, porque las palabras del artículo 14 dan ocasion á dudar. *Son encubridores, dice, los que con conocimiento de la perpetracion del delito etc.*; luego si el delito no se ha perpetrado, no cabe encubrimiento, por la sencilla razon de que lo que no existe no puede conocerse ni ignorarse; y como que la perpetracion representa la idea de la realizacion de un hecho, y es indispensable su conocimiento para ser encubridor, quiere decir que puesto que los delitos frustra-

dos y las tentativas se dicen tales precisamente, porque no se han consumado, parece incuestionable que respecto á aquellos no es posible el encubrimiento. Sin embargo, menester es no confundir la perpetracion con la consumacion; el delito se perpetra toda vez que se realizan los hechos que constituyen responsabilidad criminal, y se consuma siempre que consigue el propósito que se habia propuesto su autor: así es que todo delito consumado es á la vez perpetrado; mas por el contrario, no todo delito perpetrado es á la vez consumado. Esto supuesto, el encubrimiento lo mismo tiene aplicacion á los unos delitos que á los otros.

Pero no basta para encubrir tener conocimiento de la existencia ó perpetracion de un hecho punible, es necesario que subsiga algun acto de aquellos que constituyen encubrimiento, porque no todas las acciones que puedan tener relacion con el delito se hallan penadas por la ley; es preciso ademas en ciertos casos que la persona que las ejecuta reuna ciertas condiciones, y que el delito sea de una especie dada, ó por el contrario, en otros es menester que no existan relaciones de cierta clase entre el autor y el encubridor del delito. Respecto á todos estos extremos no son necesarias esplicaciones; el texto del *artículo 14* los enumera minuciosamente.

No es suficiente sin embargo para incurrir en encubrimiento la concurrencia simultánea de una accion de las espresadas en el *artículo 14* y del conocimiento del delito; debe ser necesario, indispensable algun requisito ademas. Es precisa la intencion punible de su autor, sin ella no puede ser castigado, porque no se comprende que la ley considere dignos de la severidad de las penas, sino aquellos actos que son hijos de la voluntad, libre y maliciosa, ya sea, permítasenos la distincion, presunta, atendida la naturaleza del hecho, ya espresa, porque resulte justificada la causa de obrar. La prueba de las proposiciones que acabamos de sentar resulta del contexto del *artículo 14*.

Efectivamente, estudiando detenidamente las causas de encubrimiento que enumera el Código, obsérvase que tratando de la ocultacion ó destruccion de los instrumentos, los efectos ó el cuerpo del delito, exige que el autor de cualquiera de ellos se proponga impedir su descubrimiento; y cuando hace mérito del

aprovechamiento propio ó del auxilio para que otros se aprovechen de los efectos del delito, no hace mencion de aquella circunstancia. La razon de esta diferencia se comprende á primera vista; en el primer caso cabe muy bien la ocultacion sin propósito de impedir el descubrimiento del delito; en el segundo no es fácil separar la participacion de la delincuencia, porque así como, v. g., puede muy bien acontecer que sabiendo que se ha cometido un robo se compongan los efectos fracturados, que en caso de homicidio se arroje el arma homicida ó se laven las manchas de sangre sin proponerse otro fin que el de poner las cosas estropeadas en estado de servir, así por el contrario se presume justamente que quien auxilia ó protege á un tercero para que se aproveche de lo robado, acepta las consecuencias de la participacion y aprobacion del delito. Es, pues, indispensable que á los actos que constituyen encubrimiento acompañe la intencion de participar de las consecuencias del delito, ó de impedir el castigo de los delincuentes.

En conclusion, para incurrir en responsabilidad criminal como encubridor, es menester que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: 1.^a el conocimiento de la perpetracion de un delito: 2.^a la ejecucion de cualquiera de los actos que segun el *artículo 14 del Código penal* se reconocen como causas de criminalidad: 3.^a la intencion de participar de las consecuencias del delito ó de impedir el descubrimiento de sus autores.

Algun ejemplo pudiéramos citar en el que, segun nuestra opinion conforme con las teorías que dejamos sentadas, seria duro, escesivamente severo, nos atreveremos á decir injusto, que se castigara á los autores de la accion que el *artículo 14* cita como ocasional de encubrimiento. Supóngase que cualquiera en cuyo poder se hallaba una pistola de un amigo la utiliza para matar á otro, y consumado el homicidio se la devuelve, y sabedor su dueño del delito perpetrado la inutiliza: supóngase que trabada riña contra la voluntad del inquilino de un local se derrama en él sangre por el herido y que aquel la limpia: supóngase que hallándose ocultos en su habitacion efectos de ilícito comercio los quema para que desaparezcan, ¿podrá en cualquiera de estos casos calificarse de encubridor al que tales acciones ejecuta? Claro es que no, porque no se propuso impedir el des-

cubrimiento del delito, sino estorbar que por sospechas, por indicios se le imputara un hecho en que no habia tenido participacion alguna, se le exigiera una responsabilidad inmerecida.

Sentados ya los principios que deben servir de premisas para discutir el tema que nos hemos propuesto esclarecer, fijemos la atencion en el *artículo 64 del Código penal*; examinémosle científicamente y deduzcamos consecuencias. Dice aquel: *á los encubridores se impondrá la pena inferior en dos grados á la correspondiente á los autores del delito*. La regla que el artículo transcrito comprende, parece á primera vista trivial y sencilla: tanta es su aparente claridad, que con independencia de las consideraciones filosóficas que pueden dar márgen á discusion relativa á la justicia proporcional de la pena, acaso se crea exenta de toda duda.

Sin embargo, se han suscitado algunas cuestiones de incalculable trascendencia, se ha interpretado el *artículo 64* de una manera tan impropia, que si tal fuese su sentido, mereciera la calificacion de absurdo. Nuestros lectores se asombrarán sin duda de que se haya opinado que el *artículo 64* no establece una pena cierta, fija; pero así es lo cierto; así se ha creído, y consiguiente á este error de interpretacion, se ha fallado, dejando de imponer pena á los encubridores conocidos, por no ser posible penar al autor del delito consumado, en atencion á que habia fallecido pendiente el sumario.

Nos abstuviéramos de indicar siquiera que de tal modo se ha estraviado la razon al interpretar uno de los artículos mas claros, de mas fácil esplicacion, sino fuera por el sobresalto que nos causa el temor de que se reprodujera aquella errónea interpretacion del testo legal. Una cosa es que el artículo no prefije una pena especial, y otra muy distinta que no señale una pena fija en el género: una cosa es que la pena sea relativa, y otra diferente que no sea cierta, conocida y fija. Si el referido se conoce, si es fijo,

lo es tambien el referente. El Código, que se propuso no dejar al arbitrio judicial la determinacion de las penas imponibles; que tropezó con la imposibilidad de prefijar una pena sola, única, cierta para todos los casos de encubrimiento, cualquiera que fuere el delito encubierto; que creyó que respecto á la penalidad de los cómplices y los encubridores debia guardar estrictamente las reglas de proporcion entre la culpa y la pena, y los principios invariables, eternos de justicia distributiva, eligió como medio á propósito para cumplir con todos estos dogmas la sancion de penas para los encubridores, referentes á las señaladas para los autores de los delitos.

Tal vez se haya fundado la interpretacion que combatimos en la frase relativa á la pena *correspondiente á los autores del delito*, deduciendo de ella que el tipo regulador de la pena del encubridor no es la señalada por la ley para el delito, sino la que en cada caso en concreto corresponde imponer al autor de aquel. No parece infundada esta observacion, porque una cosa es la pena *correspondiente al delito*, y otra la *correspondiente á su autor*: la primera es ordinariamente absoluta; la segunda es eventual. En efecto, el *libro segundo del Código penal* acredita la verdad de la primera proposicion sentada; cualquiera que sea la conveniencia del sistema adoptado, es lo cierto que para cada uno de los delitos se prefija una pena cierta, positiva, de duracion fija, y de condiciones relativas á su intensidad y al modo de cumplirse, invariables tambien; pero cualesquiera que sean las circunstancias del delito, la variacion de la pena, su modificacion, el ascenso ó descenso, no tan solo dentro de los grados en que la pena se distribuya por precepto de la ley, sino tambien en la graduacion relativa de las penas entre sí, depende de las circunstancias del delincuente, de estas combinadas con las del delito, ó con las de la persona ofendida.

Si discurriendo con presencia de estas teorías se estudia é interpreta el *artículo 64* aislado é independiente de los demas, no carece de fundamento la explicacion dada á la frase, á la *correspondiente á los autores del delito*; pero como las leyes todas deben guardar entre sí cierta armonía indispensable, para conservar su justicia fundamental, preciso es que para interpretar el *artículo 64* se estudien los precedentes y subsiguientes, y se

consulten tambien la razon de la ley y los principios de jurisprudencia penal.

Todos los artículos que comprende el *cap. 4.º, tit. 2.º, lib. 1.º, seccion 2.ª*, tratan de la aplicacion de las penas á los autores de delito consumado, frustrado, etc., y su espresion respecto al punto de que se trata es diversa, las frases de que el Código se vale, son distintas, y acaso lo sean tambien los pensamientos: analicémosle y veremos que nuestras observaciones son exactas; que no se ha meditado como ha debido la parte de redaccion, y que este defecto nos envuelve en una duda dificil de desatar.

El *artículo 60* determina que á los autores del delito se imponga *la pena que para el delito cometido se halle señalada por la ley*. Esta regla general, absoluta, ó seria injusta ó necesitaba una esplicacion que la determinase, que la circunscribiera á sus justos límites. En efecto, el Código habia clasificado los delitos en consumados, frustrados y tentativas, y como que cada una de estas acciones no es igual á la otra en la cantidad de la culpa, ni en su intensidad, era consiguiente que no se fijara pena igual para castigarlas: luego ó la regla general del *artículo 60* era injusta ó no podia entenderse con toda la latitud que espresan sus palabras: tan autor de delito es el del consumado como el del frustrado y el de la tentativa, y por lo mismo aplicado el *artículo 60* estrictamente á los unos y á los otros, se les impondria igual pena, y como que esto no podria mandarse sin faltar á las reglas de proporcion penal, por eso el *mismo artículo en su párrafo 2.º* ordena que, *cuando la ley señala generalmente la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado*.

Explicado de este modo el *artículo 60*, era menester que se fijaran reglas para conocer las penas imponibles á los autores de delito frustrado y de tentativa; era necesario tambien que se estableciesen otras con relacion á los cómplices y encubridores, porque el Código habia reconocido que su culpabilidad no era igual á la de los autores de delito; así lo efectuó en los *artículos* siguientes, 61, 62, 63 y 64; pero entre las reglas sancionadas con relacion á los primeros, y las referentes á los segundos, se nota una diferencia de gran trascendencia, si se atiende á las cláusulas que los respectivos *artículos* usan.

Tres sistemas distintos pudo ensayar el Código penal, el uno

semejante al que ha seguido el *libro 2.º*, esto es, casuístico, señalando para cada especie de delito frustrado, tentativa, etc., la pena imponible; el otro de relacion, y el otro doctrinal. No necesitamos indagar la causa, nos basta saber que de hecho se eligió el segundo; pero como el sistema de relacion puede ser á la pena imponible por razon del delito ó á la imponible por razon del delincuente, para caminar por una senda segura necesitamos averiguar cual de los dos ha sido el elegido. Si se consulta á los *artículos 61 y 62* se verá que, refiriéndose estos á los autores de delito frustrado y de tentativa, ordenan que se les imponga respectivamente la pena inferior en uno ó en dos grados á la señalada *por la ley para el delito*: y si se leen los *artículos 63 y 64*, se notará que mandan que á los cómplices ó encubridores se les imponga la pena respectivamente inferior en uno ó dos grados *á la correspondiente á los autores del delito*. Nótase, pues, que todos los artículos señalan una pena relativa; pero que el referido es diferente: para los primeros es la pena del delito, para los segundos la correspondiente á su autor.

Si los autores de los delitos hubieran de sufrir siempre la pena prefijada por el artículo especial que comprende el delito perpetrado, insignificante seria que los *artículos* citados hubiesen usado de cualquiera de las dos frases; pero no puede olvidarse que si bien el *libro 2.º* sigue el sistema consistente en señalar una pena para cada delito en especie, al aplicar sus disposiciones deben observarse las demas generales que comprende el *libro 1.º*; y fijando la atencion en los *artículos 71, 72 y 73*, se vé que algunas veces á los autores de los delitos se les imponen penas inferiores en uno ó en dos grados á las señaladas por los *artículos respectivos del libro 2.º* para los delitos de que se trate. Tambien se notará que alguna vez por circunstancias particulares se eleva la pena señalada á un grado mas alto; v. g., en ciertos casos de reincidencia. Véase, pues, cómo son cosas diversas *la pena señalada para el delito, y la pena correspondiente al autor del delito*: véase, pues, cómo con razon decimos que importa mucho determinar cual es la pena referida en el caso de encubrimiento; porque segun que sea una ú otra será mas ó menos grave la imponible al encubridor.

Hemos indicado que las leyes no pueden interpretarse con

:

seguridad de acierto, sino consultándolas en relacion con todas las que tratan de la misma materia: por eso, aunque los *artículos* 61, 62, 63 y 64 dan ocasion á creer que la pena referida para los autores de delito frustrado ó tentativa, es la señalada para el delito, y la aludida para los encubridores es la imponible á los autores de delitos, el *artículo* 66 y la *nota* que le sigue deciden la cuestion en sentido contrario. Efectivamente, ese *artículo* se propone sentar reglas para graduar las penas que han de imponerse á los autores de delito frustrado, de tentativa, á los cómplices y á los encubridores; y constantemente, en todos los casos que se figura, en todas las combinaciones de penalidad primitiva ó referida, hace mencion *de la pena señalada por la ley para el delito*, nunca parte en la graduacion descendente *de la pena correspondiente al autor del delito*: luego la diferencia que se observa entre las frases que usan los *artículos* 61 y 62 y los siguientes 63 y 64 no toca á lo sustancial, no espresa diversos pensamientos; porque si no fuese así, no podian seguirse unas mismas reglas para la graduacion de las penas de los autores de delitos frustrados ó tentativas, y las de los cómplices y encubridores.

La *nota ó tabla de aplicacion práctica de las reglas que sienta el artículo* 66, corrobora la opinion emitida: siempre en ella la distribucion gradual parte *de la pena* señalada para el delito, nunca en ella se hace mérito de la imponible al delincuente.

Ademas de las pruebas espuestas, tomadas del testo de los artículos del Código, pueden alegarse importantes y lógicas deducciones de los mas sólidos principios del derecho penal. Déjase conocer á primera vista que no es una misma la delincuencia del autor de delito frustrado, y la del cómplice, para que por razon de aquella haya de castigarse al uno y al otro con la misma: no es de una igual especie la accion criminal de ambos delincuentes; en el uno la culpa dimana de la participacion en los actos criminales, y la inferioridad de aquella procede de la menor gravedad de las consecuencias; en tanto que en el otro la delincuencia nace de la cooperacion á las acciones penables de un tercero, y la inferioridad de la falta de intervencion directa en los mismos actos. De esta diferencia en el origen de la culpa, nace sin duda la que se nota en la locucion: mal podria decirse

que al autor del delito frustrado se le impusiese la pena inferior en un grado á la correspondiente á la del autor del delito, cuando aquel lo es lo mismo que de delito consumado. Pero como cualquiera que sea la causa de la menor criminalidad, lo cierto es que ni el autor del delito frustrado, ni el de tentativa, ni el cómplice, ni el encubridor son igualmente criminales que el autor del consumado, claro es que para todos aquellos tenían que señalarse penas inferiores.

Por otra parte, las reglas generales sobre aplicacion de las penas, sancionadas para regularizarlas á las circunstancias especiales del delincuente, modifican muchas veces la otra regla general determinante de la pena imponible en un caso dado. Pues ahora bien, supuesto que esa modificacion se funda y justifica por una causa personalísima, y supuesto que es contrario á los buenos principios que las condiciones individuales aprovechen ni perjudiquen á un tercero, debe inferirse lógicamente que la pena referida al prefijar la imponible al cómplice, lo mismo que al encubridor, no puede ser la correspondiente al autor en un caso dado, sino la correspondiente al autor en general con independencia de las circunstancias individuales, porque á no ser así, estas dañarían ó aprovecharían á un tercero, como lo es el encubridor.

La pena, pues, imponible á los encubridores, la pena correspondiente al autor del delito, segun la locucion del *artículo 64*, es la señalada por la ley para el autor, es la que ordinariamente y con independencia de toda circunstancia individual, habia de imponerse al que perpetró el delito. Así, pues, cuando por razon de la edad ó de la concurrencia de circunstancias atenuantes, ó de la reincidencia, no haya de imponerse la pena fija señalada por la ley al autor, sin embargo, esta servirá de punto de partida para la imposicion de la del encubridor.

Tal vez llamará la atencion de nuestros lectores la reincidencia que mencionamos en el párrafo anterior, y se nos arguya que el aumento de pena que en ciertos delitos ocasiona aquella, no es debida á las reglas generales sobre aplicacion de penas, sino á la disposicion especial de un artículo comprendido en el *libro 2.º del Código*, y por consiguiente que como pena señalada para el delito, debe ser la base para la graduacion. Sin em-

bargo, no por eso dejará de ser una circunstancia individual, que atendiendo á los principios generales ordinariamente no debe perjudicar al que la ignora. Mas adelante tendremos que esplanar las doctrinas que profesamos sobre esta materia.

Supuesto que la pena imponible al encubridor es la correspondiente al autor del delito, con independencia de toda circunstancia individual, resta averiguar si la calificación del delito para el efecto de señalar la pena del encubridor en cada caso particular debe hacerse por la materia criminal efectiva, ó por la de que tenga conocimiento el encubridor, y en todo caso, si las circunstancias que elevan el delito á una especie que se castiga con una pena tambien especial, perjudican ó no al encubridor, ó lo que es lo mismo, si aquella pena especial debe servir de base para la graduacion.

El Código penal se limita á sentar una regla general, el artículo 64 es el único que se ocupa de esta materia; difícil y comprometida es la cuestion primera que indicamos en el párrafo anterior: peligrosa por demas es toda discusion; pero en obsequio de la justicia, es menester abordarla. Supóngase que un amigo á quien otro refiere que ha dado á una tercera persona un garrotazo causándole una leve lesion, le entrega el palo para que se le oculte, y que aquel le complace: supóngase que figurando y refiriendo que se ha cometido un hurto de ochento reales, su autor entrega esta cantidad para que se la guarden, y en la realidad se hurtaron trescientos: supóngase que por la historia que hiciera el autor de un delito resultase que el perpetrado fuese un hurto, y despues apareciese que era un robo: supóngase que la relacion del hecho y de las circunstancias diesen margen á creer que se habia consumado un homicidio simple, y despues apareciese que se perpetró con alevosía; en todos estos y otros casos semejantes, ¿se impondrá al encubridor la pena señalada para el delito que aquel creia que se habia cometido, ó la procedente segun el delito real y verdaderamente perpetrado?

Árdua por demas es la contestacion; embarazados nos vemos para sentar una opinion, no tan solo por el riesgo á que nos esponemos de incurrir en error, sino por las funestas consecuencias que lleva en pos de sí cualquiera que sea la doctrina que se acepte. La esperiencia nos ha enseñado que una misma persona y por razon de un mismo hecho, puede verse comprometida á sufrir una pena grave, como lo es el presidio menor, ó á ser absuelto, segun que el Tribunal que ha concurrido á la perpetracion de un delito, una circunstancia que puede fácilmente ignorar el que tiene conocimiento de que se ha perpetrado un delito. El que proporciona la fuga al homicida queda irresponsable de toda pena si no concurre la alevosía, y sufrirá una pena grave si concurriese. Nuestros lectores comprenderán que el que no presencia la perpetracion de aquel delito, puede encubrir creyéndole un homicidio simple, ó verse comprometido á ser castigado por ignorar aquella circunstancia.

No tenemos noticia de que en los Tribunales se haya suscitado esta cuestion; constantemente hemos visto imponer á los encubridores la pena inferior á la señalada para el delito; tal vez no se haya dado caso en el que debiera discutirse. Como quiera que sea, el Código no distingue, la regla que comprende el *artículo 64* es general, absoluta, y segun los principios del derecho, donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir.

Sin embargo, tambien es preciso tener presentes ciertos principios de justicia natural, eterna é inmutable, que aunque no espresos en el testo de las leyes, son mas antiguos y mas respetables que ellas; son la base sobre la que aquellas se confeccionan y promulgan, son los que las santifican. La intencion de delinquir, el conocimiento de la prohibicion de las acciones y su penalidad, son circunstancias sin las cuales es un imposible legal la delincuencia. Pues bien, si al encubridor se le hace entender que se ha perpetrado un delito, y en la realidad se ha perpetrado otro semejante, si por la parte que en la ocultacion toma debe creerse que atendida la materia criminal es otro diferente del ejecutado, ¿por qué ha de responder del ignorado y no del conocido? ¿No dice el *artículo 14* que el encubridor ha de tener conocimiento de la perpetracion del delito? Es indudable que sí; ¿por qué? Porque seria injusto castigar al

que ejecutara una accion lícita ordinariamente, y penable solo en el caso de haberse perpetrado una accion criminal, toda vez que no tuviese conocimiento de esta. Pues bien, lo que se dice del todo debe decirse de la parte; si injusto seria castigar ingnorando la perpetracion del delito, injusto fuera imponer la pena proporcional á circunstancias especiales, cuando no se tuviese noticia de su concurrencia.

No sostendremos esta opinion con la confianza del acierto: temerario empeño seria considerarla como derecho constituido; pero sí juzgamos que es conforme á los buenos principios, y que es aceptable, no obstante la generalidad de la regla que sienta el *artículo 64*. Creemos, pues, que el encubridor debe ser castigado ordinariamente con la pena correspondiente á los autores del delito, ó sea la señalada á este por la ley, siempre que no conste que así como tenia conocimiento de la perpetracion de la accion criminal, le tenia tambien de las circunstancias especiales que constituyen á la vez un delito especialmente penado; y juzgamos asimismo que cuando conste que era sabedor de que se habia perpetrado un delito supuesto y no el realmente consumado, deberá ser castigado con la pena proporcional á aquel. Así solo acontecerá que se le castigue por el delito en que tuvo voluntad de tomar parte ó que intentó proteger.

Antes de concluir creemos conveniente dejar consignado que la pena del encubridor debe ser proporcional al delito, con independencia del autor, y por consiguiente, que cuando no llegó á consumarse se le condenará como á encubridor de delito frustrado, y cuando fuese tentativa del mismo modo como á encubridor de esta. De otro modo cesaria la proporcion penal entre el autor, el cómplice y el encubridor.

CUESTION VEINTE.

Supuesto que la pena debe graduarse prévia calificación de la delincuencia, cuando no sea posible efectuarla, ¿qué pena habrá de imponerse? ¿Se absolverá de la instancia á los procesados?

Tal vez incurramos en error, indicando que la cuestion que acabamos de proponer, no se ocurrió á los autores del Código penal, y en verdad que no nos causa admiracion; porque no obstante la bien merecida fama de los individuos de la Comision, no es fácil prever todas las eventualidades, ni precaver todos los casos. Los eminentes jurisconsultos, las capacidades que se elevan á una altura imperceptible, no descienden jamás á minuciosidades sutiles y escolásticas, que son mas bien propias de las academias. El Código penal es una creacion de esta especie: sublime en sus conceptos, lacónico, como la moda lo exigia, sentó reglas generales; pero desatendió las escepciones, no precavó los casos. Mas de una vez tendrá que lamentarse ese rigorismo de las reglas; acaso sin pensarlo se deje en la impunidad á los criminales: vamos á demostrarlo.

Los artículos 12, 13 y 14 del Código penal comprenden una clasificacion de las personas responsables, fundada en la participacion que toman en la ejecucion de los delitos: son aquellas ó autores, ó cómplices, ó encubridores. Pertenecen á la primera especie los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho pe-

nado por la ley: los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo, y los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado. Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos: y por último, son encubridores los que con conocimiento de la perpetracion del delito, sin haber tenido en él participacion como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad á su ejecucion, de alguno de los modos que especifica el *artículo 14*.

Descritos de esta manera los diversos grados de criminalidad que el Código reconoce para el efecto de graduar la pena, ningun inconveniente encontraríamos en que mas adelante el Código circunscribiera el arbitrio judicial á reglas precisas é inalterables, si no tocáramos con la imposibilidad física y moral de llevar la demostracion de las condiciones de la criminalidad hasta un extremo imposible de vencer. Ya en la *question anterior* indicamos que las trabas y límites estrechos en donde se encierra el arbitrio judicial pueden alguna vez levantar escollos inaccesibles, que dejando ver patente la culpabilidad en abstracto, impidan que en concreto pueda calificarse la criminalidad relativa.

Frecuentes casos prácticos nos han hecho conocer la proposicion que dejamos sentada en el párrafo anterior: repetidas veces los tribunales se han visto colocados en esta angustiosa situacion, y en verdad que no separándose ni una sola línea de las reglas, de los preceptos sancionados por el Código penal, difícilmente habrán podido salir con tranquila conciencia del conflicto que les comprometia. Por una parte la ley rigurosa y severa que les impone el deber imprescindible de calificar la criminalidad respectiva de los encausados; por otra las reglas de aplicacion de las penas con relacion á la especie de culpa, encadenan al magistrado, prohibiéndole el arbitrio prudente; por otra la oscuridad de las pruebas con relacion á las condiciones de la criminalidad, si bien claras con respecto á la delincuencia, le embargan y le confunden. Esta situacion es en verdad tan frecuente por desgracia, como amarga, dolorosa y comprometida para el magistrado.

Y no se nos diga que declamamos; que forjamos en nuestra imaginacion casos imposibles; que nos figuramos lo que no puede

acontecer, porque si tal se nos dijera, contestaríamos que contra la esperiencia son vanos todos los razonamientos teóricos, ó mas bien que solo encallándose la conciencia ó persuadiéndose de que el oficio del magistrado consiste en juzgar, condenando ó absolviendo segun el juicio propio aislado é independiente de la ley, es como pueden desconocerse los escollos que lamentamos.

No hace mucho tiempo que se instruyó una causa por homicidio, en la que resultaba que cinco vecinos de un pueblo custodiaban á una madre y dos hijos que se hallaban en una misma casa, y aprovechando un momento que se quedaron á oscuras, mataron á los dos jóvenes detenidos, sin que de autos resulte mas que el hecho desnudo de ser cinco las únicas personas que se hallaban en el local, dos los muertos con heridas de instrumento punzante, y que ninguna otra persona penetró en la casa. Uno ó dos cuando mas de los presentes, fueron los autores del homicidio: ¿pero cuáles de los cinco? Los que no hiciesen fuerza ¿son tambien delincuentes? En caso afirmativo ¿son autores, cómplices ó encubridores?

En una de las Audiencias de la Península no ha muchos dias que se instruyó causa con motivo de la muerte de un hombre que sostuvo una disputa con tres hermanos que con otros se hallaban reunidos en un sitio dado. Despues de las primeras provocaciones, aquel hombre huyó, los tres hermanos le persiguieron hasta perder á todos de vista las demas gentes que se encontraban en la reunion, resultando por último que el fugitivo se halló muerto con una sola herida á corta distancia del sitio hasta adonde habian visto los testigos que los tres hermanos le perseguian. El juicio crítico racional del magistrado le convence de que uno de los tres hermanos fué el autor de la lesion homicida; pero ¿cuál de los tres fué el que la infirió? Ninguna circunstancia, ni el mas leve indicio hacen distinguir al uno de los demas en términos que pueda inclinar el ánimo del magistrado en favor ni en contra suya. ¿Se podrá calificar á todos de autores de homicidio?

Otros muchos casos podriamos citar de igual naturaleza, que justificaran nuestras observaciones; una célebre causa seria tal vez el testimonio mas fehaciente que pudiera darse del grave riesgo en que la restriccion legal ha colocado á los sacerdotes de la justicia, cuando no pueden determinar, valiéndose de pruebas

:

legales, la especie de culpabilidad de los encausados. ¿Quién ha dicho que hallándose un cadáver dentro de una habitacion, en la cual se aprehendieron tres personas, todas estas fuesen autores de homicidio? En este caso, como en todos, el Código penal exige como condicion esencial que se determine la culpa individual, fundándola en las pruebas resultantes del proceso, para graduar despues la pena respectiva, al tenor de lo dispuesto en los *artículos 63 y 64*. Pues qué, en este caso y en otros semejantes, ¿no es posible que alguno de los tres, y aunque solo fuesen dos los aprehendidos en el lugar de la catástrofe, no tomara parte en la perpetracion del delito? ¿Quién se atreverá á negar esta hipótesis racional, acaso probable? Dada esta, el magistrado prudente, con el Código en la mano, respetuoso á los preceptos de la ley, frio é imparcial calculador de los sucesos, vacila, y vacilando duda, y dudando no puede condenar.

Pero no tan solo nace ese conflicto lamentable de la combinacion de las circunstancias; no es la pluralidad de los sospechosos de delincuencia la que impide solamente la exacta determinacion de la culpa específica del encausado; esa imposibilidad descriptiva emana tambien de la calidad genérica de las pruebas, porque si bien designan á una persona dada como delincuente, no clasifican la criminalidad en que ha incurrido. Todos los dias se presentan causas á la decision definitiva de los tribunales, en las que por haberse hallado, v. g., en poder de una persona cierta los efectos que fueron materia de un hurto, cuya procedencia no puede justificar; por no haber podido acreditar lo que en el foro se llama coartada, ó haber dado una justificacion falsa; por haberse acreditado que á la hora próximamente de la consumacion del delito, estuvo á las inmediaciones del lugar en que se ejecutó, se la considera justamente como criminal. Pero ¿quién ha dicho que esa persona contra la que resulta el convencimiento de delincuencia, no puede ser lo mismo autor que cómplice, que encubridora del delito de hurto consumado? ¿Acaso el hallazgo de los efectos, será mas que un indicio de participacion en el delito? Pues qué, ¿no pueden poseerse aquellos lo mismo por la intervencion como autor, que como cómplice ó encubridor? Los indicios, lo mismo que las pruebas de la ley, pueden arrojar únicamente una demostracion genérica de la participa-

cion en un acto penado por aquella, lo mismo que una justificación específica de esa criminalidad gradual que el Código penal ha clasificado.

Si, pues, esa duda que lamentamos es posible, como queda demostrado; si por desgracia son mas frecuentes que lo que tal vez se crea esos casos de imposibilidad para fijar la clase de culpa en que se ha incurrido, ¿qué reglas, qué principios habrá de seguir el magistrado que se encuentre en tan penosa situación? ¿adónde habrá de recurrir para hallar un precepto legal que justifique sus actos, que salve su conciencia del penoso tormento que deja siempre la incertidumbre que lleva en pos de sí la duda? Y no se crea que ni ante la ley escrita, ni ante el inexorable tribunal de la conciencia, sirve para escusarse el pretesto de que la criminalidad genérica resultaba acreditada, y que por lo mismo la pena impuesta no recayó sobre un inocente. El magistrado es esclavo de la ley, sus manos estan ligadas por los vínculos indisolubles que forman los preceptos de aquella, y el pretesto de la conveniencia pública, del interés social de que se castigue á los delincuentes, son frases vedadas para los sacerdotes de la justicia, y que pudieran conducir al cuerpo social á la arbitrariedad mas perniciosa, porque creando en ellos el hábito de juzgar por la influencia de sus particulares instintos, de sus creencias, viniera á concluirse por hacerles olvidar el santo repeto que deben á las leyes, por amortiguar los sentimientos de su conciencia.

Que el Código penal ha llevado sus preceptos hasta ese sistema de rigorismo gradual de las penas en proporcion de la especie de culpa de los criminales, es una verdad agena de toda duda; porque no de otro modo pueden esplicarse las disposiciones de los *artículos 63, 64, 66 y de la nota de aplicacion práctica de las reglas precedentes*, y porque así solo puede cumplirse con el inviolable precepto de la *regla 44 de la ley provisional*, que prescribe que los *Tribunales y jueces funden las sentencias definitivas, esponiendo clara y concisamente el hecho, y citando el artículo ó artículos del Código penal de que se haga aplicacion*. Pues ahora bien, dado el caso de incertidumbre en la determinacion de la parte que tomaran en la ejecucion de un delito las distintas personas que aparecen indiciadas, ignorando cuál de ellas fué la que perpetró el delito, por mas que conste de una

manera indudable que entre ellas se halla la que le consumó, ¿cómo podrán los tribunales y jueces esponer clara y concisamente el hecho, siendo así que al llegar la narracion á la parte sustancial, al acto preciso de la perpetracion del delito, no conocen á la persona delincuente? ¿Cómo podrán citar los artículos del Código de que han de hacer aplicacion, cuando no pueden determinar la parte que cada uno tomó en la ejecucion? Medítese bien con el Código y la ley provisional en la mano, sobre la situacion embarazosa que dejamos descrita, y se verá patente que si condenase como autor de delito al que solo aparezca convencido de participacion indeterminada, se corre el riesgo grave de imponer una pena superior en uno ó dos grados, á la que corresponde al cómplice ó encubridor, y si la duda emanase de la dificultad en la determinacion de la persona culpable entre las que aparezcan sospechosas, la esposicion es mucho mas trascendental, porque castigando á todos bajo cualquier concepto, de seguro el magistrado impone pena al inocente, acaso imponiendo una menor al verdadero autor del delito.

La antigua jurisprudencia, mas racional y conveniente en cuanto daba mas latitud al arbitrio judicial, salvaba á los ministros de la justicia de esa crítica situacion comprometida y peligrosa, que dejaba á su prudente juicio la apreciacion de los hechos y sus circunstancias, y protegia tambien á la inocencia, porque no la colocaba en una posicion tan arriesgada. Pero la nueva jurisprudencia, llevando el sueño dorado de la justicia de los fallos hasta un término imposible de conseguir, aspirando á obtener en la práctica los efectos de la justicia distributiva, sin haberla tenido presente para sancionar las penas que el *libro 2.º del Código* establece para cada delito, no ofrece recurso alguno de salvacion que sirva de guia al magistrado, y al par que tranquilice su conciencia condenando, le deje el triste desconsuelo de ver impune al criminal, si se decide por la absolucion.

De propósito hemos examinado uno por uno los artículos de la ley provisional, que han sentado algunas reglas referentes á la calificacion de los actos justiciables, y nada, absolutamente nada hemos hallado que servir pueda para encaminar al juzgador; porque los preceptos de la *regla 45* presuponen elementos para formar convencimiento de la criminalidad en abstracto, y aunque

quiera aplicarse á la delincuencia en concreto, cabalmente en los casos á que nos referimos faltan esos elementos que hubieran de servir para especificar la delincuencia.

A falta de reglas ó principios que pudieran ilustrar nuestra razon, y que debieran hallarse consignados en la ley provisional, hemos recurrido al Código mismo para averiguar si en este las encontrábamos, por mas que fuera impropio que en él se incluyeran preceptos relativos á procedimientos. Por desgracia, en vez de encontrar elementos que calmaran nuestra ansiedad, hemos tocado con otro comprobante de impremeditacion, que colocará en nuevo conflicto á los tribunales de justicia. En efecto, el *artículo 334* prescribe, que en el caso de cometerse un delito en riña ó pelea, y de no constar el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves, se imponga á todos estos la pena de prision menor, y que no constando tampoco los que causaron lesiones graves al ofendido, se imponga á todos los que hubieren ejercido violencia en su persona, la pena de prision menor. Por último, el *artículo 347* previene, que si resultaren lesiones en una riña ó pelea, y no constase su autor, se impongan las penas inmediatamente superiores en grado á los que aparezcan haber causado alguna al ofendido. Analizados estos artículos, nótese la omision de un último caso, en el cual, tratándose del homicidio, ni conste quién fuese el autor de la muerte, ni quién causara lesiones graves al ofendido; y si de estas se tratara, no resulte quién fuese el que impidió alguna de ellas. En estos casos, tan comunes por desgracia, acontece muchas veces que consta quiénes fueron los que se hallaron en la riña ó pelea, que se sabe por prueba cumplida y acabada, ó por convencimiento, que ciertas personas tomaron parte en la disputa ó riña; pero no son conocidos los pormenores determinantes de la criminalidad individual y circunstancial, de modo que se ignora quién ó quiénes fueron los causantes de la muerte ó de las lesiones.

En tales casos, no perdiendo de vista lo dispuesto en los artículos 334 y 347, ¿se absolverá á todos los encausados? ¿Se dejará en la impunidad á los contendientes genéricamente conocidos, porque se ignora el hecho material de haber inferido una lesion mas ó menos grave? A semejanza del caso descrito en los artículos mencionados, de que las lesiones se causen en riña ó pelea,

¿se condenará ó absolverá tambien á los autores de aquellas con la pena inmediatamente inferior á la que correspondiera al delito á los que resulten haberlas inferido cuando la muerte ó las lesiones sean peleadas? El órden gradual descendente que se observa en los artículos del Código en los casos que prevé, el silencio que guarda respecto á los demas, no tanto posibles sino frecuentes, nos autorizan para contestar la primera pregunta en sentido negativo, esto es, que procede legalmente la absolucion de todos los encausados.

¿Y por qué? preguntaremos, para deducir consecuencias fundadas en la razon de la ley, y aplicarlas á casos idénticos ó semejantes: porque no siendo conocida la delincuencia específica de cada uno de los encausados, sino tan solo su concurrencia y probable participacion, el condenar en una pena cualquiera seria equivalente á imponer un castigo cierto por un acto dudoso, probable cuando mas; seria condenar en una pena desproporcionada á la criminalidad, si realmente hubiese sido el penado autor del delito. La absolucion de la instancia es preferible muchas veces á la imposicion de una pena que no guarda proporcion con el delito cometido, si es que el encausado era delincuente: porque condenado este, aunque nuevos comprobantes justificaran despues la realidad de los sucesos, el criminal no podria ser encausado de nuevo para imponerle la pena merecida, porque le escudaba ya una sentencia ejecutoriada. La inclusion, pues, de los casos que mencionan los artículos 334 y 347, y el silencio respecto á los demas posibles, significa á nuestro entender la exclusion de estos últimos, y por consiguiente la absolucion de la instancia.

Emitida nuestra opinion respecto á la primera pregunta que nos dirigimos, debemos hacernos cargo de la segunda. ¿Se condenará, repetimos, ó se absolverá de la instancia á los que causaron lesiones graves, cuando no consta el autor de la muerte causada sin pelea ni riña? ¿Se absolverá á los que aparece que concurrieron al acto de ejecutar un homicidio no peleado ni reñido, cuando no se sepa quiénes causaran lesion alguna? Veamos los artículos del Código penal que tratan del homicidio, y ninguno de ellos hace mencion de los casos que figuramos: únicamente se describen y penan cuando el homicidio es reñido ó peleado. Este silencio es harto significativo, no puede atribuir-

se á olvido de los autores del Código, porque no es probable que en el *art.* 333 no tuvieran presente la posibilidad de un caso idéntico al que espresamente penaron en el siguiente *art.* 334. Opinamos pues por esta causa, que el silencio del Código es equivalente á la declaracion virtual de que al autor de lesiones graves en el caso de homicidio no reñido ni peleado, no se le puede imponer la pena inmediata á la que correspondiera al autor de la muerte si fuese conocido: se le castigará sí, ó bien como autor de homicidio frustrado, ó bien como autor de lesiones segun las circunstancias.

Pero es este el caso que por analogia nos interesa esclarecer y decidir; el segundo es el que se asemeja con el de la *question* que hemos provocado. Cuando no conste quien causó lesiones en el homicidio no peleado, se absolverá á todos los encausados que consta concurriesen al acto de la ejecucion, á la manera que debe absolverse cuando la muerte se causó en riña ó pelea. La razon de la ley es la misma; en uno y otro caso los ministros de la justicia, en cumplimiento de una ley escesivamente severa, hicieran sentir el rigor de la pena á personas no conocidas como criminales: por no dejar impune la culpa de uno, hicieran recaer sobre otros el sufrimiento inmerecido de una pena, y la nota difamante de la criminalidad: la ley, en una palabra, castigara al inocente cierto, por no dejar impune al criminal desconocido: y le penara sin poder calificar la culpa individual específica contraviniendo á sus propias disposiciones.

Esta teoría, que se ha sancionado tratándose del homicidio, la consideramos aplicable á todos los demas delitos, si bien no serán en verdad tan frecuentes los casos en que pueda dudarse de la especie de criminalidad de los encausados: porque lo mismo significa no saber qué clase de culpa cometió el que tomó parte en una riña, que ignorar la que tomara el participante en un robo, en una violencia, en una estafa. Y no se diga que no existe identidad de circunstancias; no se alegue que no es una misma cosa ignorar que se ha incurrido en delincuencia, que no constar la especie de participacion tomada en el delito; porque, ademas de que clasificada la criminalidad y señalada la pena gradual, sin conocer aquella realmente, no es

desconocido lo que esencialmente la ley requiere para condenar, es innegable que los casos descritos en los *arts.* 334 y 347 y los no penados por estos son cabalmente idénticos á los que figuramos al plantear la cuestion.

Espuestas cuantas observaciones nos ha sugerido la mas profunda meditacion, relativamente á los casos en que el conflicto ó duda emana de la pluralidad de los indicados como participantes en el delito perpetrado por un solo actor, creemos poder deducir como doctrina apoyada en sólidos y justos fundamentos, que procede la absolucion de la instancia; que segun el Código penal, cuando no es posible por falta de pruebas determinar la criminalidad específica de los diferentes encausados, no puede condenarse á ninguno de ellos; escepto en los casos de homicidio ó lesiones causadas en riña segun los *artículos* 334 y 347.

Pero hemos dicho que á las veces la criminalidad individual es indudable; que la prueba de hechos penados por la ley es patente, pero que estos actos de participacion son por la misma causa elementos de prueba, pero no demostrativos de una criminalidad específica, porque lo mismo justifican reato como autor que como cómplice ó encubridor. En estos casos, ¿qué reglas debe seguir el magistrado para fallar definitivamente? En los de que hablamos antes, la indeterminacion de la culpa específica dimana de la concurrencia colectiva de sospechosos que mutuamente se excluyen; entre ellos se halla el criminal, pero tambien se encuentran inocentes á quienes no puede castigarse; mas en el caso de que ahora tratamos la delincuencia en general resulta de la prueba de racionio, pero la específica no se descubre, porque los hechos probatorios no sirven de premisas para deducir una consecuencia precisa. Convéncese la razon de que el encausado es delincuente, pero se ignora si es autor, cómplice ó encubridor.

En este conflicto, ¿podrá el magistrado calificarle de autor y como tal imponerle la pena? ¿Podrá reputarle cómplice, si los hechos probatorios consisten en actos de delincuencia, an-

teriores ó simultáneos á la ejecucion del delito? ¿Deberá en la duda absolverse de la instancia? El magistrado tiene que calificar la culpa; tiene que citar el artículo del Código penal en que le considera comprendido; tiene que reseñar las pruebas en que funda la calificación de la criminalidad personal: ¿y cómo podrá cumplir con estos extremos, cuando las pruebas no dan lugar á deducir otras consecuencias sino la de delincuencia en general? En la duda, la absolucion, dice un principio de justicia; pero en el caso de que tratamos no existe esa duda, la culpa del encausado es una verdad legalmente acreditada. En caso dudoso lo mas favorable al reo, dice otro axioma del derecho; y puesto que en el actual la duda no se refiere á la delincuencia, sino á la clase de esta, parece que aplicando aquel principio debiera condenarse al procesado como culpable en la escala mas inferior.

Francamente confesamos que la dificultad supera nuestras fuerzas, que desearemos verla resuelta por personas autorizadas por su saber, ó por su competencia: pero obligados á emitir nuestra opinion, aconsejaríamos á los juzgadores que, por cuantos medios legales estén á su alcance, procuren hacer constar en los autos alguna de aquellas circunstancias que coincidan con los hechos criminales propios de la accion como autor: que cuando no pueden reunir los necesarios para obtener un convencimiento que disipe las dudas, examinen si los actos probados que convencen la criminalidad son ordinariamente mas propios de la delincuencia por accion que de la complicidad ó del encubrimiento; espresando al calificar el delito y la especie de criminalidad, las razones en que se funda la conviccion aceptada; y por último, que en caso de duda invencible hasta por el racionio, impongan la pena propia del grado menor de delincuencia. Así opinamos en la famosa causa del robo del grano de oro de la Historia natural de esta Côte, y eminentes jurisconsultos aceptaron nuestra opinion.

CUESTION VEINTIUNA.

¿Los casos de que tratan los artículos 71, 72 y 73, son excepciones del 70 tan solo, ó de todas las reglas generales establecidas sobre aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes?

La cuestion que dejamos propuesta, nació con el Código penal, y al revisarle para su reforma, ó no se tuvo presente ó no se creyó que tal duda podria existir; pero que se ha suscitado, es una verdad de que podemos atestiguar, porque no solo la hemos visto promovida con frecuencia, sino que por desgracia hemos tocado sus graves y perniciosas consecuencias, observando que en alguna Audiencia se sostenia la discordia, no tan solo entre las salas, sino dentro de cada una de ellas entre los magistrados de su asignacion. Y con efecto, trayéndose al terreno de la discusion las teorías que justifican y exigen la igualdad en la proporcion penal, acaso no se considere infundada la opinion que declara aquellas excepciones de todas las reglas generales establecidas sobre aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes y agravantes. Transcribiremos, pues, el testo de los artículos que son la materia de la discusion, porque es preciso tenerle á la vista para

depurar y resolver lo que se crea mas conforme á los buenos principios y á los preceptos de las leyes.

Art. 70. «En los casos en que la ley señala una pena indivisible, la aplicarán los tribunales sin consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurren en el hecho.

»Cuando la ley señale una pena compuesta de dos indivisibles, los tribunales impondrán la mayor, á no ser que concorra alguna circunstancia atenuante.

»Se exceptúan de estas disposiciones los casos de que se trata en los tres artículos siguientes.

Art. 71. »Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del núm. 8.º del art. 8.º, para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el art. 480.

Art. 72. »Al menor de 15 años, mayor de 9, 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 menos á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.

»Al mayor de 15 años y menor de 18, se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley.

Art. 73. »Se aplicará asimismo la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, 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 concorra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los tribunales estimen correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten ó concurren.

»Esta disposicion se entiende sin perjuicio de la contenida en el art. 71.»

El artículo 74, único referente á las penas corporales, tiene por objeto fijar reglas para la aplicacion de las penas divisibles: la *question*, pues, propuesta, puede tambien concebirse en los términos siguientes: ¿Los casos de que tratan los arts. 71, 72 y 73 son excepciones tambien del art. 74?

Nuestros lectores nos permitirán que antes de penetrar en

el fondo de la *cuestion*, á nuestro entender fácil de decidir, esplanemos algunas observaciones relativas á las bases de aplicacion práctica de las penas consignadas en el Código, porque acaso incurramos en error, pero notamos alguna irregularidad que desconcierta las ideas é induce confusion.

El *título 3.º del libro 1.º* tiene por objeto establecer las *penas* en general, clasificarlas, fijar el tiempo de su duracion, determinar sus efectos y aplicarlas despues de graduadas; pero es de notar, que así como dedica una *seccion* especial á cada uno de los primeros objetos mencionados, para la graduacion no ha tenido por conveniente destinar *seccion* alguna, sino que como accidentalmente sienta varias reglas é incluye las escalas graduales en la *seccion 3.ª del capítulo 4.º*, que comprende las disposiciones comunes á las dos *secciones anteriores*, que tratan de las *reglas de aplicacion de las penas*. Esta observacion significara muy poco, considerada inconexa con otras que espon-dremos, pero indica sin embargo una falta de órden y método ó que la graduacion penal se ha visto con algun descuido.

En efecto, lo primero que se ocurre cuando se lee la palabra *grado*, es inquirir su significacion legal relativamente á las penas. ¿Qué es grado? preguntará el jurisconsulto que desea aprender la ciencia del derecho penal. Reconociendo minuciosamente el Código, no se hallará ciertamente ni una definicion, ni una descripcion que esplique el sentido jurídico de aquella palabra; y en verdad que no lo estrañamos, porque se consideraria como un defecto una definicion inscrita en el libro de las leyes.

En este conflicto, no cabe otro medio que estudiar el derecho constituido para deducir del contesto de las leyes la acepcion legal de las palabras. ¿Y podremos acaso prometernos hallar en el Código el uso uniforme de la voz *grado* para conocer la idea que representa? No vacilamos en contestar en sentido negativo; porque unas veces el grado comprende toda la estension de una pena dada, atendiendo al tiempo de su duracion ó de la cantidad metálica, y otras representa una porcion de esa misma pena. El grado unas veces es relativo á otra pena mayor ó menor, y algunas es referente á otras cantidades mayores de esa misma pena; de modo, que un grado es, en

cierta acepción de esta palabra, una parte de otro grado, tomada la significación de este en otro sentido. Todo esto es efecto de haber el Código penal desenvuelto un nuevo sistema de penalidad, sin prepararse antes de voces que representarían cada una de las ideas, cada una de las partes del mecanismo que constituye ese nuevo sistema. El grado es una pena entera, el grado es una parte de sí mismo: esto produce una confusión que impide y perjudica mucho á la exposición de las doctrinas.

Tal vez se nos arguya que esta observación es puramente escolástica; que á nada conduce, porque sabido el tiempo de la duración de las penas, y conociéndose este además por su nombre específico, importa poco todo lo demás, supuesto que de aquella confusión no puede resultar el imponer una pena por otra. Pero esto no es exacto; la demostración es trivial y sencilla. La cadena perpétua es una pena, que según la locución del Código está un grado mas abajo de la de muerte, y uno mas arriba de la cadena temporal. Pues bien, esa misma cadena perpétua que forma un grado en la escala de la penalidad, *escala gradual n.º 1.º*, es un grado en la subdivisión gradual de la pena de cadena perpétua á muerte, art. 66, *segundo caso de la tabla de aplicación práctica, etc.* Si todavía se quiere ver mas patente la verdad sentada, compárense el *caso primero y el segundo* de la tabla citada y se observará, que en aquel la cadena perpétua figura como un grado de pena en la escala de penalidad, y en este como un grado en la división de una pena dada para un delito especial distribuida en grados.

Conviene llevar todavía mas adelante la demostración, para que se vea con toda evidencia que no por capricho, no por espíritu indiscreto de impugnación criticamos una parte del sistema de penalidad. Supuesto que la palabra grado no representa una sola idea; supuesto que necesita usarse una frase para que sea conocido el pensamiento, fijemos la atención en los artículos 61 y siguientes y en la *nota* que les sigue, comprensiva de una tabla de *aplicación práctica de las reglas en el 66* prefijadas, y observaremos que aquellos y la *tabla* no están en armonía; que las *reglas* ordenan una cosa y la *tabla* expresa otra; y por último, que ni las mismas *reglas* entre sí guardan la

unidad de pensamiento que presupone una razon de justicia en que se apoye la ley.

Los artículos 61 y siguientes establecen como regla general, que á los cómplices de delito consumado y á los autores del frustrado se les imponga la pena inferior en un grado, señalada por la ley para el autor del mismo delito; y á los encubridores del consumado, y á los reos de tentativa se les condene en la inferior en dos grados. Esta palabra, usada en los *artículos 61 y siguientes*, significa una cantidad de pena en toda su estension; representa una de esas penas especiales enumeradas en la escala general, y que en la gradual forman un escalon en el órden progresivo en que se hallan colocadas. El grado, pues, en la acepcion que se usa en los artículos mencionados, excluye aquella porcion de penalidad que forma parte de la distribucion trimembre que ordena el *artículo 83*.

Pues bien, sentada esta doctrina incuestionable, reconocido el principio de que el cómplice en los grados de la criminalidad ocupa un lugar menor en un grado al del autor, veamos el *art. 66*, que á nuestro entender sin necesidad, ó tal vez causando perjuicio, se ocupa de fijar reglas para la graduacion de las penas en conformidad á lo prescrito en los *artículos precedentes 61, 62, 63 y 64*. Cinco son las reglas que establece, las cuales pueden reducirse á dos. En efecto, todo el mecanismo casuístico de esas cinco reglas, está reducido á prescribir: 1.º Que cuando la pena señalada al delito sea compuesta de dos ó mas penas enteras, comprendidas como tales en las escalas general y gradual ó de algun grado de ellas, la que haya de imponerse al cómplice se forme de la menor de las que entran en la composicion en todo ó en parte, con los grados que sea menester tomar de la inferior para que constituyan un todo de pena que admita la division trimembre que es necesaria para la aplicacion de las circunstancias atenuantes ó agravantes: 2.º Que cuando se imponga una pena sola divisible, sea la correspondiente al cómplice la inmediatamente inferior en la escala gradual.

¿Y por qué esta diferencia? preguntamos. ¿Acaso cada pena entera, atendiendo á su duracion, cuando en combinacion con otras forma una compuesta, no se convierte en un grado de

penalidad? Véase la *seccion segunda del mismo capítulo 4.º*; examínense las reglas sobre aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes, y patentemente resaltará á la vista que las penas denominadas grados, cuando entran á formar parte de una compuesta, se convierten en grados de la distribucion trimembre. Esta misma doctrina se halla consignada en los *artículos 83 y 84*. Pues ahora bien, ¿por qué razon para formar la pena del cómplice se ha de tomar uno de los grados, cuando la pena es compuesta, á fin de combinarlo con los correspondientes de la inmediatamente inferior, y cuando la pena es simple nada se toma de esta para constituir la pena del cómplice? O lo que es lo mismo, ¿por qué cuando la pena para el autor es compuesta, puede imponerse al cómplice con circunstancias agravantes la misma pena que al autor con atenuantes, y no sucede ni puede suceder lo mismo tratándose de pena simple señalada para aquel? ¿Acaso no es la cadena perpétua, v. g., el grado mínimo de la de cadena perpétua á muerte designada para el delito, lo mismo que el grado mínimo de la cadena temporal cuando esta en toda su estension es la señalada para el autor? Todavía mas: ¿por qué cuando la pena prefijada para el delito es una compuesta de tres, han de tomarse las dos mas bajas de la escala para formar la pena del cómplice, y no se toma ningun grado de la simple?

Hemos meditado á fin de hallar la razon filosófica que justifique esa discordancia; hemos procurado averiguar si esas reglas del *artículo 66* estan en armonia con los preceptos de los *artículos 61, 62, 63 y 64*, y no tan solo vemos patente que al esplicar el *art. 66* los anteriores y establecer reglas para su ejecucion, se aparta de sus preceptos y los contradice; y de otra parte no hallamos razon justificativa de esas reglas, así como por el contrario es patente la razon de justicia de las anteriores disposiciones.

En efecto, ó la complicidad se halla en orden á la criminalidad un grado mas abajo de la accion del autor ó no: si lo primero, la pena debe señalarse tambien en un grado inferior á la del autor, y si lo segundo, una misma pena debe ser comun para el cómplice y para el autor; es así que los *artículos 61, 62, 63 y 64* reconocen la primera proposicion, en el hecho de

establecer que se les imponga la pena inmediatamente inferior en un grado á la señalada para el autor, y sus disposiciones son las conformes á los principios de justicia; luego las reglas de graduacion del art. 66, estan en oposicion con los preceptos de los artículos anteriores, y carecen de razon justificativa, porque hallándose en discordia no es posible que se legitime uno de los extremos divergentes si el otro aparece justo y razonable.

Espuestas quedan las observaciones que hemos querido consignar como preliminares á la importantísima *cuestion* que anunciamos, para que si algo tenemos que decir respecto á la irrelacion, á la oscuridad y tal vez al desórden que algunos advierten en la ordenacion de las disposiciones de la *seccion 2.^a, cap. 4, tit. 3 del lib. 1.^o*, sirvan aquellas para evidenciar que nada de extraño tiene que sea una cosa la que digan los *artículos 70, 71, 72 y 73*, y otra la que deba entenderse.

Examinados esos artículos, y consultando única y exclusivamente á su literal contesto, no cabe la menor duda acerca de que las tres escepciones que comprenden los artículos 71, 72 y 73, lo son de las dos disposiciones consignadas en los dos primeros párrafos del 70. ¿Puede acaso concebirse y espresarse un pensamiento con mas claridad que el comprendido en el *párrafo 3.^o del art. 70*? Se exceptúan, dice, de estas disposiciones, etc. ¿Y cuáles son *estas* disposiciones? *Estas*, las que se acaban de consignar, las que estan allí inmediatas: *estas*, las que figuran á su lado con antelacion, las que se tienen en la mano por decirlo así. *Esto*, indica lo que no puede estar mas cercano; lo que se acaba de pronunciar: *eso*, representa ya algun alejamiento, alguna distancia: *aquello*, lo mas apartado por razon del tiempo ó del lugar.

Si ademas de la estructura, permítasenos la espresion, de los artículos, se busca la razon de justicia en que se funda la interpretacion, tal vez no sea un desacierto reconocerla en la indivisibilidad. Fijemos el sentido de esta palabra. Las penas

que el Código reconoce pueden distribuirse en tres porciones ó especies, atendiendo á la materia del padecimiento.

Las unas son corporales, porque consisten en un sufrimiento del cuerpo: las otras de privacion porque se limitan á la pérdida de ciertos derechos, y las otras finalmente pecuniarias, porque imponen la obligacion de satisfacer una cantidad. Pero las penas, de cualquiera especie que sean, pueden ser mas ó menos intensas ó graves, ya sea por razon del tiempo de su duracion, ya tambien por la suma mayor ó menor de la materia penal: las de la primera clase serán divisibles, toda vez que consistan en actos sucesivos que, sin perder la pena su carácter esencial, admita distribucion en varias porciones; y por el contrario, son indivisibles las que no la admiten sin degenerar esa particion. Es preciso, pues, no confundir la indivisibilidad con la perpetuidad de la pena. ¿Y cuáles son esas penas indivisibles? Las de muerte y todas las perpétuas, las reprensiones pública y privada, y varias de las accesorias que no nos interesa referir.

Obsérvase, pues, que las penas indivisibles principales son al mismo tiempo perpétuas; ninguna de ellas, una vez impuesta, termina por los medios naturales y legales; solo el indulto puede relevar de la continuacion en su cumplimiento. Pues bien, sentado este precedente, parece que de él puede desprenderse la razon de esa limitacion de las excepciones. En efecto, los casos comprendidos en los tres *artículos* 71, 72 y 73, reúnen circunstancias que atenúan considerablemente la criminalidad ó que la rechazan; en todos ellos rebajan de tal modo los grados de la culpa, que no pudiera concebirse sin injusticia que se impusiese una pena igual, que en aquellos otros en que la criminalidad se presenta íntegra y con todos sus caracteres constituyentes ó agravantes; y esto supuesto, concíbese desde luego que la calidad de la pena, la indivisibilidad que no permite atenuacion dentro de la pena misma, es la causa de esa excepcion justísima que comprenden los *artículos* 71, 72 y 73.

Por otra parte, retrocediendo al *artículo* 8.º, hallamos en él que la menor edad se enumera entre las circunstancias atenuantes; y consultando despues al 74, observamos tambien

:

que esa circunstancia, como todas las demas de su clase, disminuyen, hacen descender la pena dentro de sí misma. Ahora bien, si el *art.* 72 fuese escepcion del 70, y ademas se hubiese de cumplir con las reglas del 74, vendria á resultar la anomalía de que, rebajada la pena de los menores de 18 años, en virtud de lo dispuesto en el *art.* 72 á la pena correspondiente inferior, en uno, en dos ó en mas grados, despues hubiera que imponerla en el grado mínimo de esta cumpliendo con los preceptos del 74. Así se ha practicado en alguna Audiencia, y esta opinion ha llevado tambien algun jurisconsulto, magistrado ademas respetable por su reputacion científica. Esto sería ciertamente anómalo y contradictorio: si la menor edad rebajara la pena en todos casos á un grado inmediatamente inferior, ó á dos cuando menos, segun la edad, fuera impropio enumerarla entre las circunstancias atenuantes, porque dejaria de serlo; sería algo mas, porque sus efectos no son idénticos á los de aquellas.

Confesamos ingénuamente que la letra y el órden que observamos en la redaccion de los *artículos* 70 al 73, pesan mucho para inclinar la balanza de la interpretacion en sentido restrictivo: pero analicemos el testo de esos mismos artículos, notemos todo lo que se observa de particular en su estructura, y fijemos por último la atencion en las causas filosóficas que influyeron en la escepcion de esos casos, y veremos que no pesan menos que las que apoyan aquella opinion: nos persuadiremos que los tres casos de los *artículos* 71, 72 y 73, no pueden ni deben ser escepciones sino del sistema general de aplicacion de penas, porque no siendo en realidad circunstancias simplemente atenuantes, no podian esceptuarse ni de una de las reglas especiales de aplicacion de las penas en consideracion á aquellas, ni de todas sus reglas en general.

Dice el *artículo* 71. "Cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el *caso núm.* 8 del *art.* 8.º para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el *art.* 48." El *art.* 8.º, en su *núm.* 8.º dice: "el que en ocasion de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente sin la menor intencion de causarlo, queda exento de responsabilidad." Obsérvase, pues, que en el acto de que trata

el *art. 8.º, núm. 8.º*, ninguna intencion acompaña á la ejecucion: que el actor causa un mal á tercero, pero obrando en uso de su derecho, por mero accidente y sin culpa suya supuesto que procede con la debida diligencia: en una palabra, no delinque toda vez que hace lo que puede hacer, porque precabe y obra, sin culpa ni intencion, ó mas bien fuera de su intencion por mero accidente daña.

Pero podia acontecer que alguno de esos requisitos falte; es posible que el acto no sea lícito, que no se ponga toda la debida diligencia, que el mal no se cause por mero accidente; y se preguntará ¿en todos estos casos tendrá aplicacion la *regla primera del art. 3.º*, esto es, la que prescribe que las circunstancias espresadas en el *art. 8.º* cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos sean circunstancias atenuantes? Esta regla, tomada literalmente del *art. 9.º*, es la causa que ha promovido las dudas y suscitado las dificultades: esa regla se halla escrita en el Código, pero no podia aplicarse sin excepciones, á menos de contravenir á los principios de justicia: esa regla entendida tal y como se halla redactada, equivale á esta otra; todos los actos de que hace mencion el *art. 8.º*, ejecutados constituyen delito, y su autor queda exento de responsabilidad únicamente cuando á la ejecucion acompañen los requisitos que exige el *art. 8.º* en sus respectivos casos.

Pero ni esto es verdad, ni podia sancionarse como tal semejante regla: todos los actos que enumera el *art. 8.º* pueden degenerar en *imprudencia*: cuando falta la intencion maliciosa no puede existir delito: el que falta á alguna de las condiciones que legitiman la defensa, no puede ser autor de homicidio como delito, si no tuvo intencion de matar; así como el que lleno de la mejor buena fé, por evitar un mal causa otro, no incurre en delito, á pesar de que no concurren todos los requisitos que exige el *art. 8.º en su núm. 7.º*, toda vez que falte la intencion. Pues bien, aplicada esta teoría al *art. 8.º, núm. 8.º*, dá por consecuencia legítima la disposicion del *art. 71*; porque efectivamente, cuando el hombre juzga que obra con derecho, ú obrando con él no presta la diligencia debida y causa un daño á tercero, ¿podrá decirse sin injusticia que es criminal? Es in-

dudable que no; ese hombre será imprudente y nada mas: esa accion no podria apreciarse para la imposicion de la pena por las reglas de aplicacion de las circunstancias atenuantes, porque la atenuacion presupone la delincuencia, y esta no existe en el caso de que se trata.

El *art. 71* no es en nuestro juicio una escepcion, es una regla general que debiera estenderse á todos los casos del *art. 8.º*: el *artículo 71* ha suplido un vacío que tal vez haya producido consecuencias funestas, porque ordinariamente se aprecia en pocos casos la imprudencia como ocasional de responsabilidad.

El *art. 72* comprende varios preceptos de idéntica naturaleza á la del *art. 71*: ordena aquel que al menor de 15 años y mayor de 9, se le imponga una pena inferior en dos grados por lo menos á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido, siempre que el tribunal declare previamente que obró con discernimiento; y prescribe asimismo que al mayor de 15 años y menor de 18, se aplique siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley. Volvamos atrás la vista y encontraremos que el *art. 8.º, núm. 2.º*, ha declarado exento de responsabilidad al menor de 9 años absolutamente, y al mayor de esta edad, pero menor de 15, salvo en el caso de haber obrado con discernimiento, sobre lo cual el Tribunal tiene obligacion de hacer previa expresa declaracion. Mas adelante, en el *art. 9.º*, se lee la siguiente circunstancia atenuante: *2.ª la de ser el culpable menor de 18 años*. Compárense estos artículos, analizándolos con la detencion debida, y se observará en ellos cierta irrelacion que pudiera llamarse inexactitud, porque á la verdad no es cierto por regla general que es circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de 18 años. Menos de esta edad tiene el que solo cuenta seis de vida, y el tener esta edad no atenúa la culpa y rebaja la pena, sino que exime de responsabilidad segun el *art. 8.º, núm. 2.º*.

Conocidas las disposiciones del Código penal y visto ya que despues de enumerar las circunstancias que eximen de responsabilidad y los requisitos que deben acompañarlas, no establece regla alguna general fuera de la inexacta del *art. 9.º*, cir-

cunstancia 1.^a, volveremos la vista al *art. 72* para penetrar su espíritu, vista la razón, ó calculada al menos, en que han podido fundarse sus disposiciones. Era, pues, indispensable para no contravenir á los principios de justicia, seguir paso á paso á los menores de edad en su desarrollo intelectual, cuando se tratara de apreciar este para hacer las declaraciones de criminalidad, y con efecto el Código en el *art. 8.º*, números 2.º y 3.º, creyó que el lleno de intención maliciosa esencial para delinquir en todos los grados de culpabilidad posible, no era compatible con la capacidad mental anterior á la edad de 18 años, y por eso sin duda la fijó en esta edad para los efectos penales. Pero es digno de notarse que siguiendo la escala progresiva de aquel desarrollo, distinguió el Código tres grados de edades: la de la minoría de 9 años, la de 15 desde esta edad y la de 18 desde los 15; ordenando que aquel está en todo caso exento de responsabilidad: que el mayor de 9 y menor de 15 puede ya obrar con discernimiento y es capaz de incurrir en responsabilidad; de manera que en el espacio de estas dos edades, la criminalidad es eventual; y por último, el menor de 18 años y mayor de 15 siempre que perpetra algún hecho penado por la ley es responsable, porque su capacidad intelectual le permite conocer las disposiciones legales y el valor de los hechos que ejecuta, y por eso solo consideró el Código esta edad como circunstancia de atenuación.

Mas al mismo tiempo que graduaba el Código el valor de los actos de los menores para los efectos penales, no podía menos de reconocer que el de 15 años mayor de 9, á pesar de que fuese capaz de discernimiento, no podía sin embargo formar juicio exacto de las cosas, porque ni la experiencia ni el desarrollo de sus potencias intelectuales habia llegado al grado de perfección necesario para calcular la procedencia ó improcedencia de las acciones con sujeción á los preceptos de las leyes. Por esta causa, y considerando que las circunstancias simplemente atenuantes no han de proceder de un estado predisponente y constante del actor, sino de causas estrañas y ajenas de su voluntad, ni pudo ni debió reconocer el Código en la minoría de 15 años una circunstancia atenuante, sino un estado de incompleta responsabilidad, ya que no nos atrevamos á decir de irrespon-

sabilidad absoluta. Las antiguas leyes consideraban como dignos de castigo á los que por irreflexion, mas que por malicia, obraban contra los preceptos de aquellas; por eso, pues, á los menores de edad, á quienes no se consideró con la capacidad bastante para obligarse por medio de contratos, tampoco se los creyó responsables criminalmente, aunque sí merecedores de una correccion que les escarmentara, y por el sufrimiento les hiciera conocer las consecuencias del mal obrar. El nuevo Código penal no podia menos de reconocer estas teorías que se fundan en las leyes de la naturaleza, y por eso, considerando que la menor edad de 15 años no podia ofrecer la capacidad necesaria para delinquir, aunque se obrara con discernimiento, quiso que á los autores del hecho penable se les castigara discrecionalmente, ó lo que es lo mismo, que no se les reputase dignos de pena, sino de castigo; que no se creyese que en ellos existia una causa de atenuacion, sino mas bien una razon de irresponsabilidad verdaderamente criminal; y este pensamiento se confirma al observar que en las circunstancias atenuantes no se hace mérito de la minoría de 15 años. Todo esto significa claramente que la regla comprendida en el *art. 72, párrafo 1.º*, no es una escepcion de las reglas generales sobre aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes, sino una disposicion general inmediatamente relacionada con los principios de penalidad; un precepto, en una palabra, que provee al vacío que se observa entre la irresponsabilidad del menor de 9 años, y la responsabilidad del mayor de 15. Si, pues, esa edad intermedia no figura entre las circunstancias atenuantes, ¿cómo sería posible que aquella disposicion del *art. 72* fuese escepcion del 70 exclusivamente? A nuestro entender, el *art. 72* ocuparia un lugar con mas propiedad en la *seccion 1.ª del cap. 4.º, tít. 3.º*, que en *la 2.ª* donde se le ha colocado.

No acontece lo mismo con respecto al *2.º párrafo del art. 72*, referente á los mayores de 15 años y menores de 18. Su disposicion es clara y terminante; prescribe la imposicion de la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley, pero en el grado que corresponda, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurran en el

caso de que se trate, porque así solo pueden explicarse las palabras *en el grado que corresponda*. Compréndese, pues, á primera vista que el *párrafo 2.º del art. 72*, asimila los mayores de 15 años y menores de 18 á los autores de delito frustrado y á los cómplices, porque á la manera que para estos se baja un grado de la pena señalada por la ley, así ha de bajarse también para aquellos. ¿Y cuál puede ser la razón de esta especial determinación, siendo así que esa menor edad se considera circunstancia atenuante? La imperfección de la capacidad intelectual, la falta de experiencia y de juicio bastante para discernir meditando acerca de la bondad ó malicia de las acciones. El Código ha sido consecuente; ha creído que á la manera que á los menores de 18 años no se les podía reconocer la capacidad suficiente para deliberar por sí solos en los asuntos civiles, en los criminales tampoco se les debía reputar capaces de precaver por medio de la prudente meditación el bien y el mal intrínseco de las acciones; y por eso no limitó la atenuación de su criminalidad á las reglas generales establecidas para la aplicación de todas las demás circunstancias atenuantes, sino que rebajó la pena un grado, y quiso que dentro de este se observasen prácticamente aquellas.

Réstanos examinar el *art. 73*, el cual se halla en inmediato contacto con el 71. Comprende esta otra disposición general; ordena que se aplique, como en el caso de los menores de 18 años, la pena inmediatamente inferior (en grado sin duda debe ser) á la señalada por la ley, cuando concorra el mayor número de los requisitos que enumera el *art. 8.º* para eximir de responsabilidad criminal en los casos respectivos de que trata.

Analizado, sin embargo, nótese cierto desconcierto y cierta irrelación entre sus mismas partes, ya que no digamos contradicción, porque como puede verse en el texto, en su primer período, se refiere al caso de que falte *alguno de los requisitos* de los que se exigen para eximir de responsabilidad criminal, y mas adelante habla del concurso del *mayor número de ellos*, y por último termina con la frase, *atendido el número y entidad* de los requisitos que falten ó concurren. En medio de esta confusión descolla un pensamiento que á nuestro entender es aceptable, y el que debe servirnos de guía para fijar la jurisprudencia que ha

de practicarse. Trátase en el *art. 73* de los casos de irresponsabilidad enumerados en el *art. 8.º*: nótese en aquel, que para gozar de aquella exención es preciso que concurren los requisitos que el mismo *artículo* espresa en cada uno de los *casos*; y por último, se advierte que el *art. 9.º, circunstancia 1.ª*, ordena que las espresadas en el artículo anterior, cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos, se reputen circunstancias atenuantes.

Pues bien, el *art. 73* es una especie de correctivo *del 9.º, circunstancia 1.ª*; ha creído, y con razón, que cuando el acto se halla próximo á la irresponsabilidad, ó lo que es lo mismo, que el acto no fuera delito si concurriesen ciertos requisitos eximentes, la falta de alguno ó algunos de estos no debe ser tan influyente que constituya en verdadero delito á aquel acto, y por eso el *art. 73* ha sentado una regla intermedia, por decirlo así, entre la responsabilidad criminal y la irresponsabilidad, y al efecto ha señalado una pena menor que la correspondiente al delito cuando concurren todos los requisitos esenciales.

Quisiéramos espresar nuestras ideas con toda claridad, acaso no podamos hacernos entender. En la combinacion de los elementos que constituyen la criminalidad de las acciones, entran unos que son esenciales y primarios, y otros que pueden llamarse secundarios ó constituyentes de esos mismos requisitos. La intencion maliciosa, v. g., es un requisito ó elemento esencial de la criminalidad; la prohibicion legal del acto con señalamiento de pena para el infractor, es otro elemento que juega en esa combinacion. La legítima defensa se opone á la intencion, y por consiguiente la concurrencia de aquella á la ejecucion de un hecho penado por la ley impide la de la intencion: pero como para que la defensa sea legítima es menester que se halle adornada de ciertos requisitos, concíbese claramente que la falta de algunos de estos, en proporcion que desvirtua el mérito legal de la defensa, aumenta los grados de responsabilidad y los aproxima á la delincuencia.

No acontece lo mismo con las circunstancias atenuantes ó agravantes; estas pertenecen á otro género, estas no afectan á la esencia de los actos penados por la ley, sino que presuponen como existente la criminalidad, y sirven únicamente para

aumentarla ó agravarla. Todas las circunstancias atenuantes que enumera el *art. 9.º*, reunidas, no serian suficientes para eximir de responsabilidad criminal, y sí lo son por el contrario los requisitos á que hace referencia el *art. 73*. Hé aquí patente la diferencia que nos proponiamos designar.

Pues bien, la disposicion del *art. 73* se refiere á los requisitos que eximen de responsabilidad; ese artículo dice claramente que no obstante lo dispuesto en el *art. 9.º*, *circunstancia 1.ª*, no es exacto que la falta de alguno de los requisitos que se requieren para que una circunstancia exima de responsabilidad la convierte en atenuante; y por consiguiente, la disposicion del *art. 73*, debe reputarse una regla general aplicable, lo mismo cuando para el delito esté señalada una pena indivisible que cuando sea una pena divisible la procedente segun la ley.

Por último, debe llamar la atencion muy particularmente el párrafo último del *art. 73*. “Esta disposicion, dice, se entiende sin perjuicio de la contenida en el *art. 71*, lo cual equivale á decir que tambien, cuando falten requisitos de los que para cada uno de los casos del *art. 8.º* exige este mismo, puede el hecho punible limitarse á ser imprudencia temeraria ó simple, y que como tal deba juzgarse.”

Juzgamos, pues, en virtud de todo lo espuesto, que los *artículos 71, 72 y 73* no son excepciones *del 70*, sino reglas generales, que lo mismo han de ejecutarse cuando la pena señalada para el delito sea alguna simple indivisible, ó compuesta de estas, que si fuese de las divisibles sujetas para su aplicacion á las reglas que establece el *art. 74*. Y si alguna razon mas necesitara alegarse, bastaria observar que siempre que el Código esceptua algun caso de la regla general establecida, le espresa dentro del mismo artículo que comprende esta por párrafos numerados. En el de que tratamos las mal llamadas excepciones las redacta en artículos especiales, lo cual indica que el pensamiento no fué esceptuar de un caso particular, sino establecer reglas generales.

CUESTION VEINTIDOS.

La penalidad relativa á la complicidad, al encubrimiento, á la menor edad y demas circunstancias que rebajan la pena señalada para el delito, ¿ha de tenerse en cuenta para acordar la prision ó la fianza con arreglo á las disposiciones del Real decreto de 30 de setiembre de 1853?

Nuestros lectores nos dispensarán de que invirtiendo el orden que veníamos siguiendo intercalemos algunas *cuestiones* del procedimiento criminal, antes de que se concluyan de dar á luz las que tenemos preparadas de puro derecho penal. La necesidad imprescindible de ponerse en ejecucion todos los dias los preceptos del *Real decreto de 30 de setiembre*, nos impele á invertir el orden para esclarecer, si nos es posible, las muchas y graves dificultades que tienen que suscitarse.

Al dar el primer paso por tan enmarañada senda, y siguiendo nuestro constante sistema analítico, que tal vez se tache de sutil y minucioso, observamos que el *art. 1.º* directamente y los demas por ilacion, reconocieron la cantidad de la pena como base para fijar las reglas sobre prision ó fianza de los encausados. Sentado ya este precedente, que ha de servir en adelante de único norte para guiar á los jueces por la senda espaciosa de la justicia, volvimos la vista hácia el Código penal, y

en el instante descubrimos dificultades que nos hicieron temer los conflictos en que habian de verse comprometidos los sacerdotes de la justicia, si para acordar la prision ó la fianza meditaban la razon de la ley y la ley misma.

En efecto, analicemos el sistema desarrollado en el *Real decreto*, y veremos claro como la luz del medio dia que la pena en abstracto, pero la pena relativamente al delito considerada es, al parecer, la base reguladora de la prision ó de la fianza, sin que para nada se cuente con la culpa en concreto del delincuente. Despues de esta observacion palmaria, volvamos la vista al Código penal y observaremos que allí ya, si bien las penas se calcularon por la gravedad de los delitos, tanto para fijar la cantidad como la calidad, no por eso se olvidaron los autores de aquel de colocar en la balanza de la justicia distributiva la culpa individual ó en concreto, y dictaron reglas de aplicacion práctica de las penas designadas para los delitos, apreciados los grados de criminalidad respectiva: reglas, que dado el sistema exclusivo del arbitrio judicial, son dignas de elogio, porque miden exactamente la pena por la proporcion de la culpa.

Esto supuesto, visto que el *Real decreto de 30 de setiembre* asienta como principio fundamental de las teorías que autoriza con fuerza legal, el de que la gravedad de los delitos, la alarma pública ó la probabilidad de la fuga, son las causas que legitiman la prision de los encausados; y visto que en la necesidad de fijar un tipo se ha elegido el de la prision, presidio ó confinamiento mayores, ¿tendrán aplicacion estas reglas á la criminalidad intrínseca, individual y concreta? ¿Podrá acordarse la fianza del cómplice, del encubridor, del autor de delito frustrado, de la tentativa, del menor de 15 años y de los demas que por causas espresas en el Código no serán castigados con la pena que merece el delito en el grado que el mismo especialmente la señala?

Recordemos siquiera para elogiarle el artículo del *Reglamento provisional* que prescribe, que en cualquier estado de la causa en que resulte ser inocente el arrestado ó preso, se le pondrá inmediatamente en libertad sin costas algunas; debiendo serle concedida tambien, pero con costas y bajo la fianza ó caucion suficiente en cualquier estado en que, aunque no re-

sulte inocente, aparezca que no es reo de pena corporal. Cierto es que el reglamento provisional adoptó un principio diverso del que ha elegido el *Real decreto de 30 de setiembre*; este refiere la pena al delito, aquel la referia á la delincuencia; este tiene en cuenta la clase del delito, y con sujecion á la pena que este merezca se acuerda ó no la prision y reconoce crecido número de excepciones acaso injustificables: la ley provisional no distinguia de delitos para la escarcelacion bajo fianza.

No es este el momento de calificar esos encontrados sistemas, atendiendo á las razones de justicia intrínseca, de conveniencia social y de moralidad; pero aunque ligeramente manifestaremos nuestra opinion favorable al sistema reconocido y practicado por el reglamento provisional, porque nos parece mas moral, supuesto que no protege la condicion del hombre, atendiendo exclusivamente á la fortuna que posee; mas conveniente al interés social, porque limita la escarcelacion á menor número de casos, sin causar por eso grave perjuicio á los encausados; y finalmente, porque la medida de la criminalidad individual es la que debe ser reguladora de la escarcelacion con fianza ó de la prision, supuesto que ninguno debe sufrir mas privaciones, mas padecimientos ni mayor pena que la correspondiente á su criminalidad en concreto.

Pero como quiera que esto sea, la *ley provisional* para la aplicacion del Código, estableció en parte reglas diversas acerca de esta materia; adoptó el nuevo sistema, despues reconocido y modificado por el *Real decreto de 30 de setiembre*, respecto á la permanencia de los presos en la cárcel. En efecto, aquella ley proveyó á dos casos: al de acordar la prision á raiz, por decirlo así, del procedimiento, y al de proveer la soltura pendiente el curso del sumario. El *Real decreto de 30 de setiembre* sin embargo no sancionó reglas sino para el primero, como mas adelante demostraremos: “no se decretarán desde luego, dice, autos de prision por los jueces y Tribunales,” esto es, al comenzar el procedimiento criminal, cuando el presunto reo principia á figurar en el sumario, bien sea á consecuencia de las pesquisas judiciales, ó bien porque se entreguen al juez las primeras diligencias con el indicado como autor, cómplice ó encubridor del delito que se persigue.

Pues ahora bien, supuesto que la base adoptada para determinar los casos en los cuales puede admitirse la fianza, de cualquiera clase que sea, y los en que es indispensable la prisión, consiste en la especie de pena que merezca el delito; y supuesto que á la primera corresponden las penas *menores y correccionales*, ¿deberá admitirse fianza á los cómplices, encubridores y demas que, segun el Código penal, han de ser castigados con alguna de estas penas, á pesar de que el autor merezca cualquiera de las *mayores*?

Si se consulta al contesto literal del *art. 1.º del Real decreto de 30 de setiembre*, parece que la contestacion negativa está fuera de toda duda, porque las palabras, "*en causa en que se persiga delito que merezca pena inferior á la de presidio, etc.*," hacen referencia directa, exclusiva al delito, ni nombran al delincuente, ni le toman en cuenta para nada.

Esta observacion, fundada en el testo de la ley, siempre respetable, por mas que no pareciera conforme á los principios de justicia, recibe nuevo apoyo de la dificultad en la calificacion de la criminalidad individual: es preciso no olvidarse de que se trata del origen de un procedimiento en el cual, si bien pueden aparecer méritos para considerar culpable á una persona cualquiera, todavía no será tal vez conocida toda la estension de su criminalidad; acaso la prueba posterior despeje el horizonte, y hasta tanto sea desconocida la especie de delincuencia, aunque sea patente la participacion en el delito.

Un argumento de comparacion puede citarse para fortalecer el mérito de las razones alegadas: lo dispuesto en el reglamento provisional con relacion á la consulta de las sentencias dictadas por los jueces inferiores en los asuntos criminales. El *art. 51, regla 14*, y el *Real decreto de 4 de noviembre de 1838*, ordenan que se consulten necesariamente todas aquellas causas en que se persigan delitos que por la ley tienen señalada pena corporal. La jurisprudencia práctica entendia, como no podia menos de hacerlo, que aunque por las circunstancias especiales del delito ó del delincuente no se le impusiese pena reputada corporal, la sentencia debia consultarse, porque la regla establecida hacia referencia, no á la pena impuesta sino á la señalada para el delito, y porque precisamente el objeto de la consulta con las

Audiencias era el de que inspeccionara los fallos de los jueces inferiores.

Sin embargo de la fuerza y mérito legal de las razones espuestas, la opinion contraria se apoya á nuestro entender en tan sólidos fundamentos, que si no prevalecen en las decisiones judiciales, demostrarán al menos la irregularidad de los preceptos del *art. 1.º del Real decreto de 30 de setiembre*. Si la gravedad del delito justifica la prision prévia del presunto delincuente, y esa gravedad se ha medido por la cantidad de la pena señalada para la especie á que aquel corresponde segun la escala del *art. 24*, ¿por qué causa cuando el mismo Código que señala aquella reconoce que la criminalidad del delincuente no es tan grave que merezca ser castigada con la pena que exige la prision mayor, ha de tenersele encarcelado? ¿No sería ciertamente un *espectáculo* repugnante á la razon y á la justicia que se tuviese encarcelado al encubridor de un delito que tuviese por la ley señalada pena de prision mayor, en tanto que se permitiera dar fianza y vivir en libertad al autor de un delito que se castigara con presidio menor? ¿No sería contrario al espiritu predominante en el Código, á la humanidad y al buen sentido, que se tuviese encarcelado á un menor de 9 años, autor de un delito penado con prision mayor, en tanto que á otro mayor de 18 años se le concediese la soltura bajo fianza, no obstante que en su dia tuviese que ser condenado á presidio menor? Si todo esto se hubiese meditado al redactar el *Real decreto de 30 de setiembre*; si se hubiese tenido presente que la confusion ó el silencio de las leyes producen conflictos de incalculable trascendencia, no se redactara con tal concision y oscuridad; no es tan fácil legislar como parece á primera vista: todavía hemos de patentizar defectos mas graves por lo mismo que son invencibles las dificultades que producen.

Espuestas las razones de dudar que pueden alegarse á favor de cada una de las opiniones afirmativa y negativa, manifestaremos la que nos parece mas aceptable en consonancia con las disposiciones legales.

Para interpretar con acierto una ley es preciso no limitarse al estudio analítico de su testo ni al de la razon filosófica, política ó jurídica que pudo dar margen á su promulgacion; es

necesario despues de estudiarla, compararla con las demas leyes que traten de la materia, las cuales reunidas constituyen la ciencia del derecho que se dice jurisprudencia: de esta comparacion resultará necesariamente la interpretacion científica doctrinal que nos haga entender ciertas leyes en armonía con las demas.

Esto supuesto, cuando estudiamos el testo del *art. 1.º del Real decreto citado*, comprendemos en verdad que la base justificativa de la fianza ó la prision está determinada en la pena que el artículo correspondiente del Código señala para el delito ocasional de la causa, porque *esta pena será la que merezca el delito*. Pero meditando despues con detenimiento, no podemos dejar de advertir que esa regla sancionada por el *art. 1.º*, no puede tener una aplicacion abstracta; que el verbo *merezca*, de que hace uso, tiende á la aplicacion concreta, la cual no es practicable, si no se tiene en cuenta la persona con sus condiciones especiales y personales.

Todavía mas: distribuido el Código penal en distintas partes, las disposiciones legales no pueden interpretarse rectamente, si no se consultan todas aquellas que tienen relacion y son aplicables al caso de que se trata. Pues bien, supuesto que el *lib. 2.º* determina y fija la pena imponible para cada delito, y supuesto que el *lib. 1.º* establece las reglas que deben observarse para la aplicacion en concreto de las penas señaladas en aquel, ¿podrá decirse qué pena es la que *merece el delito* de que se trata *en la causa*, sin consultar tanto el *art. del lib. 2.º* en que aquel se halle comprendido, como las reglas de aplicacion del *lib. 1.º*? Claro es que no; porque fijándose únicamente en el *lib. 2.º* podria saberse qué pena era la *señalada*, y consultando tambien con el segundo se podrá conocer qué pena es la *merecida*.

Esta opinion es á nuestro entender la mas racional, la mas conveniente y la mas conforme tambien á las bases sentadas en el preámbulo ó esposicion precedente al *Real decreto de 30 de setiembre*; pero como no está en perfecta y clara armonía con su literal contesto, y como por otra parte su cumplimiento seria imposible en muchos casos por la falta de datos ó comprobantes que determinaran la culpabilidad del individuo, concíbese

que admitida como regla general la doctrina que se desprende de la interpretacion estensiva, se tocarian inconvenientes insuperables. Por esta causa creemos que no debe perderse de vista el objeto del *art. 1.º del Real decreto*, y que con arreglo á él deben sentarse las reglas mas conformes á su testo y á los principios de recta interpretacion.

La frase adverbial *desde luego* indica que se trata únicamente de la prision que subsigue á los primeros pasos del sumario, luego que se conoce el delito y es indicada como criminal una persona cualquiera, ó cuando fué detenida en el acto ó poco despues de la perpetracion del delito: y se comprende asimismo que, esa prision ó afianzamiento que ha de decretarse inmediatamente, ó sea *desde luego*, no fija de tal modo la condicion de los procesados en lo relativo á la prision, que su suerte sea invariable hasta la terminacion de la causa. Esto supuesto, y teniendo presentes las razones en que nos hemos fundado para inclinarnos a la interpretacion estensiva, juzgamos que podrán sentarse las reglas siguientes: 1.ª La prision se acordará desde luego que haya motivos fundados para considerar y tratar como reo á una persona cualquiera, toda vez que sea conocido el delito que dá ocasion á la causa y merezca alguna de las penas de presidio, prision ó confinamientos mayores. 2.ª Cuando por el contrario, conocido el delito, y resultando motivos fundados para proceder contra una persona cualquiera, resulte que aquel merece solo penas de prision, presidio ó confinamiento correccional ó menor, se acordará la prestacion de la fianza que corresponda, y en el caso de no prestarla se decretará la prision. 3.ª Cuando conste *desde luego* que la persona tratada como reo no merece pena mayor, atendiendo á las reglas de aplicacion de las penas, se procederá en los términos prevenidos en la regla anterior. 4.ª Cuando no pueda calificarse *desde luego* la criminalidad personal para el efecto de prefijar la pena, se decretará la prision si por regla general el delito merece alguna de las mayores. 5.ª En todo caso, si posteriormente resultan méritos para variar el juicio con relacion á la pena, se acordará lo conveniente conforme á las reglas de la *ley provisional y Real decreto de 30 de setiembre*.

CUESTION VEINTE Y TRES.

Cuando la pena que merezca el delito segun las disposiciones del Código penal sea una compuesta ó bien de varios grados de pena menor y mayor, ó bien de penas enteras de ambas clases, ¿procederá la prision de los procesados ó la fianza en sus casos con arreglo al Real decreto de 30 de setiembre de 1853?

Nuestros lectores conocen ya el testo del *art. 1.º del Real decreto de 30 de setiembre*, y es por lo mismo escusado repetir, que la cantidad de la pena es la base reguladora de la prision de los encausados ó de la fianza para evitar la escarcelacion: ó lo que es lo mismo, que se deben reconocer tres casos distintos; uno en el que nunca puede acordarse la prision ni es necesaria fianza; otro en el que tiene que decretarse la prision si no se presta la fianza ó es notoriamente pobre el encausado, y otra finalmente en que siempre tiene que decretarse la fianza. Estos tres casos son otras tantas reglas generales, sujetas á las excepciones que establece el mismo *decreto de 30 de setiembre en su art. 5.º* De conformidad con esas reglas pueden sentarse las tres siguientes, que son realmente su esplicacion práctica. 1.ª No puede decretarse la prision ni se exige fianza, cuando el delito que se persigue no merece pena superior á la de arresto mayor en cualquiera de las escalas graduales. 2.ª Se

acordará la prision si no se presta la fianza ó el reo no es notoriamente pobre, cuando la pena que merezca el delito sea de prision, presidio ó confinamiento correccionales ó menores. Y 3.^a Siempre se decretará la prision cuando el delito que se persiga merezca cualquiera de las penas mayores de prision, presidio ó confinamiento mayores ó las superiores en sus respectivas escalas graduales.

Reconocidas estas reglas generales, y visto que el Código señala algunas veces una pena compuesta de dos grados, v. g., de dos de presidio menor y dos de presidio mayor; ó de tres penas enteras, por ejemplo, prision correccional á prision mayor, naturalmente se ocurre preguntar, ¿qué deben hacer los jueces en estos casos? ¿Acordarán que los encausados presten la fianza ó acrediten la pobreza notoria ó que en otro caso sean reducidos á prision? ¿La decretarán desde luego sin admitir la fianza ni atender á la pobreza? Lo uno y lo otro pudiera contestarse, y ni lo uno ni lo otro pudiera justificarse; porque el *art. 1.º del Real decreto de 30 de setiembre* sin duda no tuvo presentes las penas compuestas, puesto que de otro modo no se limitara á establecer una regla que alcanza y no comprende á tales penas en toda su estension.

Si en la duda emanada del texto literal se consultan los principios de derecho; si se atiende á las razones de conveniencia social, y á las teorías humanitarias que tanto predominan hoy en las resoluciones legales, podrá calcularse que, señalada una pena compuesta de una parte de la simple que exige la prision preventiva, debe esta absorber á la menor en obsequio de la sociedad, porque antes son los intereses del cuerpo social que los del individuo; pero si por el contrario, se oyen aquellas reglas eminentemente filosóficas, racionales y justísimas que en la duda mandan se acuerde lo mas favorable al reo, entonces los jueces en caso de duda deben decretar el afianzamiento ó la prueba de la pobreza notoria, y la prision á falta de cualquiera de estos medios que autorizan la permanencia en libertad.

Tal vez no se crea que puede suscitarse la dificultad que proponemos; acaso no se entienda el *art. 1.º del Real decreto* como le hemos entendido, y entonces á la verdad los jueces se

vieran libres de los conflictos que les presagiamos. El *Faro nacional* es de esta opinion: las razones en que se funda de derecho constituyente son atendibles, conformes á las teorías mas admitidas, pero nosotros no podemos conformarnos con ellas, ni menos con la interpretacion que dá al citado *art. 1.º* Dice el *Faro* tratando de esta materia, aunque con relacion á los casos dudosos para la calificacion del delito: "Pero aun así tal vez no baste este corto término en muchos casos para formar una idea exacta de la penalidad del hecho, atendida la complicacion de ciertos delitos y el número considerable de causas que se instruyen en los juzgados, y acaso seria conveniente que dicho término, transcurrido el cual debe precisamente decretarse la prision ó la soltura, segun la *regla 30 de la ley provisional*, se ampliase lo que se creyera razonable; pues esta ampliacion creemos que tendria para los procesados una compensacion suficiente en las mayores garantías otorgadas hoy á su libertad. Si este inconveniente, que podrá ocurrir, no se resuelve por S. M. debidamente, es fácil que caigan los jueces, ó en el extremo de dejar en libertad á procesados á quienes no alcance el beneficio del decreto, por alejar de sí toda responsabilidad de prision arbitraria, ó que incurran en el extremo opuesto de decretar prisiones improcedentes, para evitar que quede ilusoria la accion de los Tribunales. El daño que sufre la sociedad en la impunidad de los delitos ó en que estos se castiguen con penas inferiores á las que merecen, es sin duda mucho mayor que el que experimenta un procesado á quien se priva de su libertad por un corto espacio de tiempo; y es de presumir que los jueces, dudosos en los primeros momentos, y aun en los tres dias á que la detencion se estiende, de la pena que puede corresponder en definitiva al delito, tal vez decreten la prision, á reserva de alzarla mas adelante, cuando por el curso de los procedimientos ó por los recursos legales que los procesados les presenten, se convenzan de que la pena que ha de imponerse á aquellos no escede de la prision, presidio y confinamiento menor. Nosotros comprendemos que cuando el *art. 1.º* del decreto dice, no se decretarán desde luego autos de prision, etc., se entiende que ha de preceder para omitir ó providenciar dichos autos, un racional conven-

cimiento de que el caso está comprendido en la disposición del referido artículo; y que en tal concepto, y siendo este convencimiento un requisito indispensable para obrar con alguna seguridad, si no pueden adquirirlo los jueces en los tres días de la detención, y en la duda elevan esta á prisión formal, no sería justo exigirles responsabilidad si la pena que merezca el reo es de las favorecidas por el decreto, siempre que acuerden su libertad en el momento en que la instrucción del proceso les permita ver con claridad el caso.”

“Confirmanos mas y mas en estas observaciones la prescripción del *art. 4.º del Real decreto*, en el que se dice que los procesados que hayan de prestar fianza, si no la habilitan en el acto del requerimiento, serán reducidos preventivamente á prisión de la que saldrán luego que la presenten. Si, pues, se admite la prisión preventiva por falta de fianza, también parece que debe admitirse como medida interina cuando el juez no ha podido adquirir en los tres días de la detención una idea suficientemente exacta de la clase y naturaleza del delito y de la penalidad que haya de imponérsele. Lo dispuesto en el *art. 1.º del Real decreto* no ha variado en nuestro juicio la jurisprudencia criminal, sino en la extensión del beneficio de la libertad á un término mas ámplio que el que concedía el *art. 23 de la ley provisional*; pero ha dejado subsistentes las reglas de sana crítica consignadas en el *art. 31* de dicha ley, cuando establece que ha de haber motivo *racionalmente fundado* para decretar la prisión, y por consecuencia para acordar la libertad, cuando después de verificada aquella se comprenda que no puede continuar legalmente.”

No nos proponemos en este momento discutir cada una de las muchas ideas vertidas en el párrafo transcrito del *Faro*; tampoco vamos á hacernos cargo de las consecuencias que de aquellas premisas deduce; queremos únicamente persuadirnos de si la interpretación extensiva dada al *art. 1.º* es ó no exacta, porque si se reconoce facultad en los jueces para decretar ó no la prisión en la época en que se juzguen suficientemente instruidos, y en el entretanto les es lícito mantener en prisión *interina* á los encausados, entonces los efectos del decreto no corresponden á su objeto, y la cuestión que venimos venti-

lando careciera de fundamento; seria una duda imaginaria.

Es menester no confundir dos cosas esencialmente distintas: á saber, las condiciones legales necesarias, para que sea procedente la prision por razon del delito; y las sustanciales para legitimar la prision del individuo: mas claro, para poder decretar la encarcelacion en un caso dado es menester: 1.º que el delito que se persiga sea de los que, segun las leyes, exigen la prision preventiva del procesado; y 2.º, que en este caso concurren con relacion á la persona las pruebas, indicios ó presunciones que den racional motivo para reputarla criminal. El *Real decreto de 30 de setiembre* no hace referencia á la criminalidad individual ó concreta; no se propone dictar reglas para asegurar al individuo de que no será perturbado en el goce de su libertad, sino cuando sea realmente criminal, ó cuando sean tales las pruebas ó el convencimiento, que la sociedad necesite tomar en él precauciones para que no sea ilusoria la sentencia: el *Real decreto* presupone que ninguno debe ser preso sino en virtud de méritos racionalmente fundados de criminalidad, y se circunscribe á dictar reglas referentes á los casos en que considera conveniente y necesaria la prision atendiendo á la pena del delito. La *esposicion* que precede al decreto esplica terminantemente el pensamiento y la causa de establecer las reglas que son la materia de la parte dispositiva de aquel. No se prodigan las prisiones sin conveniencia pública por inobservancia de las disposiciones legales relativas á las pruebas de criminalidad de los encausados, no se trata de censurar la ligereza de los jueces en acordar las prisiones de personas no indicadas como criminales, no es el espectáculo de ciudadanos presos sin fundamento racional el que se lamenta; lo que ha querido remediarse es que se reduzca á esa lamentable situacion á ciudadanos, cuando ni la gravedad del delito, ni las circunstancias personales del delincuente alarman vivamente la opinion pública ó hacen probable la fuga. Visto, pues, que la calidad del delito y no la prueba de la delincuencia es la que se ha tenido en cuenta para reglamentar la prision por el *decreto del 30*, claro es que las disposiciones legales referentes á esta parte se han conservado intactas y en su fuerza y vigor, así como tambien que no debe hacerse mérito de ellas para interpretar el *art. 1.º* antes citado.

La deducción que se hace de lo dispuesto por el *art. 4.º* prueba lo contrario de lo que se pretende, y la comparacion es como todas peligrosa y abundante en perjuicios que se han tratado de remediar. El *art. 4.º* determina que, en caso de no habilitar los procesados en el acto la fianza, sean reducidos preventivamente á prision; luego tiene que hacerse desde el instante la calificacion de la penalidad merecida, atendiendo á la clase de delito cometido para saber si procede la prision, ó esta se ha de efectuar solo en el caso de no darse la fianza: el *art. 4.º* no concede tregua para acordar lo que sea procedente con respecto á la aseguracion del procesado: esa prision preventiva presupone el juicio de la criminalidad y de la pena, porque sin formarle no puede el juez determinar si ha de mandar reducir á prision ó admitir fianza: para acordar esta ó aquella es necesario saber eso mismo que se supone ignorado.

Decimos que la comparacion carece de analogía, porque en el caso de que trata el *art. 4.º* la prision procede, pero la ley la dispensa bajo la condicion de afianzar, y mientras tanto que esto se realiza, nada mas natural que el que el procesado permanezca en aquel estado en que debiera hallarse si no facilita aquel remedio que se le permite para gozar de la libertad. En el caso de no poder calificar el delito por carecer todavía de datos para ello, como que se ignora si podrá ó no decretarse la prision, toda privacion de la libertad, como quiera que se la apellidase para ponerse á cubierto del delito de detencion arbitraria, seria un atentado, un abuso de autoridad.

Para formar nuestra opinion acerca del punto en cuestion, hemos meditado mucho sobre los términos en que se halla concebido el *art. 1.º*. Sienta este una regla general negativa, que por una deducción á *contrario sensu* produce otra regla contraria afirmativa: no se decretarán desde luego autos de prision en las causas en que se persiga delito que merezca pena inferior á las de *tal clase*; luego para decretarlos es preciso saber que la pena que merece el delito es una de esas superiores que espresa: luego en el caso de ignorancia no puede proveerse en ningun sentido por carecer de datos para formar juicio: luego ignorándose lo preciso para acordar la prision, lo lógico será no acordar cosa alguna. Y no es esto una novedad en el de-

recho, porque lo mismo acontece cuando el juez no puede reunir pruebas ni indicios suficiente para sospechar *racionalmente* de la culpabilidad de un encausado en los dias en que puede tenerle detenido; entonces acuerda la libertad, porque sin motivo racional no es lícito decretar la prision.

No desconocemos el interés que tiene la sociedad en que no queden impunes los delitos; tampoco podemos olvidar lo mucho que á la misma importa que no se causen vejaciones á los particulares sin motivo que las justifique; y habiendo de optar en tales casos entre dos medios, ambos espuestos á producir consecuencias funestas, juzgamos que no puede reconocerse como una teoría aceptable, la de que el daño que sufre la sociedad con la impunidad de los delitos ó en que se castiguen con pena inferior á la que merecen, es mucho mayor que el que sufre el procesado á quien se priva de la libertad por un corto espacio de tiempo. Ciertamente que á primera vista parecerá cierta esa teoría, porque comparada la pena total de un delito con la prision temporal, mayor debe ser el daño que emane de aquella como procedente de causa mas estensa, que el que proporcione esta; pero á fin de apreciar las cosas en su justo valor, es preciso no omitir ninguno de los requisitos que sirven para pesarlas. La falta de cumplimiento de una pena es un mal negativo y el sufrimiento de la prision es un mal afirmativo: el primero perjudica á todo el cuerpo social, en términos que apenas se deja sentir su daño entre la generalidad, pero el segundo aunque menor afecta á uno solo: ¿se podrá dudar de que este es mucho mas sensible, mas trascendental que aquel? El desfalco de mil reales hecho á un poderoso le irroga un mal imperceptible, pero recayendo en un individuo menesteroso ó de escasa fortuna puede acarrearle su ruina. La prision de un particular suele hundir á su familia en la miseria; la impunidad de uno ni de mas delitos no destruye á la sociedad.

Visto, pues, que esta tercera opinion no puede admitirse, porque ni encuentra apoyo en el *Real decreto*, ni se conforma con las teorías mas aceptables, creemos que lo mas conveniente y justo, lo menos espuesto á comprometer á los jueces á incurrir en responsabilidad, lo mas conforme al pensamiento que

predomina en aquel *Real decreto*, y por último lo que queda mas sujeto á la reparacion sucesiva, es que en los casos en que la ley señale una pena compuesta de mayor y menor ó en la totalidad de estas, ó de grados que se tomen de la una y de la otra, los jueces decreten la prision si el procesado no diese las fianzas que exige el *Real decreto*, ó no acreditase la pobreza notoria.

La opinion que acabamos de consignar con referencia á los casos en que la pena compuesta, lo sea de mayor y de menor, tiene aplicacion para los efectos consiguientes á aquellos en que la composicion de la pena señalada para el delito sea de prision, presidio ó confinamiento menor, y arresto mayor, porque segun el *Real decreto* cuando esta última sea la que merece el hecho penable, ni se puede acordar la prision, ni tampoco procede la fianza; en tales casos el presunto reo permanece en libertad, no obstante que pueda el juez obligarle á que se presente en los dias que considere conveniente para asegurarse de su permanencia en el pueblo á disposicion del juzgado. Si en tales circunstancias como medida interina se acordase que el encausado prestase la fianza, dejándole detenido si no la presentara en el acto, esa prevencion para un caso incierto, llevaba consigo un mal positivo, de difícil si no imposible justificacion.

Segun nuestras noticias, algunos jueces, colocados ya de hecho en el conflicto que provoca la oscuridad del *Real decreto*, han proveido en el caso de componerse la pena señalada de mayor y menor, la fianza y en su defecto la prision, y en el de componerse de pena menor y arresto mayor, el alzamiento de la detencion, marchando de este modo de acuerdo con nuestras opiniones.

Para salvar sin embargo todos los inconvenientes y que los jueces puedan proveer con conciencia tranquila del acierto, conveniente seria que el señor Ministro de Gracia y Justicia aconsejase una aclaracion del *Real decreto* en los términos que dejamos indicados.

CUESTION VEINTE Y CUATRO.

La condicion de casarse con la ofendida el condenado por estupro, rapto ó violacion para librarse de la pena, ¿es potestativa en el ofensor ó en la ofendida?

La jurisprudencia que establece el Código penal en las *disposiciones comunes* á los tres delitos mencionados, dá ocasion á mil y mil dificultades, algunas de ellas insuperables al menos para nosotros. Tal vez la escasez de nuestros conocimientos sea la causa ocasional de la dificultad invencible que nos embarga para no resolverlas; pero no somos los únicos que tropiezan con esos gravísimos inconvenientes, y por eso nos creemos autorizados para atribuir á la oscuridad notoria y á la inconexion cuando menos de los artículos del Código, la causa de esos conflictos que á cada paso colocan á los Tribunales en el riesgo de faltar á la justicia involuntariamente, ó cuando menos de fallar sin conciencia de que proceden de conformidad con el espíritu de la ley.

Obligados á emitir nuestra opinion respecto á todas aquellas materias de derecho que nuestros lectores nos consultan, ó acerca de las graves cuestiones que llegan á nuestra noticia, ó de las que precisamente hemos visto producir conflictos en los Tribunales, con preferencia queremos ocuparnos de las mas

:

principales que se han promovido acerca de la inteligencia de varios artículos del *cap. 5.º, tit. 10, lib. 2 del Código penal*.

Clasificados los delitos por el Código penal, se comprendieron bajo el género de *delitos contra la honestidad* el adulterio, la violacion, el rapto, el estupro y la corrupcion de menores, y despues de señalar las penas correspondientes á cada una de esas especies, se dieron ciertas disposiciones que se titularon *comunes* á los delitos mencionados. Al examinarlas nótese una novedad, un cambio tan sorprendente, de tan difícil justificacion, que no han podido menos de llamar la atencion de cuantos conocian los preceptos de nuestra antigua jurisprudencia: nos referimos á la identificacion de los delitos de rapto, violacion y estupro en cuanto á los efectos del *párrafo último, art. 371 del Código*. Dice así: “en todos los casos del presente artículo, »el ofensor se librará de la pena, casándose con la ofendida, »cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo »verifique.” Sancionado por ese artículo que el casamiento libra de la pena, pregúntase y con razon, supuesto que su letra no lo espresa, ¿esa accion salvadora es potestativa en el ofensor? ¿Depende acaso de la voluntad de la ofendida? ¿Basta la promesa de casarse de parte del ofensor para salvarse de la pena, si la falta de la realizacion del matrimonio depende de la ofendida? Cuando obste al consorcio un impedimento impediendo, ó tal vez la imposibilidad legal, ¿será este un obstáculo invencible para salvarse de la pena? No son preguntas estas que presupongan casos irrealizables: la mayor parte de ellos han ocurrido ya en la práctica. Ya se han visto reos de violacion cometida en una mujer casada; ya se ha presentado caso en que la estрупada no ha querido casarse con el estuprador; ya ha ocurrido que pendiente la causa de estupro se ha casado con otro la estрупada. En todos ellos el ofensor á ofrecido casarse, ¿se salvará por esta promesa de la pena?

Nuestros lectores nos permitirán que volvamos la vista á la jurisprudencia vigente al publicarse el Código en 1848; que examinemos luego la primitiva redaccion de este, para llegar despues á la interpretacion del vigente.

No se crea que vamos á descender hasta la época de nuestros fueros municipales: en los siglos medios en los que el con-

cubinato era tolerado, la prostitucion se miraba con horror, y á sus autores se les castigaba con penas severísimas: hoy por el contrario, se han proclamado teorías que no queremos calificar; en silencio nos lamentamos de sus progresos.

En aquellos tiempos, lo mismo que por la jurisprudencia de las Partidas, la violacion y el estupro se distinguieron esencialmente en cuanto á su calificacion como actos penables: á la primera se la consideró siempre como delito público, perseguible de oficio, en tanto que del segundo nacia accion privada; y por eso al estuprador no se le perseguia sino á instancia de la parte agraviada. Partidarios somos de esa jurisprudencia, por que si bien comprendemos que la acusacion pública de los delitos de incontinencia suele acarrear perjuicios á la parte agraviada, que no tendria que sufrir quedando ocultos bajo el manto impenetrable del silencio, tambien creemos que esa teoria fundada en el respeto al honor de las familias, no es siempre igualmente aplicable á la violacion y rapto que al estupro, porque aquellos delitos no son de tan fácil ni probable ocultacion. Por otra parte, el estupro induce á una imputacion de culpabilidad á la estuprada, porque aunque al abrigo del engaño mas ó menos disculpable, habia prestado su consentimiento. Y por último, la violacion y el rapto ademas de la incontinencia encierran en sí otros actos tambien criminales, como lo son los medios ejecutivos que con independendencia de aquella debieran pensarse.

Discurriendo los compiladores de las Partidas entre los graves daños que puede llevar consigo la libre facultad de proceder de oficio á la pesquisa de los delitos y castigo de los delincuentes, y la prohibicion contraria, absoluta, inductiva de la impunidad que alienta á los criminales en daño de la causa pública, creyeron que la conveniencia social exigia la tolerancia del procedimiento oficial en algunos casos, y así fué que en la *ley 28, tit. 1.º de la Partida 7.ª*, especificaron cinco en los cuales el Rey de oficio ó los juzgadores podian proceder, “maguer non los aperciban ninguno, nin sea fecha acusacion sobre ellos.” En ninguno de esos cinco casos se comprendieron expresamente los delitos de violacion ni rapto, si bien en el tercero pudieran considerarse incluidos, “si son hierros que saben

los omes de aquellos lugares, es cosa manifiesta, é el fecho del es en guisa que se non puede encobrir.”

Mas adelante, la osadía, el atrevimiento y la temeridad de los que querian vivir mal, segun decia el Señor Rey D. Juan II en las Córtes de Valladolid, *ley 7.^a, tit. 34, lib. 12 de la Novísima Recopilacion*, hicieron necesarias leyes que refrenaran aquellos escesos y mandó al efecto, “que si algun robo ó cualquier otro maleficio se hiciere, el alcalde ó el juez del territorio de donde se perpetrare haga pesquisa é inquisicion sobre ello, porque los delitos no queden sin pena.” En la disposicion de esta ley principalmente se fundó el procedimiento de oficio, que despues recibió una estension, acaso mayor que la conveniente, y así fué que salvando los casos esceptuados de adulterio, injurias libianas de palabra, ó las graves, como tambien el estupro, en todos los demas, en los cuales el delito se reputaba grave por la ofensa inmediata que recibiera la sociedad, los jueces sin necesidad de delacion ni de denuncia instruian el procedimiento sumario en averiguacion de la existencia del hecho penable y para el descubrimiento de las personas delincuentes.

Tal era el estado de la jurisprudencia y de la práctica cuando se decidió la confeccion de un nuevo Código penal, que satisfaciendo las necesidades de la época, se conformara con las nuevas teorías llamadas doctrinas de la ciencia del derecho penal. Era consecuencia forzosa que prevaleciesen en él las ideas reinantes entre cierta clase de gentes afiliadas á la escuela moderna, y así fué que equiparando el rapto, la violacion y el estupro en cuanto á la verdadera calidad de la accion que de ellos dimanara á favor de la parte agraviada, sentaron las mismas reglas para todos ellos, á pesar de que los distinguieron considerablemente en cuanto á la gravedad de las penas. Decia pues el *art. 361* del Código primitivo, “los reos de violacion, estupro ó rapto ejecutado con miras deshonestas, no podrán ser penados sino á instancia de la parte agraviada.” Hé aquí ya la absoluta igualdad de las acciones de esos tres delitos y la idéntica calificacion de los mismos. Desde 1848 en adelante el rapto, la violacion y el estupro descendieron á la esfera de los delitos privados; ya desde entonces la accion era tambien privada, y los Tribunales se encontraban con las ma-

nos ligadas para dejar en la impunidad al que bárbara é inhumanamente atropellaba el honor de la mujer indefensa, ó el que valiéndose de la fuerza brutal llevaba el llanto y el desconsuelo á las familias á quien estas no se atrevían á perseguir por temores indiscretos que infundían la posición del delincuente ú otras causas.

No interesa á nuestro propósito descender á la calificación de esa medida preceptiva de la igualdad entre los delitos que van acompañados de la fuerza, y los que tan solo emanan de la sagacidad y de la hipocresía: lo que nos importa saber es, que reconocida una vez la igualdad de las acciones y admitida la identidad de los delitos, era consecuencia forzosa que se asemejaran también en la manera de redimirse las penas, y por eso el Código, partiendo de aquellas bases, tuvo que decir en el artículo primitivo, “el ofensor quedará relevado de la pena impuesta, casándose con la ofendida.”

Las graves dificultades que inmediatamente se suscitaron después de la publicación del Código, provocaron una reforma que se realizó por el *art. 12 del Real decreto de 21 de setiembre de 1848*. Efectivamente, equiparadas las acciones que nacen del estupro, de la violación y del raptó y prescrito que solo á instancia de la parte agraviada pudiesen ser penados sus autores, dudábase en primer lugar si para proceder á la instrucción de las diligencias sumariales, era precisa la formal querrela, ó si bastaba la simple delación ó denuncia de la parte agraviada; se disputaba también si una vez comenzado el juicio por instancia de la parte, era necesario que continuase gestionando en él hasta su terminación, ó si podría intervenir el ministerio Fiscal para la prosecución del juicio criminal; y se disputaba por último entre los jurisconsultos sobre si las personas autorizadas para representar á las menores en sus derechos civiles, podrían también legalmente instar la formación de la causa á nombre de la mujer agraviada.

También respecto á la revelación de la pena se suscitaron dificultades, porque el texto del *art. 361* era oscuro en sus términos, y ofrecía dificultades de alguna consideración al compararle con el *art. 21* del mismo Código penal, porque equiparándose el perdón de que este trata con la remisión de la

pena, que presupone la celebracion del matrimonio del ofensor con la ofendida, se dudaba en primer lugar, si ese medio de salvarse de la penalidad seria potestativo en la ofendida, de tal modo que pendiera de su voluntad la redencion de aquella; se dudaba asimismo si seria indispensable la celebracion real y positiva del matrimonio para salvarse de la pena impuesta; y por último se disputaba tambien sobre si despues de pronunciaba sentencia que causase ejecutoria podrian lo mismo el perdon que el casamiento aprovechar al condenado. Tambien el *art. 12 del Real decreto de 21 de setiembre de 1848* reformó la parte del *art. 361 del Código penal* en lo referente al caso de que se trata.

Ese mismo *art. 12* dejó en pié varias dificultades de las que anteriormente se habian suscitado, y no obstante que ya eran conocidas para el Gobierno, se transmitió literal al Código reformado en 1850 en los términos siguientes :

No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de su tutor, padres ó abuelos.

Para proceder en las causas de violacion y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, bastará la denuncia de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores aunque no formalicen instancia.

Si la persona agraviada careciese por su edad ó estado moral de personalidad para estar en juicio, y fuera ademas de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador que denuncien, podrán verificarlo el procurador síndico ó el Fiscal por fama pública. En todos los casos del presente artículo el ofensor se librará de la pena casándose con la ofendida, cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo verifique.

Obsérvase, pues, por lo literal del artículo transcrito que ya se retrocedió en esta parte á la antigua jurisprudencia práctica, modificándola sin embargo en un sentido que armoniza el interés de la causa pública en el castigo de los reos de violacion y rapto, con el sigilo conveniente en la mayor parte de los casos al honor y decoro de la familia. No puede ya en la actualidad la accion fiscal entrometerse á denunciar los delitos de violacion y rapto, porque si bien ofenden como todos en general á la sociedad, predomina en ellos sin embargo el interés

de los particulares, y sobre ese interés común á todos los atentados contra el individuo ó su propiedad, resalta el carácter distintivo de los delitos contra la honestidad, que los aproxima mas y mas á la condicion de los delitos privados.

Puede ya por consiguiente sentarse como principio indudable, que el estupro es un delito privado en todas sus condiciones, y que ni antes, ni despues de haberse comenzado el juicio solemne á virtud de la querrela de la parte ofendida, pierde el carácter de tal delito privado; pero que por el contrario, la violacion y el estupro, si bien pertenecen á esta misma clase, degeneran sin embargo luego que comienza el procedimiento por denuncia, sin que por eso pierdan sus primitivas condiciones, y se eleven á la categoría de los delitos que producen accion popular; y así es que, interviniendo la accion fiscal en estos juicios, no gestiona real y verdaderamente como parte principal, sino como coadyuvante á nombre de la ley á favor de la parte denunciadora si es en verdad agraviada, ó del acusado si resultara inocente; y así solo se explica que no obstante la intervencion fiscal, el casamiento haga cesar el juicio en cualquiera estado de él en que se verifique.

Hemos sentado estos precedentes por la influencia que pueden tener en la verdadera interpretacion de la última parte del *art. 371* del Código reformado. Es ya cosa indudable que el casamiento del ofensor con la ofendida produce inmediatamente la exencion de toda pena, de manera que pendiente el juicio se termina éste por auto de sobreseimiento, que dictará el juez tan luego como se haga constar en los autos la realizacion del matrimonio. Pero ese artículo, que quiso desvanecer una duda, de las diferentes que ofrecia la redaccion primitiva, incurrió en otra diametralmente contraria. Relevaba aquel al ofensor de la pena impuesta, casándose con la ofendida, lo cual parece que indicaba que el juicio se terminase por sentencia condenatoria; y segun este se libra al ofensor de la pena por medio del matrimonio y cesa el procedimiento en cualquier estado en que se halle; de modo que el nuevo testo parece que se dirige al estado de sustanciacion, y que impuesta ya la pena el casamiento no producirá aquellos efectos. Sin embargo, sabido que la reforma pretendia declarar que no era menester que se hu-

biese pronunciado sentencia, para que el matrimonio evitase la ofensa y salvara de la penalidad, claro es que lo mismo antes que despues de dictarse el fallo definitivo, produce sus efectos. Pruébese ademas la rectitud de esta interpretacion considerando, que como se ha dicho antes, el delito de estupro nunca deja de ser privado y los de violacion y raptó, que tambien lo son en su origen, no pierden ese carácter á pesar de la intervencion que se concede al ministerio fiscal. Pues ahora bien, si tales son las condiciones características de los delitos de que nos venimos ocupando, el medio establecido de librarse de la pena consistente en el casamiento, ¿será potestativo en el ofensor ó de libre eleccion en la ofendida? Para resolver esta cuestion es de absoluta necesidad fijar antes la interpretacion de la cláusula, "casándose con la ofendida", que espresa el párrafo último del *art. 371*, porque si esa cláusula es equivalente al precepto ó necesidad de la realizacion legal del matrimonio, aquella cuestion carece de términos hábiles, supuesto que llegado ya el caso de haberse casado, claro es que quien quiera que fuese el que tuviera en su mano la libertad entre casarse ó no, habria ya usado de ella en favor del matrimonio.

Si para interpretar esa cláusula se atiende á la significacion gramatical de las palabras, parece cosa indudable que no basta la promesa de casarse ni la voluntad de ejercer este acto de reparacion, sino que es preciso, indispensable, que la promesa y la voluntad se consumen, y que esa promesa y esa voluntad consumadas hayan emanado del ofensor porque á él se refiere la cláusula "casándose con la ofendida"; porque él es la persona que ha de hacer, supuesto que de no hacer es la que tiene que padecer. El Código dice al ofensor, "tú que atentaste contra el honor de la mujer por el engaño ó la violencia, debes reparar la ofensa que irrogaste, y esa reparacion no tiene sino un medio de llevarse á cabo; casándote con ella lavarás la mancha que arrojaste sobre su frente y te harás digno de la relevacion de la pena en que habias incurrido." Pero como por una parte no siempre depende de la voluntad del ofensor el que el matrimonio se realice, y como por otra la facultad de librarse de la pena por medio del matrimonio que se hallare el ofensor dispuesto á celebrar, seria un manantial fecundo de in-

moralidad, de escándalo y de perturbación en la tranquilidad de las familias, parece que si alguna duda cupiera de que las palabras del *art.* 371 debían entenderse en sentido restrictivo, razones de conveniencia social disiparan las dudas que pudieran concebirse por la gramatical expresión de la frase mencionada.

En efecto, casándose con la ofendida, dice el *art.* 371, y casarse es celebrar el matrimonio, no prometerle ni hallarse dispuesto á celebrarle; de modo que atendiendo á las palabras de la ley, la realización de ese contrato es el único medio de salvar al ofensor de la pena merecida. Pero como no es el concurso de su única voluntad el necesario para la celebración del matrimonio, la interpretación del artículo en el sentido que acabamos de consignar, sería equivalente á conceder á la agraviada la facultad exclusiva de relevar ó no de la pena. Así es en verdad, y así y no de otro modo debe ser, si es que no se quiere abrir un espacioso campo en el libro de las leyes á la inmoralidad y á los medios mas inícuos de adquirir una brillante fortuna. ¿Qué sería, pues, del honor de las familias si al bárbaro violador se le facultase para redimir la pena por medio de la promesa de un matrimonio que las leyes del decoro, de la dignidad y de la conveniencia obligaran á rechazar? Fácilmente se comprende que autorizado ese recurso salvador, se convertiría en una especulación de parte de aquellos que, sin reparar en los medios, aspirasen á poseer la fortuna de una mujer rica y opulenta. Aquel recurso sería en la realidad mas bien que un medio de salvarse de la pena, una verdadera exención de responsabilidad, porque no puede concebirse que el que se arrojó á estupro ó violar, no se hallara dispuesto á celebrar un matrimonio ventajoso con una mujer que no debiera serle repugnante. Tan poderosas son y tan convincentes estas observaciones, que sin necesidad de que el texto fuese tan explícito y terminante, ni un solo momento vaciláramos en adherirnos á la opinión que concede á la mujer la facultad de diferir ó no al casamiento salvador de la pena, en que incurre el autor de los delitos de estupro, violación ó raptó.

Esa misma opinión sostendremos también, como aplicable á los casos en los cuales un impedimento legal imposibilita la ce-

:

lebracion del matrimonio, porque sabida por el delincuente la existencia de aquel impedimento, claro es que cuando se arrojó á la consumacion del delito, aceptaba ya sus consecuencias naturales y legales.

La mas poderosa observacion que suele alegarse contra la opinion que dejamos sentada, nace de la espresion del *art. 21* de que antes hicimos mencion. Segun este el perdon de la parte ofendida estingue únicamente la accion civil y las responsabilidades de esta especie, pero queda viva y eficaz la criminal que tiene que ejercitarse por el ministerio público. Esceptúanse de esta regla general los delitos que no pueden ser perseguidos sino prévia denuncia ó consentimiento de la parte agraviada, y como que cabalmente se hallan en este caso los tres de que venimos hablando, se discurre en los términos siguientes: el perdon de la parte salva de toda responsabilidad criminal supuesto que estingue la accion que nace del delito; el casamiento celebrado lleva implícitamente consigo el perdon de la parte ofendida, porque no se comprende que sin la concurrencia de este hubiera de casarse la mujer, para quedar privada inmediatamente de su marido, si este tuviera que sufrir una pena procedente de accion entablada por su mujer: y como que si se exigieran la celebracion precisa del matrimonio para que el ofensor se librara de la pena, sería atribuir á una causa lo que llevaba consigo á otra inherente, inseparable de ella, sería entonces forzoso confesar que el *art. 371* comprendia un precepto ridículo; y como que esto no es de creer en los autores del Código, parece lo mas natural y consiguiente, que la causa de redencion de la pena de que trata el artículo citado, sea precisamente el matrimonio independiente de la voluntad de la estuprada ó violada.

No es ciertamente despreciable este argumento, si bien sus partes tienen algo mas de sofísticas que de exactas. Para desvanecerle basta fijar la vista en el *art. 21* y reparar en la época del asunto á que hace referencia. Trátase, pues, en él del derecho de acusar; refiérese á la accion que existe antes de principiar el juicio criminal, y con aplicacion á ese tiempo establece que el perdon de la parte no mate la accion penal, salvo en aquellos delitos que no pueden ser perseguidos, sino prévia de-

nuncia ó con consentimiento del agraviado; porque en estos, como solo la accion corresponde al que tiene facultad de denunciar ó consentir, es claro que perdonando la mata y hace imposible el procedimiento criminal. Finalmente, las reformas que comprende el *art. 371* no son en realidad otra cosa, que la restitucion de la antigua jurisprudencia sobre delitos de estupro, hecha estensiva á los de violacion y raptó; y como que segun ella el estuproador no se salvaba de la pena en que hubiese incurrido, sino cuando obtenia el perdon de la parte ó consentia esta en el matrimonio, quiere decir que en la actualidad esos mismos principios deben regir en los otros dos delitos de que venimos hablando, jurisprudencia la mas conforme á los principios de moralidad y á la conveniencia é interés social, porque hace compatibles el interés social en el castigo de los delinquentes, al mismo tiempo que respeta el honor de las familias, cuanto estas creen mas racional y conforme á sus intereses sufrir las consecuencias del delito que publicarle, y escarmentar al criminal.

La denuncia, ó la querrela son los medios de indicar ó manifestar la voluntad de la parte ofendida.

CUESTION VEINTE Y CINCO.

Los condenados por delitos de violacion, rapto ó estupro, así como se libran de la pena principal, casándose con la ofendida, ¿se librarán tambien del pago de las costas y gastos del juicio?

Indicamos en la cuestion precedente que los artículos del *Código penal*, que comprenden las disposiciones comunes á los delitos de violacion, rapto y estupro, daban ocasion á infinitas dudas, y la de que vamos á ocuparnos no es á la verdad la que menos dificultades ofrece para su acertada resolucion. Hemos visto sostener encontradas opiniones en esta materia, y no pueden calificarse por cierto de escrúpulos y ridículas cabilosidades las razones alegadas en pró y en contra de cada una de ellas, porque una y otra se fundan en las disposiciones del *Código penal*, y en los poderosísimos argumentos que la sana razon y el buen juicio enseñan como procedentes del derecho constituido. Oigamos, pues, á los partidarios de cada una de las opiniones que se han sostenido, y puesto en ejecucion en los tribunales, para despues emitir la nuestra á fin de uniformar la práctica, si es que conseguimos convencer á los que no piensen como nosotros.

Analizando el *art. 371* del *Código reformado*, léese en él la importante declaracion, con los caracteres de ley preceptiva, de que en todos los casos del mismo artículo el *ofensor se libra*

de la pena, casándose con la ofendida, y cesando el procedimiento en cualquier estado de él en que lo verifique.

Discurriendo con presencia del artículo transcrito, dicen los partidarios de la opinion afirmativa, que siendo las costas y gastos ocasionados por el juicio una pena accesoria, que por sí sola no puede imponerse, quedando libre el reo de la principal que le imponen los *arts.* 366 y 372, debe quedar asimismo libre de la accesoria ó sea del pago de costas procesales y gastos del juicio que prescriben los *arts.* 24 y 25 del *Código penal reformado*. Pues así como el delincuente declarado tal, es responsable criminal y civilmente, librándole la ley de lo primero, debe suponerse que le libra tambien de lo segundo, porque sería una inconsecuencia en la ley y hasta una injusticia declarar libre de pena á medias al estuprador, lo cual no debe suponerse, antes bien deberá interpretarse en un sentido favorable y amplio á aquel cuando quiera que ofreciese alguna duda.

Mas adelante haremos notar que los sostenedores de la opinion consignada en el párrafo precedente, discurren en cierto modo fuera del terreno legal, porque si su teoría se limita al caso de casamiento anterior á la terminacion de la causa, como que no recae sentencia condenatoria, faltan los términos hábiles, lo mismo para la imposicion de la pena principal que para la accesoria.

Menester es sin embargo confesar, que el argumento formado por los partidarios de la opinion afirmativa es de tal manera inflexible, lógicamente considerado, que apenas puede concebirse otra opinion contraria, que al menos atenúe su fuerza y dé ocasion á la duda. Sin embargo, la cita de un solo artículo de la ley, no es suficiente para escluir cualquier otro raciocinio, ni impide la interpretacion que sea mas conveniente y acertada para poner en armonía las diferentes disposiciones legales que tratan de una misma materia.

Por esa causa los partidarios de la opinion negativa dicen y con razon, que se haria un agravio á la ley si se la entendiese tan materialmente, que en su aplicacion se causara un mal que no quiso hacer, ni puede suponerse que tuvo intencion de hacerle. La ley, dicen, queda cumplida si tanto la estuprada como el estuprador han satisfecho cada uno las costas ocasio-

nadas, porque entonces la condenacion de costas hechas al último queda condonada por el casamiento con aquella; pero cuando la estuprada se ha defendido en concepto de pobre, por ejemplo, y por lo tanto no ha satisfecho ni podido satisfacer las costas y gastos ocasionados por el juicio, tanto los curiales que han intervenido en la causa como el procurador y abogado que defendieron á la estuprada, por el trabajo, honorarios y gastos suspendidos, deben ser satisfechos por el estuprador condenado en las costas y gastos del juicio, y han adquirido su derecho á reclamarlas contra el mismo, sin que le sirva de excepcion el que la ley le libre de la pena por haberse casado con la ofendida, y por consiguiente del pago de las costas y gastos del juicio como pena accesoria. No se pierda de vista que se trata de una responsabilidad civil, pues si bien debe seguir á la criminal en su imposicion, no se infiere que una vez impuesta queda libre de la primera el que lo fué de la segunda, como no queda libre de responsabilidad civil en muchos casos el que es declarado libre de la criminal. Así se observa que S. M. indulta en la pena al que fué condenado, pero que en ese indulto genérico no se entiende comprendido el alzamiento de la responsabilidad civil que interesa á un tercero; y así se vé tambien que, declarando á cualquiera exento de responsabilidad criminal por haber causado un daño en la propiedad ajena, sin embargo se le condena civilmente á su resarcimiento. Interpretar en otro sentido el último párrafo del *art. 371* es suponer que la ley perjudica á tercero, y que en nada tiene el valor y fuerza de una ejecutoria.

Los razonamientos que acabamos de trasmitir emanan de jurisconsultos teóricos y prácticos que han merecido vestir la toga de la magistratura y ocupan en ella elevados puestos. Nuestras opiniones al lado de las suyas aparecerán sin duda insignificantes y de ningun mérito científico; pero ya que se nos honra demasiado, invitándonos á que las publiquemos, deber nuestro es dar una prueba de condescendencia, si bien á riesgo de incurrir en error, porque la cuestion es á la verdad difícil y espinosa,

No es la primera vez que en las páginas de nuestro BOLETIN se ha discutido acerca de la verdadera inteligencia del *art. 24*

del Código penal comprensivo de la escala general de las penas entre las cuales comprende el pago de las costas procesales y el resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio. A la *página 51 del tom. II, 3.ª Epoca*, remitimos á nuestros lectores, y allí verán consignada nuestra opinion en general relativamente al carácter verdadero en el orden legal de las tituladas costas y gastos del juicio. Allí dijimos y sostenemos hoy que, si bien es una verdad que el Código en el *art. 24* enumera las costas y gastos ocasionados por el juicio entre las penas accesorias; y el *25*, considerándolas tambien como una pena, declara que se entienden impuestas por la ley á los autores de todo delito ó falta y á sus cómplices, encubridores y personas legalmente responsables, no por eso puede decirse que las costas y los gastos del juicio son siempre penas que no pueden jamás considerarse en el foro sino investidas de ese carácter penal. Para demostrar esta teoria recurrimos á una comparacion con las multas, que tambien se enumeran entre las penas accesorias, é hicimos notar que el *art. 23* autoriza su imposicion sin que tengan el carácter de penales. Creemos haber demostrado entonces que las costas y los gastos impuestos con una pena principal son otra accesoria de este, pero de tal índole, que, aunque no se condene en ella por la sentencia, se entiende impuesta por el ministerio de la ley. Esto supuesto, nada de particular tendria que relevado el estuprador del cumplimiento de la pena principal, se entendiera tambien libre del pago de las costas y de los gastos del juicio, toda vez que la ley así lo ordenara como acostumbra á prevenirlo en los casos de concesion de amnistía en los cuales ordinariamente se releva del pago de las costas.

Pero la ley no lo ha dicho, y el *art. 371* libra al estuprador de la pena, y penas son las costas y los gastos del juicio. Así es efectivamente; el testo de ese artículo no excluye espresamente las costas ni los gastos judiciales, y si es cierto que donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir, en buena lógica se deduce que el casamiento libra al estuprador y al autor de violacion y de raptó de toda pena.

Sin embargo, el rigorismo lógico de ese argumento cae por tierra fijando la atencion en la manera de espresarse ordinaria-

mente el Código penal; y tambien en los términos de ese mismo artículo en que se apoya la opinion afirmativa. Se librará de la *pena*, dice, no de las *penas* en que incurra el estuprador por su delito, y como que la principal y las accesorias no pueden comprenderse bajo la locucion singular *pena*, preciso es fijar la atencion en esa manera de espresarse el *art.* 371, porque si se propusiera relevar al estuprador de todas las responsabilidades criminales, hubiera usado las penas en plural y no en singular como lo ha hecho. Y no se crea que esta interpretacion es sutil y caprichosa, no se nos atribuya que nos dejamos arrastrar por consideraciones puramente filosóficas, olvidándonos del testo espreso de las leyes; con ellas á la vista i nterpretaremos el *art.* 371.

Al efecto, pues, llamamos la atencion de nuestros lectores hácia las disposiciones del Código penal que establecen reglas para la aplicacion de las penas, y en ellas observarán que no obstante el principio legal de que lo accesorio sigue la condicion de lo principal, aquellas reglas se limitan á las penas principales, olvidándose de que existen otras que el mismo Código ha establecido. Tratándose de los cómplices, de los encubridores de los delitos frustrados y de la tentativa, ¿se hace por ventura alguna distincion, se prefijan algunas reglas determinantes de la cantidad mayor ó menor de la pena accesorias imponible, cuando esta consiste en resarcimientos, en indemnizaciones ó gastos de juicio? Véanse las reglas de aplicacion atendiendo á las circunstancias atenuantes y agravantes, y se notará tambien que aquellas responsabilidades son unas mismas en cantidad, cualesquiera que sean las circunstancias concurrentes á la perpetracion del delito. Es por lo mismo necesario no perder de vista que siempre que el Código habla de las penas y determina algo respecto á ellas, se entienden sus disposiciones relativas á las penas principales, y que cuando el Código quiere que sean estensivas á las accesorias, hace de ellas especial mencion.

Por otra parte, cuando publicado el Código estudiamos la escala general de penas que sanciona el mismo, y vimos en él enumeradas diferentes clases de accesorias, y cuando despues nos hicimos cargo de las reglas sobre aplicacion, no pudimos

menos de notar que, aunque estas fuesen aplicables á las penas accesorias, ya que eran susceptibles de estension ó restriccion, sin embargo notamos que respecto á algunas de ellas no tenian aplicacion aquellas reglas, porque en todo caso se imponian enteras y en toda su latitud. La vigilancia de la autoridad, que aunque pena principal suele imponerse como accesoria, segun se vé en los *arts. 54, 55 y siguientes*, duran en proporcion al término de la pena principal, pero las costas procesales y los gastos del juicio se imponen siempre íntegros, cualquiera que sea la culpa del encausado y las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurren. Por estas razones puramente legales, tomadas del sistema que ha desarrollado el Código en sus artículos, nos hemos resuelto á creer que la palabra *pena*, de que usa el 371, comprende única y exclusivamente la principal imponible ó impuesta á los reos de los delitos de violacion, raptó ó estupro.

A mas de estas consideraciones que se desprenden de los textos literales comparados con el Código penal, pruébese la opinion que sostenemos por otras diversas razones, que no pueden dejarse en el olvido sin consumir una injusticia manifiesta. Las costas y los gastos del juicio, aunque de origen distinto, son sin embargo la legítima compensacion civil de los que intervienen en los juicios y bajo diferentes conceptos trabajan en la instruccion de los procesos. Pues ahora bien ¿seria conveniente ni justo que el perdon de la parte agraviada llevara sus consecuencias tan allá, que pudiese privar á los agentes del órden judicial de la debida retribucion de su trabajo? Las disposiciones legales lo mismo que la práctica de los Tribunales, han comprendido siempre que el perdon no puede ni debe traslimitarse de la estension de la ofensa; esto es, de aquellos efectos de la accion criminal que tienden al desagravio del ofendido.

Por esta causa se observa generalmente, que no obstante la latitud con que se conceden en nuestros dias los indultos, tanto particulares como generales, acaso mas allá de lo justo y de lo conveniente, el poder Real jamás releva del pago de las costas en uso de su Soberana prerogativa. Y no procede esa limitacion constante de los indultos de una voluntaria deferencia

:

hacia los criminales, sino de una causa legal fundada en un principio de justicia que es el primero en acatar el Poder ejecutivo. Si, pues, el perdón de la parte ofendida, lo mismo que el del poder Real, no relevan del pago de las costas y de los gastos del juicio, ¿por qué había de librar de esa respetable y sagrada obligación el casamiento con la ofendida? Bajo cualquier punto de vista que se mire este acto de desagravio y de reparación de la ofensa irrogada, no podrá menos de considerarse sino como un perdón concedido por la mujer, que como dijimos en la cuestión precedente, tiene derecho para no consentir en el matrimonio y dejar al ofensor en manos de la autoridad para que le imponga y haga cumplir la pena merecida.

Pudiera insistirse, y para sostener la opinión que combatimos alegarse, que cambiada la condición de las costas y gastos del juicio por el Código penal, supuesto que antes de su promulgación se consideraron siempre como indemnizaciones civiles y este las convirtió en responsabilidades criminales, el poder Real que cuenta entre sus atribuciones la de indultar en el todo ó parte de la pena á los delincuentes, cuando otorga los indultos sin la relevación del pago de las costas y de los gastos del juicio, significa solo que no quiere usar de aquella soberana prerrogativa en perjuicio de tercero. Y para dar mayor fuerza legal á esta observación, pueden citarse las amnistías, en las cuales no tan solo se releva del cumplimiento de las penas á los que se hallasen ya sufriendolas y se sobreseen las causas pendientes, sino que espresamente se alzan las condenaciones en costas y gastos del juicio, privando á los que intervinieron en el procedimiento de las acciones que les competían.

Ciertamente que no puede negarse al poder real la facultad de indultar, tanto de las penas principales como de las accesorias, entre las que se cuentan las costas y gastos del juicio; pero cuando nos hemos referido á los indultos particulares generales para comprobar la opinión que sostenemos, no hemos pensado siquiera en poner en duda la extensión de aquella soberana prerrogativa; lo que sí hemos querido decir y sostenemos con el apoyo de las leyes es, que la simple y ordinaria concesión del perdón, ó sea del indulto, no se extiende á las

penas accesorias, sino en el caso que se diga espresamente. Véase en corroboracion de nuestro aserto el *art. 45 del Código penal*, y en él se hallará sentado como regla general, que la gracia de indulto no produce la rehabilitacion para el ejercicio de los cargos públicos y derechos políticos, ni exime de la sujecion á la vigilancia de la autoridad, si no se conceden espresamente en la Real orden ó decreto. Pues ahora bien, si esas penas accesorias no se entienden indultadas, sin embargo de que en ellas ningun interés tiene un tercero, ¿cómo se ha de comprender y menos justificar la relevacion del pago del trabajo y de la justa defensa?

La comparacion con las amnistías es absolutamente impropcedente, porque esta se funda en consideraciones puramente políticas, y por lo mismo de interés y de conveniencia social, siendo por lo mismo consiguiente, que ante ellas deben ceder todos los intereses del individuo, cualquiera que sea la causa de que procedan; y así como el indultado se distingue del amnistiado, en que el primero puede no admitir la Real gracia que se le concede, porque es un simple beneficio que nadie tiene obligacion de aceptar, y el segundo está obligado á admitir y acatar la soberana resolucion, perdiendo el derecho que pudiera asistirle para toda clase de reclamaciones, así tambien por el contrario la amnistía debe borrar todo vestigio de responsabilidad, porque tiende un velo impenetrable sobre lo pasado.

Así, pues, respetando las fuertes y fundadas razones alegadas en contrario, juzgamos sin embargo que el casamiento con la estuprada, violada ó robada no libra sino del cumplimiento de la pena principal.

CUESTION VEINTE Y SEIS.

Cuando se proceda contra un diputado á Córtes en los dos casos que comprende el art. 41 de la Constitucion de 1845, como excepciones de la regla general que prefija, ¿podrán proceder los jueces y magistrados hasta dictar sentencia que cause ejecutoria, antes de dar conocimiento al Congreso y que recaiga su resolucion? En caso de suspenderse las actuaciones pendiente el procedimiento, ¿en qué estado de este se ha de acordar la suspension? Una vez acordada, ¿qué efectos produce?

Antes de ahora hubiéramos tratado de la série de *cuestiones* que acabamos de proponer, si causas poderosísimas no nos obligaran á guardar una prudente reserva, indispensable en la posicion que ocupamos. Acaso la emision de nuestras opiniones y las razones que en su apoyo vamos á alegar, hubieran producido su efecto, y se evitara una discusion en la que, con placer inesplicable, oimos sostener por eminentes jurisconsultos las verdaderas doctrinas de derecho público constitucional en armonía con los principios inviolables de derecho privado. Debemos confesar, que la discusion fué luminosa y sostenida con dignidad; pero que con ligereza, tal vez con impremeditacion, se han censurado fuera del Congreso algunas de las ideas vertidas por el jóven jurisconsulto que invocaba la *cosa juzgada* para solo ponderar la gravedad del asunto, y llamar la

atencion del Congreso acerca de la fórmula que habia de usarse para salir de un conflicto provocado por un hecho.

Con placer hemos visto que el Cuerpo colegislador adoptó una fórmula, única procedente, que produjo el saludable efecto que convenia al respeto debido á las leyes y á la inviolabilidad, tanto de la garantía concedida á los Diputados, como á los demas Poderes del Estado. La *revocacion* de una sentencia dictada por un tribunal competente, por mas que se notaran vicios en el procedimiento, ó la *declaracion de nulidad*, hubieran sido, á nuestro entender, estralimitaciones de las facultades del Congreso, á la manera que lo fué la continuacion de las actuaciones de parte del Tribunal de justicia. Una infraccion de ley por uno de los Poderes del Estado no autoriza la de otro que se considera ofendido. En la eleccion del medio de reparar los males causados por abuso, sin abusar tambien, está la habilidad y el tacto: afortunadamente ese tacto y esa habilidad resaltan en la resolucion del Congreso.

Pero si bien despues de la discusion y resolucion del Congreso de los Diputados, en la sesion de 26 de noviembre de 1853, no cabe la menor duda de que en los dos casos de escepcion que establece el *art. 41 de la Constitucion de 1845*, los jueces tienen que suspender el procedimiento criminal contra el Diputado antes de pronunciar sentencia definitiva, todavía se han dejado por tocar dos extremos interesantes, que dan ocasion á nuevas dudas y conflictos, y que no son de escasa importancia para dar fuerza y valor á la garantía de los Diputados, concedida en favor del Congreso.

Se ocupó este de la primera cuestion que se suscitó, aunque no pudo ni debió suscitarse, porque no es cuestionable que el procedimiento criminal contra el Diputado tiene que suspenderse antes de pronunciar sentencia definitiva; pero dejó intactas las dos que la subsiguen, como consecuencias necesarias de aquellas premisas: por eso queremos ocuparnos de ellas, á fin de que nuestros lectores, si tenemos la fortuna de que admitan nuestras opiniones, puedan conocer y decidir cuantas dificultades se susciten acerca de esta materia.

Es indudable que segun la letra y el espíritu del *art. 41 de la Constitucion de 1841*, el procedimiento tiene que suspen-

derse: examinémosle y analicemos cada una de sus partes. Dice así: “*Tampoco podrán los Diputados ser procesados ni arrestados durante las sesiones sin permiso del Congreso, á no ser hallados in fraganti; pero en este caso y en el de ser procesados ó arrestados cuando estuviesen cerradas las Córtes, se dará cuenta lo mas pronto posible al Congreso para su conocimiento y resolucion.*” Si para interpretar el precedente artículo se busca la significacion gramatical del verbo *procesar*, esplicándola por el sustantivo *proceso*, indudablemente que se comprenden todas las actuaciones del procedimiento criminal, desde el auto de oficio ó de la querella ó denuncia hasta la sentencia que causa ejecutoria; pero fijándose en la significacion usual del verbo *procesar*, no se puede desconocer que equivale á comenzar el procedimiento contra una persona detenida; *procesar* con relacion á las personas, es comprenderlas en el *proceso*, reputarlas sospechosas de criminales, proceder contra ellas, en una palabra. Se procede, pues, y existe proceso antes de procesar.

Esto supuesto, la primera parte del *art. 41* sienta la regla general; los Diputados no podrán ser procesados; esto es, no podrán ser objeto del procedimiento criminal, no podrán ser comprendidos en el proceso y dirigirse contra ellos individualmente las actuaciones sin permiso del Congreso. Pues bien, ese mismo *artículo en la segunda parte* exceptúa dos casos, el de ser hallados *in fraganti* y el de hallarse cerradas las sesiones; y si bien permite que puedan ser procesados y arrestados los individuos del Congreso, prescribe al mismo tiempo que cuanto antes sea posible se dé cuenta al Congreso para su *conocimiento y resolucion*. ¿Y cómo se esplican estos dos casos de excepcion? Las excepciones todas se esplican por las reglas generales de que son inmediatamente dependientes, porque son verdaderas infracciones de las mismas; porque estan tan íntimamente relacionadas con ellas que no pueden estenderse á mas que aquellas ni en sus cualidades esenciales ni en sus accidentes. Si la regla general prohibitiva se refiere, segun queda demostrado, al principio del procedimiento; si lo que veda es que los Jueces y Tribunales puedan acordar el arresto del Diputado, y traerle, por decirlo así, al procedimiento para encausarle como presunto reo, las excepciones que constituyen la licencia para pro-

cesar y arrestar al procesado no pueden entenderse sino á lo mismo que prohibia la regla general de que son excepcion; esto es, de que puedan los Jueces y Tribunales acordar las primeras diligencias que fuera de esos casos les estan prohibidas.

La razon de la ley esplica este pensamiento de un modo tal que no deja lugar á dudas. Las Constituciones que precedieron á la de 1845, lo mismo que las de todos los paises, han reconocido la necesidad de establecer una garantía que escude á los Diputados de las demasías del Poder ejecutivo, y de las asechanzas, y de las intrigas ó amaños de que pudiera valerse para los fines políticos que se propusiera. La Constitucion de 1845 cercenó sin embargo esa garantía, de tal modo que ha dejado muy en descubierto la seguridad del Congreso representada en sus individuos: el caso del Sr. D. Fermin Gonzalo Moron justifica y patentiza la proposicion que dejamos sentada. Si el Congreso fuera, como ha sido, el único juez de sus individuos, seguramente que no hubiera llegado el lance desagradable que lamentamos.

Pero de lo dicho se infiere que esa garantía cercenada, que reconoce y establece el *art. 41*, no es un privilegio concedido á los Diputados, no es una gracia otorgada al individuo, sino una seguridad dada al cuerpo colegislador de que no será atropellado directa ni indirectamente; de que no serán inutilizados sus individuos, para disminuir la fuerza de su accion. Por esta causa, aunque el Diputado renuncie á la necesidad de impetrar el permiso del Congreso, aunque pida la continuacion del procedimiento criminal en que se halla envuelto, no debe ni puede oírsele; el juez de oficio tiene que suspender las actuaciones é impetrar el permiso. Esto supuesto, cuando las Córtes se hallan abiertas, cuando instantáneamente puede obtenerse aquel, exige el *art. 41* que se solicite antes de procesar y arrestar al Diputado, porque en este caso la administracion de justicia no corre riesgo alguno, ni en el breve tiempo que ha de transcurrir es fácil que se pongan en juego los medios que puedan hacer ilusorias las diligencias judiciales.

Pero como no siempre se hallan abiertas las sesiones, y como alguna vez sea indudable la criminalidad del Diputado, supuesto que se le aprehende *in fraganti*, la ley fundamental tuvo

que relajar aquella regla general en obsequio de la administracion de justicia: tuvo que permitir el procesamiento y el arresto, porque la clausura de las Córtes podia dilatarse tanto tiempo, que la inaccion de los Tribunales facilitara la impunidad del Diputado, y la intriga y los amaños obtuvieran los medios de prueba. La escepcion fué hija de la necesidad y debió por lo mismo limitarse á lo indispensable. El arresto del Diputado impide su fuga, y la justificacion sumaria las maquinaciones que inutilizaran la accion de la justicia: pues bien, á estos únicos extremos deben considerarse extensivas las escepciones que comprende la segunda parte del *art. 41*.

La obligacion de dar cuenta inmediatamente al Congreso, y el fin para el que se ha de dar corroboran las ideas que dejamos emitidas, porque efectivamente si los Tribunales pudieran continuar el procedimiento y dictar sentencia definitiva en el grado correspondiente, ¿podría dejar esta de causar ejecutoria? Y causándola, ¿á qué fin se habia de dar conocimiento al Congreso? ¿Qué resolucion podría tomar este contra la cosa juzgada? ¿Se dictaría una sentencia que al mismo tiempo se mandara suspender hasta la resolucion del Congreso? Esto no puede concebirse, esto es un imposible en el órden legal. Las sentencias tienen que ser absolutas, segun los principios del derecho, fundados en los inmutables axiomas de la justicia: y contra la sentencia ejecutoria ningun poder humano puede hacer declaracion alguna que afecte á su fondo: el indulto es el único remedio legal contra la ejecucion de las sentencias y el Congreso no tiene facultad de indultar.

A bien que si se admitiese la opinion de los que sostienen la idea que combatimos, era necesario reconocer que el Congreso ejercia una funcion mas amplia, mas sublime y augusta que la que ejerce el poder Real indultando, porque el Rey cuando indulta reconoce la justicia de la sentencia, y releva del cumplimiento de la pena; pero el Congreso, negando el permiso para la ejecucion, iria mucho mas allá, declararia cuando menos virtualmente la injusticia del procedimiento con relacion al Diputado. Visto es por todo lo espuesto que bajo todos conceptos el procedimiento comenzado contra el Diputado á Córtes, mientras que esten cerradas las sesiones tiene que sus-

penderse antes de pronunciar sentencia definitiva. Pero hemos indicado que en el caso que se discutía con motivo de la causa fallada contra D. Fermin Gonzalo Moron, el Congreso adoptó una fórmula la única procedente, y que salvó el conflicto en que por impremeditación ó mala inteligencia del *art. 41* se colocó al Congreso, y así es la verdad. En todos los asuntos de cualquiera especie que sean, no basta proveer á lo que debe ser, sino prevenir á lo que no ha de acontecer, y así ha ocurrido en el caso de que tratamos. Los autores del *art. 41* no previeron que contra su disposición hubiera jamás de procesarse y sentenciarse un Diputado, y por eso no determinaron lo que había de hacerse en ese caso dado. En medio de este silencio ocurre lo que no se creía posible, ¿qué es lo que puede hacer el Congreso? El procedimiento es nulo; lo comprendemos muy bien; pero la nulidad de las actuaciones legales se declara juzgando por medio de una sentencia, y ni el poder ejecutivo ni el legislativo pueden juzgar ni menos sentenciar. ¿Qué podría hacer el Congreso en este caso? El joven Diputado que llamaba la atención del Congreso acerca de la fórmula que era menester adoptar para salir del conflicto, manifestaba sus buenos principios en derecho público y privado: lamentaba con razón los extravíos de la administración de justicia, pero de temer son los de todos los demás Poderes del Estado. El Congreso no está salvo de la influencia de las pasiones ó de los errores tan frecuentes en la pobre condición humana. El Cuerpo colegislador no podía revocar una sentencia, aunque no fuese ejecutoria, no podía declararla nula, porque la revocación por injusticia ó la declaración de nulidad, son actos de jurisdicción que compete exclusivamente á los Tribunales de justicia. El Congreso negando el permiso que se le pedía, destruyó por su base el procedimiento, y sin necesidad de salirse de la órbita que le traza el *art. 41 de la Constitución*, consiguió lo mismo que declarando la nulidad del proceso.

Y supuesto que la sustanciación tiene que suspenderse antes de dictar sentencia, ¿en qué estado del procedimiento debe acordarse la suspensión? La discusión del Congreso dijo algo,

:

pero no lo dijo todo: el dignísimo Diputado Sr. Madoz, á quien oímos con placer inesplicable, manifestó que en su juicio debían quedar en suspenso las actuaciones, luego que se practicasen aquellas diligencias que acreditaran la existencia del delito y la culpabilidad del Diputado. Nosotros hubiéramos agradecido oír algo más de tan acreditado jurisconsulto: hubiéramos deseado ver convertida esa regla general indefinida en una regla especial determinada y fija; porque las generalidades dan margen á la interpretación más ó menos amplia, según la manera de ver cada uno las cosas, y de aquí los conflictos y las dificultades. Nosotros no vacilamos un momento en asegurar que la suspensión del procedimiento debe decretarse al terminar el sumario.

No podemos ciertamente citar autoridad alguna que compruebe nuestra opinión: no existe ninguna disposición legal que la determine, pero en cambio apoyan nuestra teoría razones de fuerza infinita, y otras de analogía que no pueden contestarse fácilmente. Esa parte preliminar del procedimiento criminal, que se denomina sumario, tiene por objeto único y exclusivo reunir los comprobantes de un delito que se persigue y de la criminalidad del autor ó autores de este. Pues ahora bien, si la excepción que reconoce el *art. 41* se justifica por la necesidad de precaver la impunidad, que sería tan fácil de conseguir desaprovechando los primeros días siguientes á la perpetración del delito, ¿podrá dudarse que la excepción debe concluir tan luego como cese su causa? ¿Podrá dudarse que terminado el sumario deben ya resultar en él comprobados los dos extremos indicados? Ciertamente es que pendiente el plenario, en el término de prueba pueden también aducirse nuevos comprobantes, ya de la inocencia, ya de la criminalidad del encausado, pero esas pruebas no son ya de la misma especie, por decirlo así, de las que se practican en el sumario; aquellas no son necesarias, no son las que van unidas con la existencia del delito, y que con facilidad desaparecen como todos los rastros que dejan las cosas á merced de los hombres y del curso de los tiempos. Las informaciones sumarias son las más interesantes, si no para acreditar la verdad de los hechos, por lo menos para impedir que aquella desaparezca.

Hemos dicho que la opinion que sostenemos se corrobora por analogías, y esta es una verdad que no se puede poner en duda. Los sobreseimientos que no terminan el procedimiento, no son en la realidad sino autos de suspension que aplazan la continuacion de las diligencias, ó bien para cuando aparezcan nuevos méritos para proceder contra una persona ya conocida, ó para cuando lo sea la que no puede identificarse ó aquella que sea absolutamente desconocida. Pues bien, la causa contra el Diputado se halla en un caso análogo; porque si bien físicamente se le conoce, en el órden legal no está al alcance y bajo la jurisdiccion de los Tribunales, hasta tanto que se haya levantado la barrera que se interpone al medio, como lo es el permiso necesario del Congreso. El Diputado, antes de que aquel se conceda, dista tanto de la accion de la justicia como el presunto reo cuyo nombre y señas que le hagan conocer son ignoradas.

Hemos llegado por su órden á la última cuestion que propusimos; á la mas grave, á la que ni por incidencia se trató en la luminosa discusion á que hemos aludido; cuestion que previmos luego que llegaron á nuestra noticia los primeros conflictos que se suscitaron en la causa que dejamos mencionada. ¿Qué efectos producirá la suspension acordada terminado el sumario? preguntamos. ¿Permanecerá en prision el Diputado hasta tanto que se reunan las Córtes y se abran sus sesiones? ¿Se le escarcelará bajo fianza ú otra caucion, que asegure en lo posible que la persona, de que no se pondrá á cubierto de la autoridad judicial, si recayese sentencia condenatoria? Nada se halla establecido, nada se dijo en el Congreso cuando se trató del permiso que solitó la Audiencia de Valencia para proceder contra D. Fermin Gonzalo Moron: por desgracia acerca de este como sobre otros muchos puntos nada se precave, sino que los males no se lamentan hasta que se nos presentan realizados á la vista.

No seremos nosotros los que aceptemos la enorme carga de sentar una opinion definitiva: únicamente alzaremos nuestra voz para rogar al Gobierno que, conocido el peligro, proyecte

una ley que determine lo que haya de hacerse en semejantes casos. Nosotros vemos todos los males, que cualquiera de las medidas que pueden adoptarse, llevaran en pos de sí; pero las cosas no han de permanecer en la incertidumbre, porque mayores y mas graves riesgos se corren dejando á los ministros de la justicia en un estado lastimoso y comprometido de oscuridad.

Meditando sobre tan intrincada materia, y consultando al derecho constituido, parece indudable que el Diputado debe continuar preso cuando lo estuviera al tiempo de suspenderse la causa. Pero siendo esto así, á primera vista resaltan: primero la anomalía de que cesen los efectos del procedimiento y queden vivas sus consecuencias, como lo es la prision; y segundo los graves é irreparables perjuicios, las vejaciones y sufrimientos que tiene que padecer el Diputado, en vez de conseguir beneficios por la garantia que la ley le concede como miembro del Congreso.

Pero si por otra parte se repara en las consecuencias de la escarcelacion, tendrá que convenirse en que, al lado de la justa y conveniente garantía de los Diputados, se alimentara la impunidad en notorio perjuicio de la causa pública tan interesada en el castigo de los delincuentes.

Difícil será apreciar en todo su valor las consecuencias contrarias de tan opuestos extremos; porque de adoptar uno de ellos aquellas son inevitables. Acaso pudiera concebirse un término medio, si la fianza se creyera insuficiente: tal vez conviniere relajar la carceleria del Diputado, limitándola al arresto en su propia casa con guarda de vista que respondiese de su persona, de modo que ni permaneciera preso, ni gozara la libertad necesaria para fugarse con toda seguridad.

Por ahora y mientras que no se publique alguna ley ó Real decreto que determine otra cosa, nos atreveremos á dejar consignado que la suspension no debe entenderse tambien de los efectos de la prision decretada, pero que interesa mucho que cuanto antes se adopte una medida eficaz que concilie el interés individual con el público general.

Y ya que de la escarcelacion hemos tratado no queremos concluir nuestras observaciones sin preguntarnos, ¿podrá el

Congreso decretar la libertad del Diputado preso cuando niegue el permiso para proceder? ¿Podrá dar orden al juez ó á la Audiencia para que le ponga en libertad? No nos hacemos esta pregunta en vano; nuestros lectores podrán comprender que aludimos á un caso concreto, y esto porque deseamos que cada Poder se circunscriba al círculo de sus atribuciones: cualquiera estralimitacion puede llevar consigo conflictos sérios que no es posible se diriman por otro poder superior porque no existe, y sus consecuencias serian incalculables.

Y no se nos diga que nos paramos en cuestiones puramente formularias, infructuosas é insignificantes; porque si tal se nos dijese, contestáramos lamentando la confusion y el desorden que se observa en el foro desde que se ha creido que de cualquier modo se puede pedir y proveer, con tal que se esponga el pensamiento de una manera inteligible. Las fórmulas valen mucho en el órden judicial, porque espresan un pensamiento fijo, exacto é imposible de confundir con otro. Por eso creemos que no es indiferente que el Congreso se limite á denegar el permiso, ó que, ademas de denegarle, acuerde acerca de la libertad del Diputado de cualquier modo que lo haga.

En efecto, para que el individuo del Congreso fuera reducido á prision, necesariamente tuvo que dictarse el auto motivado que prescriben las leyes: ese auto era una emanacion de la jurisdiccion que á nombre del Rey ejercen los tribunales de justicia, pero tan propia, tan exclusivamente suya, que ni el mismo Poder que se la confirió á virtud del nombramiento no podia ejercerla por sí mismo. Esta combinacion de los Poderes del Estado bajo la forma constitucional, envuelve una excepcion de lo que natural y legalmente acontece. Nadie puede dar lo que no tiene, dice un axioma del derecho; y sin embargo el Rey que no tiene, ni puede ejercer la jurisdiccion contenciosa, puede darla y la dá por medio del nombramiento á los jueces y magistrados.

Si pues cuando se solicita el permiso del Congreso para proceder contra el Diputado viene ya decretada la prision, ¿á quién compete levantarla en caso de que el procedimiento no pueda continuar? Creemos que sin olvidar los principios de jurisprudencia universal, sin desconocer las atribuciones del

Congreso, no se puede contestar que este Cuerpo colegislador está autorizado para decretar la escarcelacion ó dar órden al juez ó á la Audiencia para que ponga en libertad al Diputado detenido.

Entonces se replicará, los jueces serán árbitros para dejar en la detencion á los Diputados, gozarán de una garantía nominal. No; esta es una suposicion gratuita; ofensiva en cierto modo para los Tribunales que no tienen otro interés que el de administrar justicia. Para los jueces es suficiente que el Congreso les niegue la autorizacion; desde el momento en que esta negativa llegue á su noticia quedan sus manos ligadas para no poder continuar el procedimiento; y por lo mismo, desde el momento que quedan desautorizados, es indispensable que dicten una providencia de sobreseimiento en cuanto al Diputado, y su escarcelacion es una consecuencia precisa de aquel auto final del juicio, al menos por entonces. El Congreso, pues, como se deduce de lo espuesto, negando el permiso para procesar ó continuar el procedimiento comenzado contra uno de sus individuos, acuerda virtualmente su escarcelacion y hace ejecutiva la garantía que les concede el *art. 41* de la Constitucion; pero respeta al mismo tiempo la jurisdiccion esclusiva de los Tribunales de justicia para dictar providencias que la exijan, como son las de prision y soltura de los presuntos delincuentes. Solo el que tiene jurisdiccion para dictar providencias, es el que puede revocarlas, así como solo el que puede hacer las leyes y mandarlas publicar es al que es dado revocarlas y mandar que no se acaten y cumplan.

Procediendo de la manera que dejamos espuesta se conservará la armonía entre los Poderes del Estado: de otro modo los gobiernos constitucionales serian el gérmen del desórden y de la anarquía.

DICTAMEN FISCAL

REFERENTE A LA CUESTION XXI.

El Fiscal de S. M., en vista del fallo que ha recaído en esta causa, no puede menos de adherirse á la súplica interpuesta á nombre del procesado, y de llamar toda la atención del Tribunal hácia esa importante cuestion que ahora parece reproducirse, sobre si los *artículos 71, 72 y 73 del Código penal son solo excepciones del 70 ó son además disposiciones generales*. La Real sentencia de vista no hace al procesado menor de 18 años, la rebaja de un grado en la penalidad que ordena el art 72, y le aplica únicamente la segunda circunstancia atenuante del *art. 9.º* para imponerle la pena del delito en su grado mínimo contra el anterior dictámen fiscal y la sentencia de primera instancia. En dicha Real sentencia se reconoce que, Celedonio Ruiz Castellanos es reo convicto de hurto de 30 libras de cera valuadas en 285 rs., pertenecientes á la cofradía de San Juan de la Villa de Nalda, que las tenia custodiadas en un cofre en la sacristía de la iglesia parroquial, con la circunstancia de haber ejecutado el hecho con grave abuso de confianza, por ser dependiente ó monacillo de dicha iglesia. Se reconoce tambien que el procesado solo tiene la edad de 16 años y 10 meses, y que el delito se halla comprendido en los *artículos 438 y 439* y sus números segundos, conforme á los cuales y á los demas concordantes del Código, se le condena en cuatro años

de presidio menor, sin hacer mérito ni aplicación del citado *art. 72*. No cabe dudar, por lo mismo, que la Real sentencia adopta la opinión de que este artículo no puede aplicarse en los casos de penas divisibles como el presente. Y por mas que nos merezca el debido respeto lo sentenciado, todavía nos consideramos en el deber de esponer á la Sala los mas graves fundamentos que, á nuestro parecer existen, para que esos tres casos de los *artículos 71, 72 y 73* no se limiten exclusivamente á los delitos de penas indivisibles, sino que deban aplicarse generalmente, y tambien cuando se trate de las penas divisibles.

Los que sostienen la opinion contraria invocan el tenor literal del párrafo 3.º del *art. 70*, segun el cual, dicen, no deben considerarse los tres artículos siguientes sino como simples excepciones de los casos de penas indivisibles, porque si hubiesen de ser tambien disposiciones generales parecia escusado dicho párrafo. Reconocemos que la excepcion que este contiene podria sobreentenderse aunque el párrafo se hubiese omitido. Pero sin duda ha parecido que su redaccion, del modo que se halla, aclararia mas la idea de escluir de las dos disposiciones dadas en el *art. 70* sobre la aplicación de las penas indivisibles los casos excepcionales de que tratan los tres artículos siguientes, y no se previó seguramente que podria dar lugar á diferentes opiniones. Mas no por eso vemos que, meditando sobre la letra y el sentido del citado párrafo 3.º pueda dársele genuinamente la inteligencia que se le quiere dar. Cuando dice, *se exceptúan de estas disposiciones los casos de que se trata en los tres artículos siguientes*, solo puede deducirse, y se deduce bien, que las penas indivisibles, de que hablan aquellas disposiciones, no han de aplicarse en estos tres casos, ó lo que es lo mismo, que estos tres casos no se entienden comprendidos en dichas disposiciones. Esto es muy lógico y lo único que el párrafo significa. Pero decir, como se pretende, luego los casos de los tres artículos siguientes no han de tener lugar cuando se trate de penas divisibles, no es buena consecuencia; ó luego no pueden esos tres casos ser al propio tiempo disposiciones generales, no se deduce esto tampoco lógicamente del tenor literal ni del espíritu del párrafo. Que no por ser disposiciones

generales dejan de ser excepciones del *art. 70*, puesto que todavía, aplicándose lo dispuesto en los tres artículos siguientes á toda clase de delitos, segun su letra y natural significacion, quedan exceptuados de las disposiciones del anterior sobre aplicacion de las penas indivisibles, y cumplido su párrafo 3.º No limita este, pues, la amplia inteligencia de aquellos tres artículos: lo que se propone limitar es la estension de las penas indivisibles, haciendo la excepcion de que no se apliquen á los tres casos siguientes. Nada habla de las penas divisibles, ni estaria en su lugar si pudiera referirse á ellas, porque allí solo se trata de las indivisibles. Y esto se reconoce bien si se atiende á la forma en que está redactada la excepcion, para los casos de *que se trata* en los tres artículos siguientes, con lo que se dá á conocer que en estos casos *se trata* de otras disposiciones tambien: como si dijera, estos casos no son solo excepciones, son mas; se trata en ellos tambien de otras disposiciones especiales. Para que dijese lo contrario, sería preciso espresar en dicho párrafo que se exceptuaban *esclusivamente* de las disposiciones anteriores los tres casos siguientes, ó que estos tres casos eran excepcion *exclusiva* de las disposiciones indicadas; y tambien, que los tres casos no formasen como forman tres artículos distintos del 70, si no otros tres párrafos del mismo, puesto que no habian de tomarse como disposiciones independientes ó generales, sino como excepciones exclusivas de lo que allí se dispone, porque este es el orden que guarda siempre el Código en su articulado. Sin esto, el lenguaje genérico y absoluto del *art. 72*, lo mismo que de los 71 y 73, no puede menos de aplicarse á todos los casos, delitos y penas, porque no hay otro artículo alguno anterior ni posterior que espresamente limite sus disposiciones generales.

Se replica sin embargo que, la circunstancia atenuante segunda de *ser el culpable menor de 18 años*, estaria demas, y no vendria á tener nunca aplicacion si las disposiciones del *art. 72* hubiesen de estenderse tambien á los casos de penas divisibles, respecto á que no podia conciliarse con las rebajas que allí se ordenan de uno y dos grados, por lo menos, en la penalidad de los menores, la otra rebaja de la circunstancia atenuante, porque se incurriria en una duplicacion; y esto viene igual-

mente á demostrar que el *art. 72* no es mas que escepcion del 70, y que no puede aplicarse sino cuando se trata de penas indivisibles. Este argumento se funda, á nuestro parecer, en un error. Se cree que la circunstancia de ser el culpable menor de 18 años, en el hecho de encontrarse entre las atenuantes del *art. 9.º* no puede tener mas valor que cada una de las demas, y esto ni lo dice aquel artículo ni otro alguno. Allí se enumeran las circunstancias atenuantes, pero no se dice el valor que han de tener, ni cómo se han de apreciar; esto vendrá despues. La menor edad de 18 años figura entre ellas ya con esta fórmula notable que la distingue de las otras, porque bajo aquella espresion se hallan dos clases de culpables, el menor de 18 á 15 años, y el de 15 á 9 con discernimiento. En el *art. 8.º* al designar las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, se cuenta entre los exentos al menor de 9 años y al mayor de 9 y menor de 15 sin discernimiento. Claro es, por lo mismo, que la atenuacion declarada en el artículo siguiente á los menores de 18 años, comprende los dos periodos de la edad de 18 á 15 años y desde 15 á 9 con discernimiento. Nótese esto bien para no estrañar despues que de dicha circunstancia atenuante se haga una apreciacion *especial* diferente de las otras, y que esta apreciacion difiera tambien, segun baja la edad de aquellos culpables, que el buen sentido distingue tanto, comparándolos entre sí ó con los demas delinquentes. El *art. 72* no hace otra cosa: desenvuelve el principio que se habia establecido en el 9.º Y al hacer aplicacion de aquella circunstancia atenuante á los menores de 18 años, no solo se marcan con la debida diferencia los dos periodos que abraza esta edad, señalando una penalidad mucho mas baja á los que no llegan á los 15 años que á los que ya tienen de 15 á 18, sino que se dá un valor mayor y especial á esta atenuacion que la hace enteramente distinta de las otras circunstancias atenuantes comunes. El Código no se contradice por eso, nada habia prejuzgado antes del *art. 72*; estaba en su derecho al establecer en él las diferencias que hace para los menores de 18 años y aplicar esta circunstancia atenuante del modo que ha tenido por mas justo, y lo mismo para los delitos de penas divisibles que para los de penas indivisibles, segun lo absoluto

y genérico de sus disposiciones, sin hacer distinción alguna. No se dirá en verdad que en esto no hay equidad y justicia: lo injusto sería el no distinguir bien de las demás esa circunstancia atenuante especialísima de la menor edad de 18 años, y los tan diversos períodos que comprende: lo injusto sería reconocer estas diferencias notorias cuando se trata de las penas indivisibles, y desconocerlas cuando se trata de las divisibles. Y todavía en ese mismo *art. 72* se usa con repetición en sus dos párrafos del adverbio *siempre* que, ó significa que sus disposiciones se han de aplicar en todos los casos, ya se trate de penas divisibles, ya de las indivisibles, ó sería una redundancia de las que no suelen verse ciertamente en el correcto lenguaje del Código. Suprímase si no dicho adverbio, y se verá que el sentido para la inteligencia contraria quedaba completo. Véase además la frase del párrafo 2.º del propio artículo que dice *en el grado que corresponda*, que no tendría significación alguna limitado á los casos de las penas indivisibles, especialmente en los de una sola de estas, y que está indicando ser una regla de aplicación de uso común para los de penas divisibles en los cuales dispone se apliquen siempre estas en el grado que corresponda, después de rebajada la penalidad á la inmediatamente inferior.

Y no es solamente el *art. 72* el que aplica de una manera extraordinaria y variada una de las circunstancias que el 9.º consigna como atenuantes. El 71 y el 73 hacen también una aplicación no menos especial y diversa de la circunstancia primera del mismo artículo. En el primero de aquellos dos artículos señaladamente se dá un valor tan extraordinario á la circunstancia atenuante primera que, en los casos en que concurra, hace bajar la penalidad desde los grados superiores hasta los más inferiores. Y al aplicar el Código con esta amplitud aquella atenuación, separándose tanto de la apreciación que después hace de las demás circunstancias atenuantes comunes, tampoco se pone en contradicción con el principio sentado en el *art. 9.º*, sino que lo desenvuelve del modo que ha creído más conveniente. Lo propio se hace en el 73, pero en todos genéricamente, en los términos absolutos que se reconoce, sin hacer distinción de penas, para que se aplique lo allí dispuesto á las

divisibles como á las indivisibles. De este modo quedan definitivamente apreciadas en los tres artículos de que se trata las dos primeras circunstancias atenuantes, dándoles un valor especial superior á las demas para todos los casos que puedan ocurrir.

Pero se insiste todavía oponiendo que, para entender esos tres artículos tan genéricamente y aplicar las dos primeras circunstancias atenuantes del modo indicado, parecia preciso que en el siguiente 74, destinado á dar reglas para la aplicacion de las penas divisibles, segun haya ó no circunstancias atenuantes, se hiciese una excepcion de aquellas dos y no se hablase con la generalidad que lo hace la regla segunda, que parece comprenderlas en todas, ó referirse lo mismo á las primeras que á las últimas, cuya omisiones mas notable, estando tan inmediata la excepcion que se hace espresamente en el segundo párrafo del *art.* 73 de la disposicion contenida en el 71. Ciertamente esto seria mas claro y evitaria la duda. Mas no por eso deja de comprenderse bien que, dadas las disposiciones generales en dichos tres artículos para aplicar *extraordinariamente* las dos primeras circunstancias atenuantes tan especiales, ya no deben entenderse sino con los seis restantes las reglas del 74. Si concurre alguna de aquellas dos atenuaciones especiales, ya queda dispuesto cómo se ha de apreciar, ya se aplica allí de una manera extraordinaria, y no podria rebajarse aquella apreciacion sin faltar á dichas disposiciones, y solo cuando concurre otra circunstancia atenuante de las que pueden llamarse comunes y diferentes de las dos primeras por no haberse hecho mencion ni aplicacion especial de ellas, es cuando tienen lugar las reglas del 14 sin violencia ni contradiccion. Lo contrario sería, si despues de la aplicacion *especial* de las dos primeras circunstancias atenuantes se confundiesen las unas con las otras. De todas suertes, para que pudiéramos dispensarnos de aplicar á toda clase de penas y en todos los casos las disposiciones tan terminantes y absolutas de los tres artículos que nos ocupan, era necesario que otra disposicion terminante tambien, inequívoca y con palabras tan directas que no admitiesen mas que un sentido, lo ordenase así ó hiciese la limitacion que se pretende deducir del párrafo 3.º del *art.* 70.

Hasta aquí ya se servirá reconocer la Sala que solo hemos examinado la cuestion por la letra y el sentido natural de dicho párrafo y de los artículos á que se refiere. Pero si aun se duda, habremos de acudir á la razon de la ley, y elevada la discusion á este terreno irrecusable, no es posible sostener la opinion contraria, porque nos conduciria á las aplicaciones mas violentas en contradiccion con el espíritu del Código. Si las disposiciones de los *artículos* 71, 72 y 73 no hubiesen de aplicarse mas que á los casos de penas indivisibles, vendria á resultar que los reos de mas graves delitos serian castigados mas levemente que los de otros no tan graves y viceversa; y resultaria tambien que, tratándose de las penas divisibles ya no habria diferencia alguna entre los menores de 9 á 15 años con discernimiento, y de 15 á 18; ni tampoco se diferenciarian estas dos categorías especiales de delincuentes de los reos de mayor edad y consideracion, mas que en una simple circunstancia atenuante, y esto no es seguramente el espíritu que domina en el Código penal, si se atiende á las cuidadosas diferencias con que distingue los diversos períodos de la menor edad, y tambien á los procesados en quienes concurre la primera circunstancia atenuante. Así es, que siguiendo la opinion contraria en los casos del *art.* 71, si la pena del delito fuese una sola indivisible ó compuesta de dos indivisibles, habria que observar lo dispuesto en el *art.* 480, ó lo que es lo mismo, habria que bajar desde la pena de muerte ú otra de las perpétuas, hasta la prision correccional señalada á la imprudencia temeraria, mientras que, si el delito no fuese tan grave ó no tuviese mas pena que la cadena temporal, entonces por la simple casualidad de ser esta pena de las divisibles, habria de aplicarse sin contemplacion al mismo delincuente sin mas rebaja que la de una simple circunstancia atenuante, castigando así mas gravemente al que habia cometido un delito menor, y con mucha mas leve pena al que le habia cometido mayor. Lo mismo sucederia en los casos del *art.* 72. Si se tratase de penas indivisibles, los menores de 18 á 15 años y de 15 á 9 con discernimiento, recibirian la justa rebaja de uno, dos y mas grados, segun su respectiva edad, hasta el punto de que los Tribunales pueden usar con estos últimos de una discrecion

que no se les confiere en ningun otro artículo del Código, y que este hubo de considerar tan indispensable para proporcionar la pena al diferente grado de malicia, que el mayor ó menor desarrollo de la razon deje entrever en ese primer período de la edad ya responsable. Pero si estos mismos menores tuviesen la desgracia, que desgracia seria para ellos, de cometer un delito no tan grave, á que la ley señale el presidio mayor ó la cadena temporal, ya se diria entonces que siendo estas penas divisibles desaparece del Código el *art. 72*, y habria de aplicárseles esa misma penalidad de los mas criminales reos, sin mas consideracion ni rebaja que la de una circunstancia atenuante comun; ya no habria aquella facultad discrecional en los Tribunales; ya no habria distincion entre los menores de 18 y 15 años, y á todos se les haria iguales con los mayores criminales en la calidad de la pena. ¿Dónde está la razon de esa diferencia? Tenemos la mas profunda conviccion de que semejante teoría ha de ser abandonada al fin por los mismos que la profesan.

En cuanto al hecho procesal, el fiscal reproduce su dictámen anterior y acepta la calificacion que de él se hace en la Real sentencia suplicada, porque está exactamente conforme con el mérito de la causa. Pero entiende, que siendo la pena del delito ordinario la de presidio correccional, segun el número 2.º del *art. 438*, y debiendo castigarse con el presidio menor que es la inmediata superior en grado, que le corresponde, cuando interviene grave abuso de confianza conforme al núm. 2.º del 439, no puede prescindirse de aplicar al procesado, mayor de 15 años y menor de 18, la pena inmediatamente inferior, que es el presidio correccional, con arreglo al párrafo 2.º del citado *art. 72* y en su grado mínimo por no haberse adquirido mas que el convencimiento de su criminalidad. La diferencia de pena es notable y merece bien que la Sala se sirva mirar con la meditacion habitual esta grave cuestion, sin apartarse de los precedentes y la jurisprudencia de este Tribunal, y suplir y enmendar dicha Real sentencia solo en este punto, por ser así conforme á la letra y el espíritu del Código.—Burgos 2 de diciembre de 1833.

INDICE

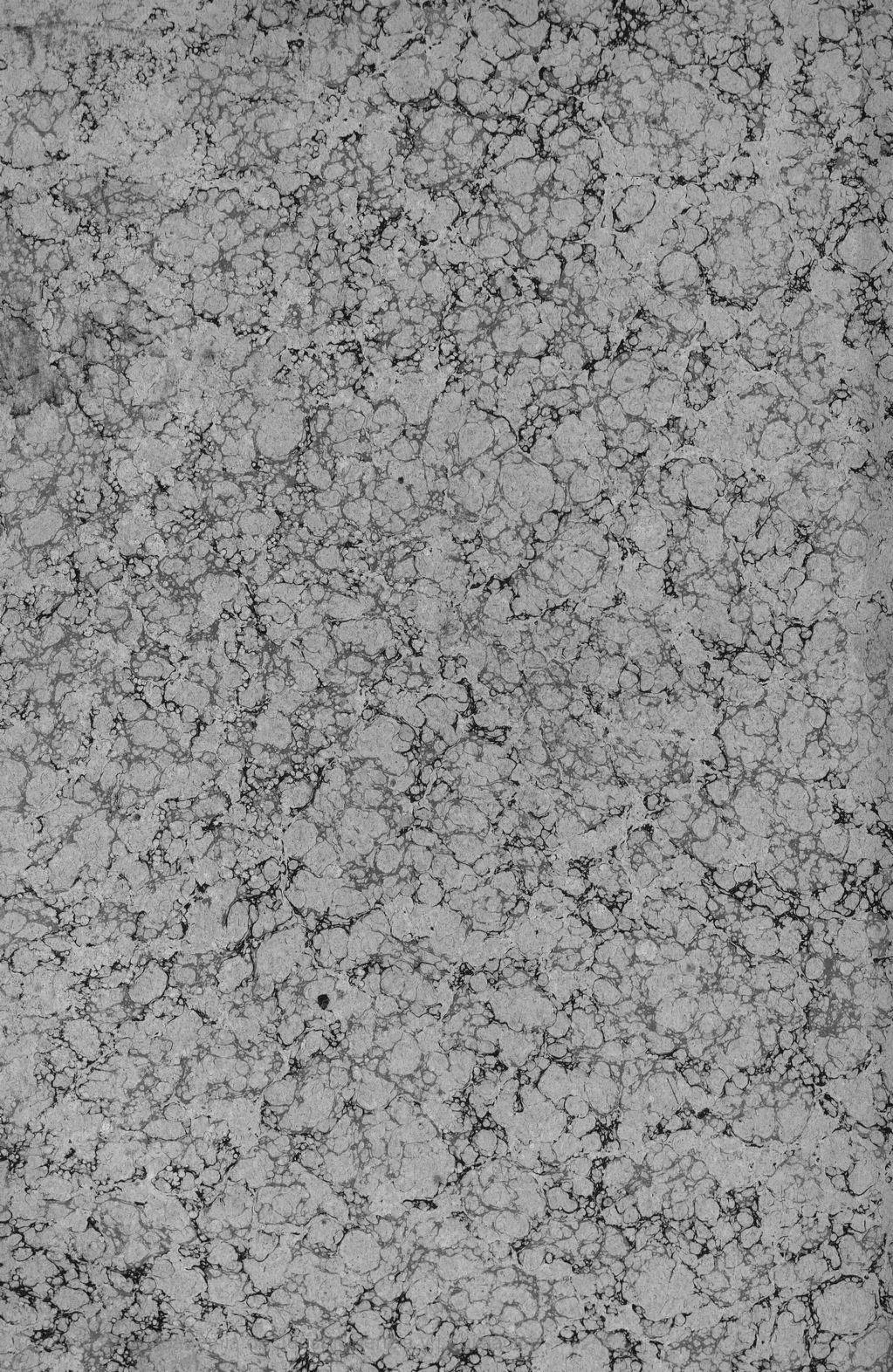
DE LO CONTENIDO EN ESTE TOMO.

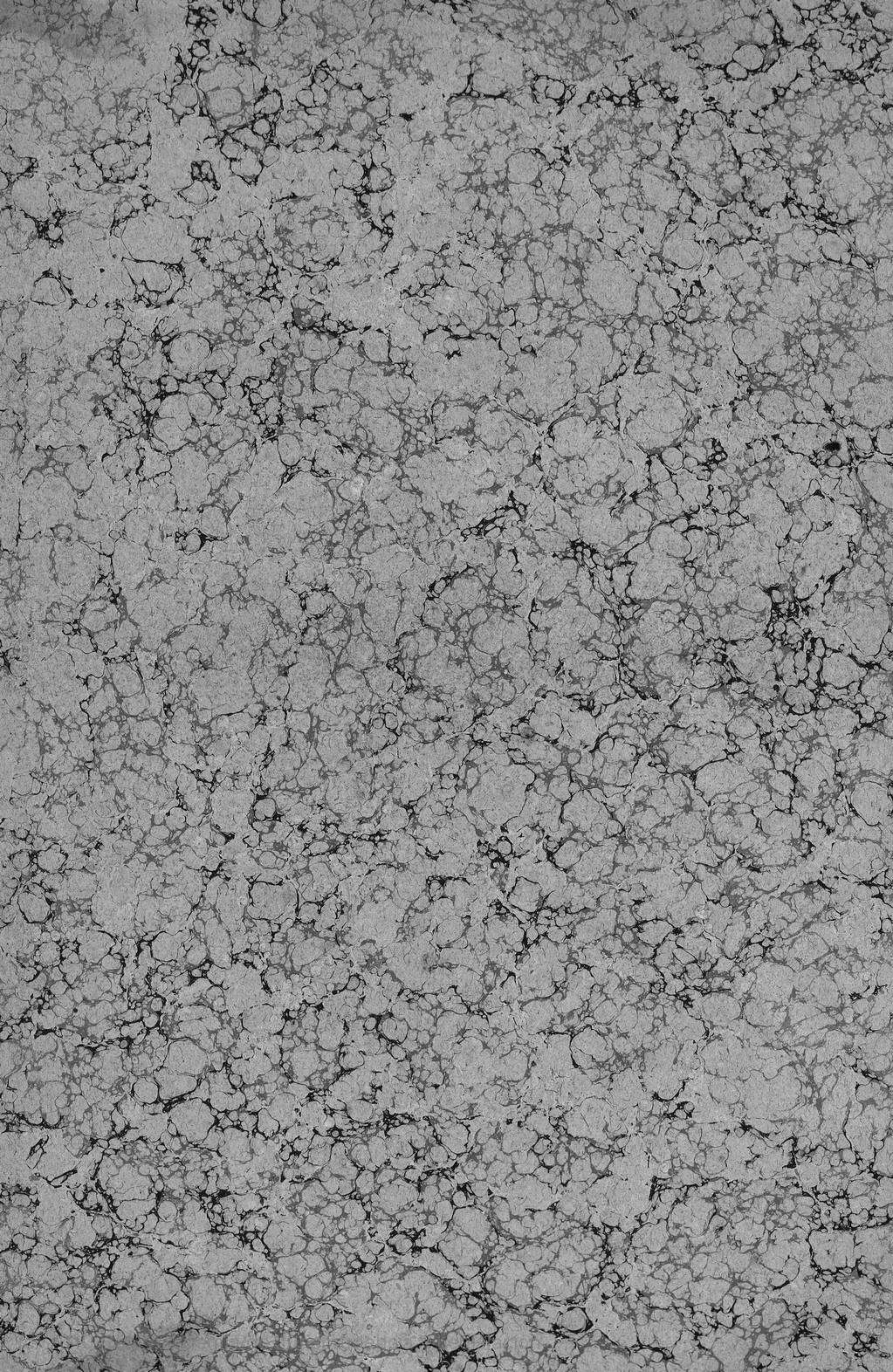
	<u>Pág.</u>
INTRODUCCION.	1
CUESTION I. ¿Existen vigentes otras leyes penales ademas de las del Código, despues de la publicacion de este?	11
CUESTION II.—Asi como las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias mientras no conste lo contrario ¿se reputan asi mismo libres?	20
CUESTION III.—Asi como todas las acciones se reputan voluntarias mientras no se pruebe lo contrario ¿se reputan tambien maliciosas?	29
CUESTION IV.—¿A quién incumbe hacer constar que las acciones ú omisiones penadas por la ley no son voluntarias ó libres ó maliciosas? ¿qué clase de prueba se necesita para invalidar la presuncion legal?	35
CUESTION V.—¿Se necesita para eximirse de responsabilidad criminal dar parte á la autoridad y revelar el plan preparado, cuando el que incurrió en tentativa ó delito frustrado desiste voluntariamente?	43
CUESTION VI.—¿Ha declarado la regla 45 de la ley provisional que el convencimiento de la criminalidad pueda formarse por sospechas, presunciones ó indicios calificados por el criterio racional absolutamente independiente del legal?	51
CUESTION VII.—¿Las sospechas, las presunciones, los indicios son medios probatorios suficientes para formar el convencimiento de la criminalidad que requiere para condenar la regla 45 de la ley provisional? En caso afirmativo, ¿lo serán para absolver?	88
CUESTION VIII.—¿Será necesario espresar en las sentencias condenatorias á la pena capital, que en el caso de ser indultado el reo, se le condena á las penas accesorias de inhabilitacion absoluta perpetua y sujecion á la vigilancia de la autoridad por el tiempo de su vida?	98
CUESTION IX.—¿Cuando los actos ejecutivos del delito frustrado, por sí solos, constituyen un delito, se impondrá la pena correspondiente á este ó la del delito frustrado? ¿Se impondrán acaso las dos?	105
CUESTIONES SELECTAS.	41

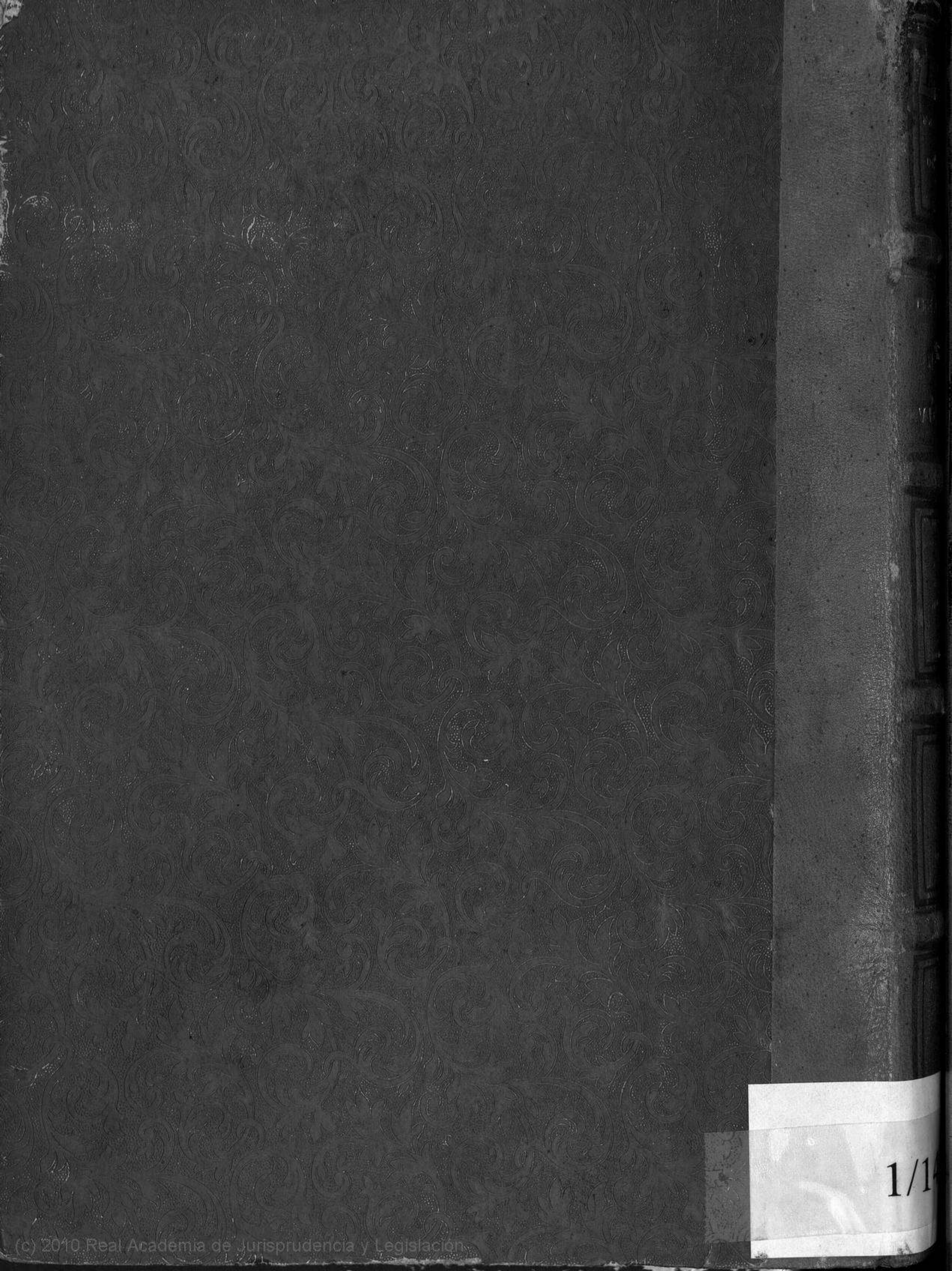
CUESTION X.—Cuando desista voluntariamente el que intente consumar un delito y los actos ejecutados constituyan por sí otro distinto del que intentaba perpetrar, ¿quedará exento de toda pena por la desistencia voluntaria?	113
CUESTION XI.—¿Los delitos de que tratan los arts. 196, 197, 199 y 200 del Código penal, pueden perseguirse de oficio por las autoridades judiciales? ¿deberán proceder por denuncia del Promotor Fiscal? ¿podrán perseguirse por accion popular?	120
CUESTION XII.—¿Se califican los delitos de graves ó menos graves por la pena imponible en cada caso ó por la señalada por la ley?	140
CUESTION XIII.—Reformado el Código penal, ¿subsiste vigente el artículo 276?	145
CUESTION XIV. ¿Son siempre y para todos los delitos circunstancias atenuantes las comprendidas en el art. 8.º del Código penal, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal en los casos respectivos?	148
CUESTION XV.—Las circunstancias agravantes que enumera el art. 10 del Código penal, ¿producen siempre el mismo efecto de aumentar el grado de pena imponible dentro del período legal de la duracion de este?	153
CUESTION XVI.—Conforme á la jurisprudencia criminal vigente ¿se reputa el homicidio alevoso, mientras no se pruebe lo contrario?	158
CUESTION XVII.—¿Las penas divisibles compuestas se distribuyen en tres partes iguales para su imposicion con arreglo á las circunstancias, ó se dividirán distribuyendo los grados de que se forman las penas compuestas en otros tres formados con estos mismos íntegros?	168
REFUTACION á la Cuestion XI.	213
CUESTION XVIII.—Las disposiciones de los arts. 258 y siguientes del Código ¿son aplicables tambien á las mujeres?	213
CUESTION XIX.—¿Son causas suficientes para incurrir en encubrimiento el conocimiento de la perpetracion de un delito, y la ejecucion de cualquiera de las acciones que enumera el art. 14 del Código penal? Las circunstancias que aumentan ó disminuyen la pena del autor del delito, ¿influyen en la pena imponible al encubridor?	227
CUESTION XX.—Supuesto que la pena debe graduarse previa calificación de la delincuencia, cuando no sea posible efectuarla ¿qué pena habrá de imponerse? ¿Se absolverá de la instancia á los procesados?	252
CUESTION XXI.—¿Los casos de que tratan los arts. 71, 72 y 73 del Código penal, son excepciones del 70 tan solo, ó de todas las reglas generales establecidas sobre aplicacion de las penas en consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes?	252
CUESTION XXII.—La penalidad relativa á la complicidad, al encubrimiento ó á la menor edad y demas circunstancias que rebajan la pena señalada para el delito ¿ha de tenerse en cuenta para acordar la prision ó la fianza con arreglo á las disposiciones del Real decreto de 30 de setiembre de 1853?	268

CUESTION XXIII.—Cuando la pena que merezca el delito segun las disposiciones del Código penal, sea una compuesta ó bien de varios grados de pena mayor y menor, ó bien de penas enteras de ambas clases ¿procederá la prision de los procesados, ó la fianza en sus casos con arreglo al Real decreto de 30 de setiembre de 1853? . . .	273
CUESTION XXIV.—La condicion de casarse con la ofendida el condenado por estupro, rapto ó violacion para librarse de la pena ¿es potestativa en el ofensor ó en la ofendida?	283
CUESTION XXV.—Los condenados por delitos de violacion, rapto ó estupro, asi como se libran de la pena principal, casándose con la ofendida ¿se librarán tambien del pago de las costas y gastos del juicio?	294
CUESTION XXVI.—Cuando se proceda contra un diputado á Córtes en los dos casos que comprende el art. 41 de la Constitucion de 1845, como escepciones de la regla general que presija ¿podrán proceder los jueces y magistrados hasta dictar sentencia que cause ejecutoria, antes de dar conocimiento al Congreso y que recaiga resolucion? En caso de suspenderse las actuaciones pendiente el procedimiento ¿en qué estado de este se ha de acordar la suspension? Una vez acordada ¿qué efectos produce?	302
DICTÁMEN fiscal referente á la Cuestion XXI.	313









1/1

1676

FERNANDEZ

DE LA RUA

DIRECCION

PENAL

VIGÉNTÉ

14420

© 2010 Real