

(8) 3000
10

MEMORIA
SOBRE ALGUNAS REFORMAS NECESARIAS
EN LA
LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA
POR

DON JESUS VILLARRAZO Y GONZÁLEZ
JURZ DE 1.^a INSTANCIA Y DE INSTRUCCIÓN DE LOJA

*Premiada, con Mención honorífica,
por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona,
en el concurso público del año de 1894.*



LOJA
IMP. DE DÁMASO CEREZO MARTINEZ
CALLE NUEVA, NÚM. 1

1895

ANT-XIX-1297(10)

MEMORIA

SOBRE ALGUNAS LEYES Y DECRETOS

LEGISLACION PENAL ESPAÑOLA

DE DON ALFONSO XIII Y DON ALFONSO XIV
REDACTADA POR DON FRANCISCO DE CORTES Y CAJAL

Publicada con licencia de don Alfonso XIII
por el Imprentador de la Real Academia de la Lengua
de Madrid en el año de 1901



LOJA

IMP. DE D. FRANCISCO GONZALEZ MARTINEZ
CALLE NUEVA, NUM. 12

1888

A mi querido amigo, el insigne literato
D. Leopoldo Uguitar, Catedrático de la
Universidad de Granada, en testimonio
de consideracion y de afecto,

El Autor

MEMORIA

sobre algunas reformas necesarias

EN LA

LEGISLACION PENAL ESPAÑOLA

MEMORIA

Es propiedad.

MEMORIA

21 cm

R-66245



MEMORIA

SOBRE ALGUNAS REFORMAS NECESARIAS

EN LA

LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

POR

DON JUIS VILLARRAZO Y GONZÁLEZ

JUEZ DE 1.^a INSTANCIA Y DE INSTRUCCIÓN DE LOJA

*Premiada, con Mención honorífica,
por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona,
en el concurso público del año de 1894.*



LOJA

IMP. DE DÁMASO CEREZO MARTINEZ

CALLE NUEVA, NÚM. 1

1895



ANT-XIX-1897(10)

MEMORIAL

LETTER FROM FERNAL ESPANOLA

AL ELOCUENTE ORADOR POLÍTICO Y FORENSE DON ANTONIO LOPEZ MUÑOZ, CATEDRÁTICO DEL INSTITUTO DEL CARDENAL CISNEROS, Y DIPUTADO A CORTES.

MI MUY QUERIDO AMIGO:

Aunque estoy convencido de que este ensayo jurídico sobre las reformas necesarias en nuestra legislación penal, no merece, por su insignificancia, los honores de la publicación; sin embargo, cediendo á los deseos de algunos buenos amigos, me he decidido á darlo á la imprenta.

Para ello, ruego á V. que, dando una nueva prueba de su benevolencia, me dispense la honra de aceptar la dedicatoria de dicho opúsculo, que, si bien no es digno, bajo el punto de vista científico, de los grandes talentos que, en V., son tan relevantes, ya como orador elocuente, ya como insigne catedrático ó ya como preclaro jurisconsulto; es, no obstante, una muy afectuosa expresión de la honda y pura amistad, que, hace tiempo, le he consagrado, y de la gran consideración y justa estima en que le tengo.

Esperando su consentimiento para publicar su nombre al frente de esta modesta Memoria, y suplicándole también, que, si sus múltiples ocupaciones se lo permiten, redacte algunas páginas de introducción acerca de la importantísima materia de la reforma de nuestro Derecho penal, se despide de V., y le envía un abrazo muy estrecho, su verdadero y constante amigo,

s. s. q. s. m. b.

Luis Villarazo

Sr. D. Luis Villarrazo.

MI QUERIDO AMIGO Y COMPAÑERO:

Su afectuosa carta en que me dispensa el honor de dedicarme su *Memoria sobre algunas reformas necesarias en la legislación penal española*, me pone en grave aprieto; no, ciertamente, en el de corresponder á su atención con testimonios de mi reconocimiento que nunca fué para mí sino cosa por todo extremo fácil y grata reconocer la consideración ajena, y demostrar en la medida de mis alcances la gratitud; sino precisamente al contrario; en el de tener que ir enfrenando, en la contestación á su dedicatoria, los justos impulsos de mi aprobación y de mi aplauso al desarrollo de su vigoroso pensamiento, para que el elogio no parezca á los ojos del que leyere, y aun á los suyos propios, pago de su fineza, en vez de tributo debido á sus méritos.

Pero, como de justicia se trata y es fuerza rendirle culto incondicional y ponerle como motivo de acción sobre todas las consideraciones humanas, seame permitido no respetar de los expresados reparos de delicadeza sino aquello que á la justicia no dañe, y valgame la anterior manifestación para descargo de mis escrúpulos, y como contestación anticipada á poco piadosas conjeturas sobre la imparcialidad de mis alabanzas. Merécenlas, ante todo, el propósito de su obra y el hecho de haberla escrito; lo cual denuncia ya por sí solo el ardiente amor que V. profesa al ejercicio de su grave ministerio, viendo en él algo más que un honrado medio de vida, que si es bastante para la satisfacción del deber estrictamente cumplido, no lo es para la obra de regeneración social que á la administración de justicia incumbe en estos tiempos de crisis hondas, en que vacilan en su pedestal hasta las mas

firμες ideas, y ya se sabe que la mera vacilación de las ideas es en la conducta de los pueblos el atropello y el desórden.

Fuera el ejercicio de la profesión, en las várias esferas de la actividad, el desenvolvimiento de la aptitud que como don providencial hay en el fondo de todo espíritu; buscárase en la elección de carrera la orientación intelectual y moral de cada hombre, mas que la obtención de inmediatos ó seguros provechos, y los jueces, los médicos, los sacerdotes, los soldados, los escritores, cuantos concurren á la compleja finalidad de la vida, lograrían en su labor fecunda un doble nobilísimo objeto; el de su propia paz interior, que es la mas pura fuente de las humanas dichas, y el de contribuir al público reposo, condición necesaria para el ordenado progreso de las instituciones sociales.

Este pensamiento constituye en mí preocupación verdadera. Téngolo expresado en mis libros de Filosofía y de Derecho, desenvuelto en temas académicos, y dicho en el mismo Parlamento para llamar la atención de los hombres de Estado; lo ejercito con el consejo en mi hogar y en mi cátedra, y más y más se me arraiga á medida que la edad va llenando de tristezas mi corazón, de canas mi cabeza, y de saludables advertencias mi entendimiento. Cuando considero á los hombres en funciones públicas ó privadas que no encuadran con sus aptitudes, imáginome el mundo moral tan inseguro como lo estaría el mundo físico si de pronto perdieran su centro de equilibrio los cuerpos, y páreceme la vida un ultraje continuo á la voluntad presidente, porque estimo, cuando se ha desdeñado la vocación en el ejercicio de las profesiones individuales, consagrarse á Dios, un sacrilegio; á las armas, una profanación de la Patria; al arte, una violación de la belleza increada; á la ciencia, un desprecio de la verdad en cuyos altares se consagran los destinos humanos; á la constitución de la familia, el más infame atentado contra las santas inspiraciones del amor, que es la ley de gravedad de las almas.

En cambio, mi buen amigo, se me ensancha el corazón cuando

veo cómo una actividad se desenvuelve en funciones propias de su aptitud ingénita. Nunca se me olvidará la visita que hice el pasado Otoño á la escuela de un establecimiento penitenciario. El maestro á quien estaba encomendada la difícil obra de ir haciendo filtrar por entre las inteligencias viciadas y duras de aquellos desgraciados algún rayo de luz, que un día pudiera llegar hasta el fondo de sus conciencias para despertar en ellas ideas redentoras, hallábase tan plácidamente afanado en sus prácticas, que no advirtió mi llegada al amplio local donde daba sus enseñanzas. Lo contemplé algunos momentos embebecido, y conversé luego con él largo rato; sacando la convicción de que aquel hombre, todavía jóven, de figura hermosa, de ojos vivos, de espaciosa y noble frente, era verdaderamente feliz pasándose la vida entre aquellos muros, y recibiendo como bendiciones del cielo las ráfagas de luz que á su esfuerzo brotaban en la mente de sus discípulos, acaso reclusos del mundo por la falta de aquellas bienhechoras influencias; no tardías, porque nunca es tarde para el bien, pero siempre necesarias para abrir el alma á los eternos principios directores de la vida.

La lectura de su obra de V., tan bien pensada como escrita, ha empezado por hacerme sentir la satisfacción profunda de considerar á un hombre consagrado á la recta administración de justicia, por amor á la justicia misma; por sentimiento de humanidad; por generoso afán de que el órden se haga en la tierra y el derecho asiente su imperio en las sociedades humanas, rigiendo con su cetro divino pensamientos y voluntades, y extendiendo su inflexible rasante sobre individuos y pueblos y civilizaciones y razas; por el deber, en fin, que nace de la vocación libremente apreciada y en la conciencia recibida como ofrenda celeste, para que llene con su virtud el corazón y el juicio, difundiendo por todo el ser del espíritu el aura fecunda de su inmortal origen, y llevando en sus propias hechuras los resplandores del triunfo y las alegrías de la recompensa.

Bastaría esa condición que en V. revela su obra, para que de mi parte (y no vacilo en afirmar que de parte de toda persona bien pensada) no merezca sino aplausos. Pero no es solamente esa cualidad reveladora de su amor profesional la que provoca mis adhesiones sinceras á su trabajo; provócalas también el propósito que lo anima, el fin á que tiende, la entraña, por decirlo así, de su trabajo mismo, de todo punto conforme con mis doctrinas de siempre.

Hay en su *Memoria* esta idea fundamental en que se inspiran sus varias luminosas observaciones: la necesidad ética y social á la vez, porque iguales apremios parten, para el logro de ese fin, de la ciencia absoluta del bien y de las condiciones del medio ambiente; de que el Derecho penal vaya respondiendo menos cada vez á la mera exterioridad de la forma, y acercándose mas al ideal del propio Derecho, que es ante todo virtualidad moral; de que la pena no atienda sólo á la perturbación extrínseca producida, sino que atienda asimismo á la regeneración del delincuente; tomando la represión, para que sea en rigor contradicción del delito, como el delito lo es del Derecho, y quede así restablecido por ella el imperio de la justicia, en la íntegra correspondencia de sus términos con los que son indeclinables en la culpa; la cual es medio de acción antes que fin, y antes que medio de acción, designio que se engendra allá en las intimidades de la conciencia culpable.

Reconocen filósofos y legisladores esa verdad, que no puede menos de ser reconocida siempre y en todo caso, só pena de estimar que el Derecho no es sino molde vacío y pulimento en hueco. Se reconoce, digo, y se proclama esa verdad á la continúa en libros y periódicos, en Parlamentos y Académias; se afirma con más ó con menos reservas, pero se afirma al cabo, que el delincuente es el hombre, el sugeto inteligente y libre, la persona en suma, con todas las cualidades de voluntad y de conciencia que distinguen á la criatura racional en estado de razón de todo otro ser

viviente y animado; entiéndese que la transgresión jurídica arranca del espíritu que discierne y es dueño de sí; márcase la génesis del delito en la determinación intencional, graduándose la culpa por los quilates de la intención; y sin embargo, los legisladores avanzan poco en el camino de considerar principalmente el hecho externo, sin quitarle por eso el valor que su misma realidad le preste, como el punto desde el cual es necesario ir corazón adentro, para descubrir en el transgresor la llaga moral y aplicarle el cauterio salvador de la pena.

Y es que no hay, por lo comun, valentía para fijar bien el concepto; por eso se quedan unos y otros á la mitad del camino, como si de concebir y expresar gallardamente la idea se desprendiera alguna consecuencia funesta para la ciencia ó para la vida. No; hay que decirlo claramente tal como la reflexión lo ofrece y la realidad lo impone. La Moral y el Derecho tienen iguales el centro generador y el radio; el centro generador, porque no hay acto jurídico ni moral que no radique (ya queda expresado) en la libre voluntad del sujeto; y el radio, porque si es cierto que la Moral se propone el bien como fin de los actos libres y el Derecho lo toma en el sentido de condición para el cumplimiento del bien mismo, también lo es que la condición no se concibe sino en derecho del fin, ni tiene eficacia mas que llegando hasta él. Los medios son para el fin, y al fin se vá por los medios.

¿Es decir que habrá que borrar uno de esos dos vocablos? No, por cierto; cada uno de ellos responde á su idea, y ambos son originales é insustituibles, como lo son la verdad y el método, fondo la una y medio el otro para constituir la ciencia. Pero así como el método no es otra cosa que el camino para llegar á la verdad, que recorrido es la verdad misma, hasta el punto de haberse definido la ciencia el método en acción, así el Derecho no es mas que el camino para hacer efectiva la ley moral, pudiendo en rigor afirmarse que el bien social es el Derecho efectuado. Mas aun; el Derecho concíbese naturalmente como condición ó medio,

cuando se trata de seres condicionados, cuando se aplica á la humanidad para el cumplimiento de su destino; pero en Dios, en el ser de toda realidad en quien son eternamente una cosa misma el pensamiento y la acción, son tambien absolutamente idénticas la moralidad y la justicia. Y á eso debe aspirar el hombre; á que en sus obras vengan á formar los medios y el fin una sola determinación orgánica: el puro acatamiento á la voluntad creadora, con el obsequio á una de la inteligencia y del amor.

¿Entrar en detalles críticos de su obra? Dios me libre de tentación semejante. Ni eso me incumbe, una vez que he sido honrado con su dedicatoria, ni ganaría nada el mundo científico con hacer constar aquí mi aprobación á lo que yo considero sus aciertos, y mis advertencias para aquellos puntos de vista en que no coincidimos acaso. Bástanme las satisfacciones apuntadas, que no son escasas en estos tiempos; y si en algo estima mi pobre juicio, bástele á V. la declaración de esas satisfacciones mismas. En cuanto al público, nada le basta y todo le sobra; pero no hay rayo de luz que deje de iluminar alguna conciencia.

Mis plácemes, mi agradecimiento, y un buen abrazo de su afectísimo amigo y compañero,

Antonio Lopez Muñoz

Biarritz y Julio 21 de 1895.

Parum est improbos coercere poena,
nisi probos efficias disciplina.

Clemente XI.

SEÑORES ACADÉMICOS:

El tema tan acertadamente elegido y formulado por esa docta Corporación; para el concurso público del presente año, sobre *las reformas que deben introducirse en la legislación penal española, con arreglo á los principios de la ciencia, á las necesidades del orden social y á las instituciones políticas del país*, es de tal importancia filosófica, social y jurídica, son tan vastos los problemas encerrados en el mismo, que, á pesar de que la materia es nuestra predilecta, desde los primeros pasos que dimos en la carrera del foro, más de una vez intentamos apartarnos de este concurso, persuadidos como estamos de lo muy limitado de nuestra inteligencia.

Pero si, no obstante la conciencia de la poquedad de nuestras fuerzas, al fin nos atrevemos á redactar este insignificante ensayo, es porque nos alienta el deseo de cumplir lo que concebíamos un sagrado deber. Nosotros creemos que todos cuantos vivimos en España la vida de la ciencia ó del arte del Derecho: que todos los que, con más ó menos aprovechamiento (en nosotros siempre escaso) tratamos de seguir el movimiento jurídico penal moderno; que todos los que, amando con toda el alma á nuestra desventurada patria, nos interesamos por su bienestar y progreso, debemos, cada cual según sus fuerzas, coadyuvar á su mejoramiento jurídico, aunque sea sólo llevando, para la obra común, tan microscópico grano de arena como el nuestro.

Y si, al finalizar este certamen, no llega hasta nosotros ni un

rayo de luz de un modesto triunfo; si nuestro nombre ha de ser envuelto en la obscuridad de una derrota, sucumbiremos resignados, como los soldados desconocidos sucumben en los campos de batalla, con la conciencia de haber cumplido lealmente nuestro deber. Será para nosotros, siempre, una satisfacción, si los ilustrados jurisconsultos, á quienes nos dirigimos, leen con benevolencia, hasta el fin, estas pobres líneas.

Aunque las palabras *legislación penal*, que expresa el tema, abraza todo el extenso campo de la punición y de la criminalidad, lo mismo las leyes especiales que las comunes, nos circunscribiremos principalmente al Código, no sólo por su mucha mayor importancia, sino porque creemos que este es el pensamiento cardinal del tema.

II

RÁPIDA OJEADA SOBRE EL MOVIMIENTO REFORMISTA DEL DERECHO PENAL

No podía, en verdad, esa Ilustre Corporación haber elegido, con mas acierto, según ya queda dicho, el tema del concurso.

A la tardanza extraordinaria con que el Derecho penal se constituye en ciencia, cuyos principios, si germinan ya en la notable obra de Alfonso Castro *De potestate legis penalis* en 1550, puede decirse que no nacen hasta mediados del siglo XVIII, con la memorable y conocida obra de Beccaria *Dei delitti et delle pene*; á esa especie de indiferencia de los tiempos antiguos en la investigación de todo cuanto se relaciona con los fundamentos racionales de la justicia penal, con el verdadero concepto del delito y de la pena, con los fines de esta, con la debida proporcionalidad de ambos y con la ejecución de los castigos; á esa tardanza, que suele atribuirse principalmente, entre otras causas, á la evi-

dencia misma del derecho de castigar, sin el cual no se concibe la existencia de sociedad ninguna, ni aun la menor reunión de malhechores, y del que se había hecho uso desde los tiempos primitivos de la Historia, sin contradicción ni indagación filosófica; pues cierto es que *homines non requirunt rationes earum rerum quas semper vident*; á esa demasiada tardanza, repetimos, ha sucedido, desde el pasado siglo, un movimiento enteramente contrario, siendo ya la legislación penal el estudio preferente de los legisladores, de los jurisconsultos, de los filósofos, y la necesidad mas sentida de los pueblos.

El espíritu del libre examen, el mejor concepto de la personalidad humana, las teorías individualistas y los progresos en las ciencias antropológicas, sociológicas y físicas han echado, por tierra, el valladar de las rancias creencias, abriendo dilatados horizontes á la ciencia del Derecho penal.

Se halla fuera de nuestro propósito el demostrar la inmensa trascendencia de la revolución empezada por Beccaria y continuada por tantos y tan notables juristas de aquende y allende los mares, sosteniendo la personalidad humana en el criminal, buscando el consolador y cristiano fin de la corrección y enmienda del culpable, procurando la defensa y tranquilidad de la sociedad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el delito, en virtud de racionales medios, y combatiendo valientemente por la suavidad de las penas y por la dignidad del hombre. Sólo, sí, dirémos que el éxito de esta revolución científica fué muy grande, y que su espíritu se halla, con mas ó menos intensidad, infiltrado en las leyes criminales de todas las naciones civilizadas.

España no fué extraña á la reforma de su derecho penal. Las obras de Beccaria y de Filangieri, vertidas al castellano, se extendieron por toda la Península, y varones tan ilustres como Floridablanca, Campomanes y otros no menos entendidos, trataron de la reforma de nuestra legislación. Las Cortes de Cádiz de 1810 se fijaron en la necesidad de esa reforma, que fué entonces pospuesta

á la mas apremiante de discutir la Constitución. En 22 de Abril de 1811 se prohibió el uso del tormento y de otras prácticas aflictivas; el Tribunal de la Inquisición fué abolido en 12 de Febrero de 1813; y en 8 de Septiembre del mismo año, se suprimió la pena de azotes. Las Córtes discutieron lumiuosamente, en 1821 y 1822, el Código penal de 27 de Junio de este año, Código notable como lo había sido su detenida y grave discusión, el cual, superior en muchas de sus disposiciones al penal francés, contiene ya el sabio precepto de la rebaja de la pena á los delincuentes que se arrepienten y se enmiendan, cuya rebaja había de hacerla, en los casos procedentes, el Juez ó Tribunal que hubiese pronunciado la ejecutada sentencia. También contenía el principio de la abolición de los castigos perpétuos y el de indemnización á los injustamente perseguidos.

Derogado este Código, como consecuencia de la caída del sistema constitucional, en el año 1823, y hechas después varias tentativas para la redacción de un nuevo Código, al fin se consiguió que el proyecto formado por la Comisión de Códigos de 1843, compuesta de eminentes juristas, fuese, con ligeras enmiendas, ley en nuestra península, en virtud de la sanción de 19 de Marzo de 1848 y Real Decreto de la misma fecha.

Modificado, en parte, en 1850, y, de un modo trascendental, en 1870, con el principal fin de ponerlo en armonía con la democrática Constitución de 1869, sufrió también algunas alteraciones por el Decreto de 1.º de Enero de 1871, y, mas tarde, por la Ley de 19 de Julio de 1876, que elevó á la categoría de delitos los hurtos de ínfimo valor, que antes se consideraban como simples faltas.

Al lado de estas importantísimas reformas en nuestro derecho penal común, que ligeramente apuntamos, debe asimismo indicarse que, si bien la labor jurídica de nuestra pátria es menor que la de otras naciones cultas, poseemos también trabajos muy apreciables, que demuestran los esfuerzos de nuestros juriscón-

sultos por los progresos del Derecho penal. Sirvan, en confirmación de este aserto, los de los ilustres autores Lardizabal, García Goyena, Alvarez, Vizmanos, Pacheco, Ortiz de Zúñiga, Castro Orozco, Laserna y Montalbán, Gutierrez, Caravantes y Selva; D. Francisco Agustin, D. Luis y D. Francisco Silvela; Aramburo y Zuloaga, Alonso Martinez, Romero Girón, Canalejas, Lastres, Groizard, Viada y otros muchos que pudieran merecidamente citarse.

III

ESTADO ACTUAL DE LA PROYECTADA REFORMA DEL CÓDIGO

El Código que hoy nos rige es, en rigor, el de 1848, con las modificaciones, más ó menos acertadas, introducidas en el mismo; y no puede decirse, por cierto, que se procede, con precipitación, al tratar de reformarlo radicalmente, después de medio siglo de vigencia.

Alterada nuestra legislación, en todos sus órdenes, de un modo radical, desde que dicho Código fué publicado; y siendo el Derecho penal el encargado de la conservación del orden jurídico, velando por la tranquilidad de los ciudadanos y protegiendo su propiedad, su libertad y su honra, claro es que aquella alteración hecha en el citado orden, tiene que determinar y producir la reforma de nuestro Código; en el que, á pesar de su eclecticismo, domina principalmente la teoría de la expiación y de la intimidación, sin que se atienda, como debiera, á la corrección y enmienda del culpable, fin esencial, aunque nó el único, de la pena.

El eminente hombre público D. Nicolás Salmerón, que tan dignamente ocupó el Ministerio de Gracia y Justicia en 1873, trató de la reforma del Código penal; y la Comisión que, al efecto, nombrara, dejó terminada, según nuestras noticias, el libro pri-

mero del proyecto del nuevo Código, basado en la teoría correccional, con supresión, por tanto, de la pena de muerte; pero ni esta tentativa tuvo desgraciadamente éxito, ni tampoco lo tuvieron las de otros ilustres sucesores en dicho Ministerio, como los Sres. Bugallal, Alonso Martínez y Silvela (D. Francisco). A pesar de la imperiosa necesidad de la reforma y del incesante clamor de la opinión pública, ninguno de los notables trabajos presentados á las Cámaras para satisfacerla, en 1880, 1882, 1884 y 1886, han pasado de la categoría de proyectos, y sabe Dios hasta cuándo continuaremos así.

Las Córtes, no pudieron discutir esos proyectos, pues sólo se ocuparon en las bases presentadas por el Sr. Alonso Martínez.

IV

NECESIDAD DE UN AMPLIO ARBITRIO JUDICIAL

Antes de la publicación de nuestro Código, el arbitrio judicial era el que imperaba en este ramo de la legislación. La imposibilidad de que el legislador prevea todas las contingencias posibles dentro de las relaciones jurídicas, pues como decía Bacon *angustia prudentiæ humanæ casus omnes, quos tempus reperit, non potest capere*; y, además, la precisión de suavizar la barbarie de las penas, hicieron completamente imprescindible esa prudente libertad de juicio en las decisiones judiciales.

Pero los legisladores de nuestro Derecho penal, desconfiando de ese arbitrio, lo han restringido cuanto han creído posible, estrechando, de un modo inconsiderado, la esfera de acción de los jueces, con el fin de fijar no sólo la cualidad de la pena, sinó también su cantidad, en cada caso determinado. De aquí es que, como decía la Junta del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en un célebre informe: «antes el Juez creaba el derecho; ahora se ha

convertido en autómatas; antes el Juez debía ser el hombre de ciencia; ahora le basta conocer el arte.»

Para nosotros, uno de los mayores defectos que contiene nuestro Código es precisamente esa limitación excesiva de la libertad de los Jueces para administrar la justicia penal. Pretender el legislador proporcionar *á priori* la pena al delito, en cada caso concreto, sin conocer este caso, ni las circunstancias subjetivas ú objetivas que pueden concurrir en un delito determinado, individualizándole, es verdaderamente pretensión irrealizable, dentro de todo criterio justo; pues esta proporción sólo pueden fijarla los Tribunales, que son los únicos que conocen los hechos criminosos de una manera íntegra, y comprensiva, por tanto, de todas sus múltiples circunstancias.

Los delitos varían de tal modo, que no puede decirse que existen dos enteramente iguales, ni aun dentro de la mas minuciosa clasificación; y siendo esto así, es verdaderamente contrario á razón, que el legislador crea que puede fijar la pena justa para un hecho criminal, antes de que este hecho se haya realizado.

La necesidad de reformar el Código, ampliando el prudente y necesario arbitrio judicial, la reconocen ya notables juristas modernos, entre los que se halla el ilustre exministro de Gracia y Justicia. Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón, el cual en su discurso leído en la solemne apertura de Tribunales, de 15 de Septiembre de 1883, decía: «se individualiza el delito no tanto «por relación al hecho en sí, como por los móviles del agente, los «modos ó formas de cometerlo; las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión, según las cuales, hechos aparentemente idénticos, «han de apreciarse en su cuantía y calidad de manera muy diversa. Y esto no es oficio de la ley, sino ministerio del Juez, el «cual, así en la apreciación de los modificativos del hecho, como «en la estimación de la pena merecida, debe obrar con mucha latitud, porque nadie, con mas seguridad, percibe, en cada uno «de los casos sometidos á su decisión, los matices numerosísimos

«de las acciones humanas, tan variadas y originales.»

Pero si bien se reconoce ya, generalmente, la necesidad de la reforma, en el sentido de dar mas amplitud á los jueces para proporcionar la pena al delito, no hay conformidad respecto á la extensión que, á ese arbitrio, debe darse. Hay quien sostiene que al Juez debe dejársele en absoluta libertad para determinar la cantidad de pena correspondiente á la infracción jurídica, no debiendo señalársele más que la cualidad de la pena que debe imponer; otros dicen que, respecto á la cantidad, es conveniente fijar un máximum del cual no pueda pasar; y hay, en fin, otros que pretenden que no sólo se fije el máximum, sino también el mínimum, dejando entre ambos la oportuna latitud. Este último criterio es el adoptado por el Congreso Penitenciario de Roma, en 1885.

Creemos que el primer sistema es el preferible, porque desde el momento en que se reconoce que á los Jueces corresponde el buscar dicha proporción en los castigos, no puede por el legislador señalarse lógicamente ni el límite superior, ni el inferior de las penas, por cuanto la proporcionalidad pudiera hallarse, en muchos casos, fuera de los límites por la ley fijados, y la pena, por tanto, resultaría injusta. Una vez, pues, aceptado el principio, hay forzosamente que aceptar sus consecuencias, y conceptual con poca lógica á los partidarios de encerrar á los Jueces, en este punto, dentro de ciertos límites, por muy distantes que se encuentren lo máximum y lo mínimum del castigo.

Mas se cree que pelagra la libertad del ciudadano, dando amplitud al arbitrio judicial; parece se tienen temores por parte del legislador, de que los tribunales no usen debidamente de aquella facultad una vez concedida, y aquí encontramos una contradicción verdadera en la conducta de los legisladores. Si se ha reconocido en la ley que no puede admitirse en materia penal pruebas tasadas; si se ha consignado, como era lógico, la absoluta libertad de conciencia para que los Tribunales declaren culpable

ó inocente á un procesado; si tan omnímota y racional libertad se ha dado á jueces de hecho como son los jurados, generalmente indoctos, sin que se crea peligran, por eso, los grandes intereses sociales, ¿cómo, tratándose ahora simplemente de proporcionar la pena á un delito determinado, de buscar la pena justa, pueden existir esos escrúpulos, cuando esa proporción deben realizarla solamente los jueces de derecho, personas que son, por todos conceptos, garantía de orden, de moralidad y de justicia?

Esto no obstante, esos temores, que no pueden menos de estimarse infundados, han impedido, á nuestro juicio, que, en este punto de la proporcionalidad, se conceda á los Tribunales toda la amplitud, que entendemos necesaria, para evitar verdaderas injusticias.

V

ALGUNAS IDEAS SOBRE ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Pero para que la reforma penal pueda, con fruto, llevarse á efecto, nos hacen falta dos factores de que, por desgracia, carecemos. Nos referimos á una buena organización de tribunales, y á un buen sistema penitenciario.

Que el estado en que aquellos Tribunales se hallan constituidos, en España, es deplorable, está hasta en la conciencia de las personas más ajenas de esta clase de estudios.

De la justicia municipal, no hay que hablar, porque, aparte de muy contados casos, se halla, por completo, ligada á los intereses de los partidos políticos, y á merced, pudiera creerse, de los caciques de los pueblos. Los Juzgados de instrucción están mal distribuidos y son insuficientes, á causa de la última y lamentable supresión, hecha con el mejor propósito y por necesidades económicas; pero con grave perjuicio de gran número de poblaciones, en donde la ad-

ministración de justicia se ha dificultado, de un modo extraordinario. Y las Audiencias Provinciales se encuentran, á nuestro juicio, sin el personal bastante, especialmente del Ministerio Fiscal, para atender al inmenso trabajo, que, á muchas, agobia, y que si Dios no lo remedia, producirá un estancamiento de procesos y de presos provisionales, con daño considerable de los procesados, y de la causa pública; estancamiento que se realizará, á pesar del reconocido y probado celo de los funcionarios judiciales y fiscales, que hacen frente en algunos centros, á tareas verdaderamente superiores, á fuerzas humanas. Y todo ello pasa, al par que permanecen en la inacción y sin provecho para el Estado, un gran número de dignos Magistrados y Jueces excedentes, cuyos servicios hacen tan perentoria falta. (1)

Pero con ser esto tan malo, no es lo peor. La nota mas saliente se halla, á nuestro entender, en que es posible se presuma que los Tribunales carcean, y carecerán siempre, de verdadera independencia para administrar justicia, en tanto pueda creerse, y esté en la conciencia de muchos, que los ascensos de sus dignos individuos, que sus traslaciones, que sus postergaciones y que sus cesantías están, de hecho, á merced principalmente de la voluntad de los Gobiernos, que, aunque compuestos de altas y de ilustres personalidades, habrán de vencer muchas dificultades para sus- traerse, por completo, á las influencias y pasiones de la política.

Así, pues, mientras no se atienda á esta honrosa carrera, con

(1) Para evitar, en lo posible, los grandes daños que la Administración de justicia experimenta por el escaso personal existente en algunas Audiencias, daños que se tocan ya en términos tales que, según consigna el actual, activo é inteligente Ministro de Gracia y Justicia, Excmo. Sr. D. Francisco Romero y Robledo, en la razonada exposición que precede al Real Decreto de 26 de Septiembre del presente año, "impresiona tristemente el retraso que sufre, en muchas de ellas el despacho de los negocios, con grave detrimento del interés público y de los intereses privados., se ha ordenado en la citada Real disposición, que, con el caracter de supernumerarios, se agregue á las Audiencias, al Ministerio público y á los Juzgados de Instrucción de Madrid, el número necesario de excedentes de la carrera judicial y fiscal.

medidas encaminadas á levantar su necesario prestigio; mientras no se la organice concediéndola, en lo relativo á su alta función de juzgar, absoluta independencia de los intereses políticos; y no sea una verdad, de hecho y de derecho, la inamovilidad judicial, al lado de la responsabilidad debida; mientras no se establezca que los ascensos podrán sólo conseguirse, por rigurosa antigüedad, dando algunos turnos al verdadero mérito, declarado por el Tribunal Supremo, en virtud de procedimientos, que aseguren, por completo, el acierto; mientras no se coloque al Magistrado y al Juez, en condiciones de que puedan oponerse, sin temores de ningún género, á las pretensiones injustas de los políticos, de los poderosos y de los caciques; mientras todo esto, en fin, no se haga y no se concedan sueldos decorosos á esos dignos y sufridos funcionarios, para ponerlos al abrigo de la penuria, no tendremos, en la sociedad, las necesarias seguridades de que pueda administrarse, en todos casos, una buena justicia penal; á pesar de la rectitud que resplandece en los fallos de los Tribunales.

Con lo expuesto basta para comprender que es urgente la necesidad que hay de establecer, en la práctica, como está establecida en la ley, la absoluta independencia de los Tribunales para dictar sus resoluciones; separación completa de los intereses de los partidos políticos, la cual es una de las bases principales en que descansar debe el amplio arbitrio judicial, que hemos sostenido ser preciso para determinar la pena justa, en los juicios criminales.

No somos aficionados á la nota naturalista, ni tampoco nos gusta recargar los cuadros con tintas negras, cuando, afortunadamente, no todo es de este color en la vida.

Si alguna vez tenemos que señalar defectos y exponer lo que conceptuamos errores, siempre dentro de todos los respetos, es porque nos debemos á la verdad, y buscamos el remedio posible de aquellas imperfecciones.

No somos de los que, cerrando los ojos á la evidencia, niegan

la marcha incesante del humano progreso, en la principal esfera de la actividad humana, creyendo, desacertadamente, que todo es, á nuestro alrededor, malo, inmoral, vicioso y corrompido, cuando tantas consoladoras y, con frecuencia, ignoradas virtudes, existen en todos los círculos sociales. Por el contrario, tenemos la íntima convicción del progreso constante de la Humanidad, en todos los órdenes de la vida; y si, alguna vez, parece que aquella se detiene, según se sabe, como punto de descanso para marchar, después, más rápidamente, por el camino de los grandes y asombrosos adelantos, que presenciamos, en las Artes, en la Industria, en el Comercio, en la Literatura, en las Ciencias Morales y Políticas, en las Físicas y Naturales, y, en fin, en todo cuanto se halla sometido á la potente inteligencia del hombre.

Si el pensamiento humano aplicado á la satisfacción de las necesidades materiales de nuestro organismo, produce diariamente esos mil artículos de las Artes y de la Industria, que, por todas partes, vemos, y que nos admiran y encantan, ¿cómo podría sostenerse, con lógica, y sin negar las enseñanzas de la Historia, que ese mismo pensamiento, que con tales maravillas manifiesta su progreso, en cuanto se relaciona con nuestra sensibilidad física, había de quedar inmóvil y como petrificado, en cuanto se refiere á la parte mas importante de nuestro organismo, á las necesidades del espíritu, y á las ciencias, que, en estas necesidades espirituales, se fundan, como la Ética, el Derecho, la Psicología, la Economía, la Estadística, la Historia y las Bellas Letras, cuyos adelantamientos, señalados en una inmensa y rica literatura y en imperecederos Códigos, son tan notorios y evidentes?

La Humanidad, que, tras largas y cruentas vicisitudes, ha pasado el período de la infancia y de la adolescencia, en los que no se ha dado exacta cuenta de las reglas fundamentales de su doble desenvolvimiento, ha llegado hoy al del conocimiento científico de las leyes morales, jurídicas y materiales, que regulan su vida espiritual y física, traducidas ya muchas de aquellas en preceptos

positivos; y lo que falta es que llegue pronto á esa otra época tan anhelada, en la que no se limiten los hombres á un mero conocimiento y á una práctica imperfecta de la Moral y del Derecho, sino que todos acaten y cumplan los preceptos morales y jurídicos, dejando de ser letra muerta las leyes, para que, con el cumplimiento, también importantísimo, de los deberes religiosos, se logre en la tierra, la perfección, el orden y la felicidad posibles, en la humana convivencia.

VI

LA REFORMA PENITENCIARIA ES NECESARIA PARA EL BUEN ÉXITO DE LA DEL CÓDIGO PENAL

El digno jurisconsulto que actualmente ocupa (1) el Ministerio de Gracia y Justicia, Excmo. Sr. D. Trinitario Ruiz Capdepón, decía, en 1893, lo siguiente, en el acto solemne de la apertura de los Tribunales: « Carecemos de un régimen educador, que nos consienta regenerar y redimir, á tantos jóvenes delincuentes, como se corrompen en las cuadras de nuestras cárceles; no tenemos un sistema penitenciario, que ofrezca, á los delincuentes adultos, un motivo humano de regeneración; tampoco tenemos un sistema de privación de libertad, que reduzca al hombre á su contemplación interior, para reintegrarse á su propio arbitrio; no contamos con el poderoso concurso de sociedades redentoras, tan necesarias y eficaces en los países bien organizados; no hemos conseguido ni aprovechar los medios disponibles para poner en práctica algo que se aproxime á la idea nueva; nuestra obra, en fin, se halla por hacer.»

(1) Al publicarse esta Memoria, desempeña dicha Cartera el también digno é ilustrado Ministro, Excmo. Señor D. Francisco Romero y Robledo.

Después de tan elocuentes como autorizadas palabras, poco debemos añadir.

Sólo, sí, hemos de lamentarnos de que al cabo de cerca de cincuenta años, pasados desde que D. Ramón de la Sagra tuvo el rubor de declarar, en el Congreso de Bruselas, la marcha retrógrada de España, en la noble empresa de la reforma de las prisiones, aun estemos en tal estado; habiendo sido, en la práctica, poco fructuosos, todos los excelentes trabajos, en esta materia, de la insigne escritora D.^a Concepción Arenal y los también notables de los Sres. Vega de Armijo, Colmeiro, Romero Girón, Silvela (D. Manuel), Canalejas (D. José María), Lastres, Armengol, Salillas y algunos otros asimismo importantes, entre los que se hallan el notable informe del sabio Roeder, sobre la reforma en España, hecho á consulta del Sr. Salmerón.

Vemos, por desgracia, que aun continúan y, lo que es peor, aun continuarán por muchos años, casi todos los establecimientos penales, sin higiene, sin moralidad, sin seguridad material algunos; y los presos hacinados, confundidos, sin separación ni clasificación ninguna, en inmundas cuadras, entregados á los mas asquerosos vicios, perdiendo la salud y la dignidad, y corrompiéndose, en aquellos infectos lugares, el alma á la par que el cuerpo.

Si, como dice el Sr. Capdepón, y es dolorosa verdad, no tenemos régimen de redención y de regeneración de los delincuentes, ¿qué se ha de lograr con la proyectada reforma del Código, cuando esta reforma debe fundarse, principalmente, en la corrección y enmienda del culpable, que es un fin esencialísimo de la pena? ¿Y cómo pueden los ciudadanos hallarse tranquilos y seguros, teniendo constituidas, en su seno, esas escuelas del crimen, de donde salen los presos mas perversos que entraron, maldiciendo á la sociedad, que pudo regenerarlos y no los regeneró, y dispuestos á cometer nuevos y mas graves atentados?

Por eso creemos que, mas urgente que la reforma del Código, es la del sistema penitenciario, sin la cual aquella es enteramente

inútil, porque no se conseguirán los fines de los castigos. Por mucha que sea la penuria del Tesoro, medios legales pueden hallarse para sufragar, sin graves apuros, los gastos que se ocasionen, que no deben escatimarse nunca, tratándose, como se trata, de una obra, en la que se halla comprometido el buen nombre de España, la humanidad y la defensa de los grandes intereses sociales.

Por no salirnos de los límites de la cuestión, dejamos de desarrollar nuestras modestas ideas, acerca de los medios prudentes de arbitrar recursos para la reforma penitenciaria. Creemos, sin embargo, que la dificultad, que, de todos modos, debe ser vencida, no es tan grande como se supone.

Contando con la buena voluntad é inteligencia del actual Ministro Sr. Capdepón, ó con la de un digno sucesor; combinando, para este fin, los presupuestos generales del Estado con los provinciales y municipales; transformando convenientemente algunos antiguos conventos, de legal utilización, como ya se ha hecho para la Penitenciaría Hospital del Puerto de Sta. María; empleando, en esta obra, como propone el Sr. Romero Girón, una parte de los productos del papel sellado y reintegro judiciales, lo que puede ampliarse aplicando también con el propio objeto, el importe total de las multas, ó tres cuartas partes de ellas, como sucede en Hungría, en virtud del artículo 27 de su Código penal, modificado en este punto por la ley VIII de 1887, se obtendrían pronto indudables y suficientes recursos, y conquistaría el Ministro que la reforma llevara á cabo, una inmensa gloria y la eterna gratitud de todos los ciudadanos.

Habiéndonos ya ocupado, aunque muy ligeramente, de la necesidad y estado de la reforma del Derecho penal, y de lo indispensable que es, para ella, que también se proceda á la urgente reforma de la organización de los Tribunales y de los establecimientos penitenciarios, vamos ahora á entrar en el examen de nuestro Código, en los puntos que, principalmente, á nuestro jui.

cio, deben ser reformados. No creemos conveniente, en obsequio á la claridad, hacer alteración alguna en el método seguido por dicho Código. Antes, sin embargo, de ocuparnos en su libro primero, trataremos de un título preliminar, que, á aquel, debiera, en nuestra opinión, adicionarse.

VII

ESFERA DE ACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

La eficacia extensiva de la ley penal, ya con relación al tiempo, ya con respecto al territorio, ya en lo tocante á las personas, no se encuentra consignada en el Código, como á nuestro juicio debiera. Sólo, en lo que se refiere al primer concepto, tenemos el artículo 22, que establece la no retroactividad de las leyes penales, y el 23 que consigna la excepción á ese principio. En lo relativo á los otros dos conceptos, guarda completo silencio, diferenciándose así de varios Códigos modernos, como el Italiano de 30 de Junio de 1889, que conceden á estos extremos la importancia debida.

Y no es que, en absoluto, carezcamos de disposiciones acerca de esta materia, puesto que, aunque deficientes, se hallan esparcidas en otros cuerpos legales. Con todas ellas, y con algunas convenientes adiciones y modificaciones, debiera formarse, en nuestro concepto, un título preliminar de nuestro Código.

En lo relativo al tiempo, estableceríamos el principio de que nadie puede invocar, en propia ó en agena excusa, la ignorancia de la ley penal. *Nemo excusatur a pœna, pretextu ignorantie legis.*

Como antecedente del dicho precepto, consignaríamos también lo dispuesto en el artículo 1.º del Código Civil, respecto á la promulgación de las leyes. Después de esos artículos, pondríamos la doctrina del 22 y 23 del penal, ya citados, sobre retroactividad;

el 5.º del Civil sobre derogación de las leyes; y el párrafo 1.º del 7.º de este último Código, acerca de la duración legal de los meses y de los días, ampliándolo, además, á la duración de los años.

Pero al aplicarse el precepto comprendido en el referido artículo 23, que confiere retroactividad á la ley penal, en cuanto favorezca al reo, pueden ocurrir algunas dificultades, porque no siempre será fácil determinar cuál ley es la que le favorece, si la posterior ó la anterior.

Tratándose de una pena de privación de libertad, por ejemplo, aunque la ley última fuera de menos duración que la primitiva, pudiera ir acompañada aquella de tales accesorias, ó ser de tal naturaleza, que cupiera dudar acerca de cuál fuese la menos aflictiva. Entre cuatro años de prisión, en comunidad, ó dos años de absoluto aislamiento, probablemente optarían los procesados por aquellos y no por éstos; y eso que esta pena sería siempre más favorable al reo, pues le encaminaría á su corrección y enmienda, lo que difícilmente conseguiría con la primera.

De aquí es que, cabiendo lógicamente que se produzcan esas dudas, debe dictarse alguna regla á fin de resolverlas. Esta regla, para nosotros, consistiría en que, en los casos, racionalmente dudosos, sobre lo favorable al reo, se concediese á éste el derecho de elegir la legislación, que entendiera le fuese mas benigna; y cuando el procesado no hiciera esa elección, fuese este punto decidido por los Tribunales.

En lo tocante al lugar del delito, debe comprenderse en ese título preliminar, la disposición contenida en el artículo 8.º del Código Civil, mandando que las leyes penales obligan á todos los que habitan en territorio español, ya sean nacionales ya extranjeros.

Mas debe asimismo fijarse en la ley, por ser punto de mucha importancia, que no sólo se entiende por territorio toda la tierra firme de la Nación, sino tambien los puertos, bahías, radas ó cualquier punto de la zona marítima del Reino, las embarcaciones

mercantes, que estén en alta mar, y los buques de guerra en cualquier lugar donde se hallen; principios admitidos en el derecho de gentes de las naciones cultas.

Debiera también comprenderse en este título, lo dispuesto en el artículo 336 de la Ley provisional sobre organización del Poder judicial, que consigna el precepto de la extraterritorialidad de la ley punitiva.

Tratándose de los graves delitos á que este artículo se refiere, como son los cometidos en el extranjero, contra la seguridad exterior del Estado, Lesa Magestad, rebelión y ciertas falsificaciones de importancia, así como los perpetrados, en el ejercicio de sus cargos, por empleados públicos españoles, residentes fuera del territorio de la Nación, estableceríamos expresamente, el precepto de que las causas, por esos hechos criminales, se persiguieran, de oficio, contra los españoles ó contra los extranjeros aprehendidos en territorio español, ó cuya extradición se obtuviese; á diferencia de los demás delitos á que se extiende la extraterritorialidad, los cuales no podrán perseguirse, en España, sino en virtud de la correspondiente querrela, por no tener ya el Estado el interés grande y directo que tiene en los primeros.

No nos parece razonable la doctrina sentada en el artículo 337 de la indicada Ley Orgánica, acerca de que si los reos hubiesen sido absueltos ó penados en el extranjero, siempre que en este último caso se hubiere cumplido la condena, no se abrirá de nuevo la causa.

El Estado no debe tener en cuenta, en estos delitos, lo que se haya realizado por los tribunales de la nación en que se efectuaron. Las leyes no son iguales en todos los pueblos, ni tienen idéntico concepto de la pena, ni castigan la misma clase de infracciones jurídicas, ni con la misma cantidad, ni con el mismo género de puniciones; y debiendo el Estado, bajo el punto de vista del derecho positivo, considerar sólo justo lo que sus leyes tienen establecido como tal, no puede menos de ser poco razonable que se

satisfaga con la sentencia condeutoria, dictada por un tribunal extranjero. Esto es evidente, y no admite, á nuestro juicio, contradicción.

Respecto á los demás delitos que se cometen en el exterior, y que no atentan á la vida política ó económica del Estado, pueden ocurrir cuatro casos: 1.º crímenes perpetrados contra un español por otro español; 2.º de un extranjero contra un español; 3.º de un español contra un extranjero; y 4.º de un extranjero contra otro extranjero.

PRIMER CASO. ESPAÑOL CONTRA ESPAÑOL. Todo español debe respetar los derechos de sus conciudadanos, lo mismo en el propio que en extraño suelo, y por tanto, al violarlos, ha de aplicársele la pena correspondiente y señalada en la legislación patria, protectora de aquellos derechos. Sólo dos condiciones creemos necesarias para que esto tenga lugar: una es la querrela del ofendido ó de cualquiera persona que pueda hacerlo con arreglo á las leyes; y la otra es la de que el delincuente se halle en territorio español.

SEGUNDO CASO. EXTRANJERO CONTRA ESPAÑOL. El Estado debe velar por sus nacionales, lo mismo cuando sean atacados en tierra extraña por otros españoles, que cuando lo sean por extranjeros. Conceptuamos precisa para que se abra la causa, los mismos requisitos que en el caso anterior.

TERCER CASO. ESPAÑOL CONTRA EXTRANJERO. Este es consecuencia del anterior. Si el Estado castiga, en las condiciones referidas, al extranjero que delinque contra el nacional, justo es que, por la recíproca, protegiendo á aquel, imponga al último la corrección á que se haya hecho acreedor, por la violación realizada. Pero en este caso es preciso que exista, además de los otros dos requisitos citados, el de que el hecho de que se trate sea delito en el país en que se perpetró, pues claro es que el extranjero no puede pedir al Estado español, más protección que las que las leyes de su país le dispensan.

CUARTO CASO. EXTRANJERO CONTRA OTRO EXTRANJERO. A primera vista parece incomprensible que, á este caso, se extienda la ley penal; pero fijándose con alguna detención en él, se verá su racional fundamento. Si, por ejemplo, un ciudadano de una nación extranjera comete, en ella, un robo contra un natural de su misma patria, no existiendo con esta tratado ni costumbre de extradición, ¿será justo que aquel criminal, si habia venido después á España, quedase impune y no se atendiese al ofendido que pidiera justicia? ¿No entrañaría la denegación de ésta por el Estado español, un verdadero atentado á la moral y al derecho?

En este caso, para que justamente pueda pensarse en España el delito, es preciso, sobre los tres requisitos del anterior, uno más, cual es, el de que no exista establecida extradición, ni en virtud de tratados, ni por reciprocidad.

Mas si bien con respecto á los delitos que se cometen en el extranjero, contra la vida política y económica del Estado, ó contra un español, creemos no debe tenerse en cuenta para la aplicación de la Ley penal en España, la sentencia que los Tribunales de otra nación hayan dictado, esto no es justo extenderlo al caso de delincuencia de un español contra un extranjero ó de un extranjero contra otro extranjero. En estos dos casos, como quiera que la protección natural de aquellos repetidos extranjeros está en sus propias leyes y Tribunales, claro es que, si el delincuente ha sido absuelto, indultado ó penado, fuera de España, y, en este último caso, ha cumplido la condena, no deberá abrirse la causa.

Además, en los expresados tercero y cuarto caso, es justo también establecer que, cuando sea más benigna que la legislación española, la del país en que se cometió el delito, se aplicarán las leyes extranjeras. Si hubiera duda racional acerca de cuál legislación fuese más favorable, debe dejarse la elección al delincuente, y si éste no hiciese uso de esa facultad, decidirán los Tribunales, según su prudente arbitrio.

Asímismo debe consignarse otro principio de alta justicia. Si

los delincuentes, por crímenes realizados en el extranjero, hubiesen en él sufrido pena, y si, sobre los mismos hechos, se abriese en España también causa y fueran aquí condenados, se rebajará de la pena que los Tribunales españoles les impongan, la parte que llevaren cumplida en el exterior.

Respecto á la eficacia de la Ley penal con relación á las personas, consignaríamos en este título preliminar, las excepciones que al principio de la generalidad de aquella, se hallan en la Constitución establecidas, respecto á la inviolabilidad del Rey, y á la de los Senadores y Diputados, por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. También debe hacerse constar la excepción contenida en el artículo 334 de la Ley Orgánica respecto á los Príncipes de las familias reinantes, Jefes de otros Estados, Embajadores y demás funcionarios que en aquel se expresan.

En lo que se refiere á la extradición, convendría asimismo expresar los principios, ya generalmente reconocidos, de que aquella no se admite respecto del ciudadano, ni tampoco para los delitos políticos.

Como este preliminar título sería una novedad útil en el futuro Código, vamos á intentar la redacción de un modesto proyecto del mismo, aprovechando, para ello, lo que entendemos debe utilizarse de nuestra vigente legislación, teniendo á la vista los principales Códigos extranjeros, é introduciendo las reformas que creemos conveniente deben hacerse.

VIII

PROYECTO DE UN TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO

ARTÍCULO 1.º Las leyes penales obligarán en territorio español, á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa. Se entiende hecha la promulgación el día en que

termine la inserción de la Ley en la Gaceta.

ART. 2.º Nadie puede invocar, en propia ó en ajena excusa, la ignorancia de la ley penal.

ART. 3.º Las leyes penales no tendrán efecto retroactivo, y, por lo tanto, no será castigado ningún delito ni falta, con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración.

ART. 4.º Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando las leyes penales favorezcan al reo de un delito ó falta, tendrán fuerza retroactiva, aunque, al publicarse aquellas, hubiese recaído sentencia firme, y el condenado estuviere cumpliendo la condena.

Cuando hubiese duda acerca de si la ley posterior es más favorable al reo, que la anterior, vigente al cometer el delito ó falta, tendrá el reo la facultad de elegir entre ambas, la que considere más benigna. Si el culpable no hiciera esta elección, al ser para ello requerido, los Tribunales resolverán la duda, á su prudente arbitrio, determinando la ley penal aplicable.

ART. 5.º Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia, el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario.

ART. 6.º Las leyes penales obligan á todos los que habiten en territorio español, sean nacionales ó extranjeros.

Se entiende por territorio español, no sólo toda la tierra firme de la Nación, sino también nuestros puertos, bahías, radas, zona marítima del Reino, nuestras embarcaciones mercantes en alta mar, y nuestros buques de guerra, en cualquier lugar donde éstos se hallen.

ART. 7.º Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo último:

- 1.º La persona del Rey, que es sagrada é inviolable.
- 2.º Los Senadores y Diputados, por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo.
- 3.º Los Príncipes de las familias reinantes, los Presidentes ó Jefes de otros Estados, los Embajadores, los Ministros plenipo-

tenciarios y los Ministros residentes, los Encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta, en las legaciones, los cuales, cuando delinquieren, serán puestos á disposición de sus Gobiernos respectivos.

ART. 8.º Las leyes penales españolas se aplicarán, de oficio, por los Jueces y Tribunales del Reino, á los españoles ó extranjeros, que, fuera del territorio de la Nación, hubiesen cometido alguno de los delitos siguientes: contra la seguridad exterior del Estado, Lesa Magestad, rebelión, falsificación de las firmas de la estampilla Real ó del Regente; falsificación de la firma de los Ministros ó de sellos públicos; falsificación que perjudique directamente al crédito ó intereses del Estado, y la introducción ó expendición de lo falsificado; falsificación de billetes de Banco, cuya emisión esté autorizada por la ley, y la introducción ó expendición de los falsificados; y, además, todos los cometidos, en el ejercicio de sus funciones, por empleados públicos españoles, residentes en territorio extranjero.

ART. 9.º Los Jueces y Tribunales españoles, aplicarán también las leyes penales del Reino, pero únicamente en virtud de querrela del ofendido ó de cualquiera de las personas que legalmente puedan hacerlo, y sólo además cuando el delincuente se halle en territorio de España:

1.º Al español que cometiese en el extranjero, algún delito contra otro español.

2.º Al extranjero que fuera de España, cometiere delito contra un español.

3.º Al español que en país extranjero, cometiese algún delito contra un extranjero, si el hecho criminal realizado, fuere también delito en el punto en que se perpetró.

4.º Al extranjero que, fuera de España, cometiere algún delito contra otro extranjero, si el hecho constituye también delito en la nación en que tuvo lugar, y, además, si no existe establecida extradición, en virtud de tratadós, ni por reciprocidad.

ART. 10. En los dos últimos casos del artículo inmediato anterior, si los reos hubiesen sido absueltos ó indultados, en el extranjero, ó, habiendo sido penados, hubiesen sufrido la condena, no se abrirá de nuevo la causa.

Cuando se proceda en España contra los reos á que este artículo se refiere, si fuere más benigna que la legislación española, la del país en que se cometió el delito, se aplicarán las leyes extranjeras. Si hubiere duda acerca de cuál legislación fuera mas favorable, se procederá en la forma dispuesta en el párrafo último del artículo cuarto.

ART. 11. En los casos á que se refiere el artículo noveno, cuando los delitos se cometieran en buque español, surto en aguas extranjeras, no será preciso que se formalice querrela criminal, bastando que se ponga el hecho en conocimiento de la competente autoridad española, y que concurren los demás requisitos en dichos casos respectivamente señalados.

ART. 12. En todos los casos á que se refieren los artículos octavo y noveno, si los reos hubiesen sufrido en el extranjero pena por los mismos delitos, acerca de los cuales, se abra en España también causa, se les rebajará la parte que llevasen cumplida en el exterior, de la pena que los Tribunales españoles les impongan.

ART. 13. Cuando se cometieren delitos en buque mercante extranjero, en la zona marítima española, por individuos de la tripulación, contra otros individuos de la misma, y ni los ofendidos, ni los delincuentes fueren españoles, serán los culpables entregados á los agentes consulares ó diplomáticos de la nación, cuyo pabellón llevase el buque en que el delito se efectuó, si fueren reclamados oficialmente, á no disponer otra cosa los tratados.

ART. 14. No se concederá la extradición de ningún español á un Gobierno extranjero.

ART. 15. Tampoco se otorgará la extradición por delitos que, á juicio del Gobierno, tengan caracter político.

ART. 16. Lo prescripto en los anteriores artículos respecto á

delitos cometidos en el extranjero, se entenderá sin perjuicio de los tratados vigentes, ó que, en adelante, se celebren con potencias extranjeras.

ART. 17. El ciudadano español, que después de la comisión de un delito, adquiriera nacionalidad extranjera, continuará en todo lo que se relacione con el castigo de aquel delito, sujeto á las leyes españolas.

ART. 18. Para la aplicación de este Código se entenderá el día de veinte y cuatro horas; el mes, de treinta días; y el año, conforme al natural.

ART. 19. El Juez ó Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.

Los casos dudosos, que en la aplicación de las leyes penales se presenten, serán resueltos por los Jueces y Tribunales, con arreglo á los preceptos del Derecho Natural, debiendo estarso siempre á lo mas favorable al reo.

IX

DEFINICIÓN DE LOS DELITOS Y FALTAS

No entraremos á examinar si el Código ha hecho bien en adoptar la clasificación bímembre de las infracciones jurídicas, ó si ha debido adoptar la trimembre, porque no creemos que la cuestión tiene grande importancia. Sin embargo, teniendo en cuenta que en España se halla ya establecido el Jurado, creemos que sería preferible la división en tres partes, que adoptó la ley francesa, correspondiendo un miembro de esa división al Jurado, otro á las Audiencias provinciales, en juicio oral, y el otro á la justicia municipal. Además, somos partidarios de acercar, en lo posible, el lenguaje de la ley al usual corriente, y como quiera

que en la práctica social, se dá el nombre de *crímenes* á los hechos punibles más graves, como el homicidio, y de *delitos* á los otros más leves, como el hurto, podría quedar establecida la clasificación de las violaciones del Derecho, en las tres partes de *crímenes*, *delitos* y *faltas*. Por lo demás, la ley, que en el artículo primero atiende á la división bipartida de *delitos* y *faltas*, se separa de ella, y viene, en rigor, á realizar la tripartida, en el artículo 6.º, al subdividir los delitos, en *graves* y *menos graves*.

Siendo tan difícil el hacer una buena definición del delito, dentro del terreno filosófico, que satisfaga todas las exigencias, y atienda á las necesidades de la justicia penal, los Legisladores, huyendo de ciertas disquisiciones, se han esforzado en buscar una fórmula práctica, tangible, y que no haga preciso, en cada juicio, un serio debate académico, sobre la inteligencia de los términos de la definición.

En este propósito inspirado el vigente Código, ha definido prácticamente, en el artículo primero, los delitos y faltas, estableciendo que éstos se hallan constituidos por *las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley*.

La voluntad, preciado fundamento de la naturaleza moral del hombre, potencia activa que constituye nuestra propia personalidad, y que tan sábiamente la definieron los escolásticos, llamándola *principium internum agendi cum cognitione finis*, lleva, como es sabido, encerradas en ese concepto, otras tres nociones que la completan: *la inteligencia* ó el conocimiento de lo que se quiere, según el axioma *nihil volitum quin præcognitum*; *la libertad*, que afirma y afirmará siempre nuestro sentido íntimo, de modo irresistible, frente á las escuelas, que, al negarla, niegan la autoridad, la ley, el castigo, el mérito y el demérito de las acciones, y todos los principios morales y sociales, que existen desde el comienzo de la humana historia; y, además, *la intención*, ó sea el movimiento, la determinación de nuestra alma, hacia el fin que nos proponemos realizar.

Por eso decía el notable penalista D. Joaquin Francisco Pacheco, en sus conocidos comentarios, que *diciéndose acto voluntario, se dice acto libre, acto inteligente, acto intencional.*

Siendo para nosotros evidente que los tres requisitos esenciales del acto humano responsable son *la inteligencia, la libertad y la intención*; y siendo la claridad, necesaria condición de las leyes, sustituiríamos en la definición, la palabra *voluntad* por las de sus tres dichos elementos, diciendo que *son delitos ó faltas, respectivamente, las acciones ú omisiones intencionales, inteligentes y libres, penadas por la ley.*

Los entendidos juriconsultos Sres. Viada y Groizard, sostienen que puede haber delito sin intención, lo cual sucede, en su concepto, en los casos de imprudencia ó negligencia. De esto se deduce que la definición del Código es incompleta, á juicio de aquellos comentaristas; y, de este mismo parecer, es el reputado Exministro de Gracia y Justicia, D. Francisco Silvela, quien entiende, en el notable preámbulo á su proyecto de 1884, que en el concepto del expresado artículo primero, no se halla comprendido el del artículo 581, sobre la imprudencia temeraria y la simple imprudencia.

Sentimos disentir de tan autorizadas opiniones; pero entendemos mucho más razonable la opinión del Sr. Pacheco, respecto á la concurrencia necesaria en todo acto humano responsable, de la intención; y opinamos, además, que lo mismo en la definición que da el Código, que en la que nosotros hemos señalado, que es en esencia igual, se hallan comprendidos los conceptos del delito y de la culpa.

Los distinguidos juriconsultos que acabamos últimamente de citar, confunden, en nuestro concepto, el acto criminal en que la imprudencia consiste, y el daño que con aquella se haya realizado. Valgámonos del mismo ejemplo empleado por el Sr. Groizard: un hombre amenaza á otro, por asustarle, con una escopeta, y, á pesar de que los que presencian el hecho le advierten

que el arma está cargada, y que puede suceder una desgracia, seguro aquél de que no tiene pistón la escopeta, ó de que carece de alguna condición, á su parecer precisa, para que la explosión se verifique, toca imprudentemente el gatillo, el tiro sale, y un hombre cae muerto á sus piés. Para el Sr. Groizard, aquí no hay intención, y para nosotros la hay, de un modo evidente. Si el delito consistiese, en este caso, en la muerte del hombre, podría ser mas razonable aquella opinión; pero no consiste en eso. La ley no castiga aquí el homicidio, sino lo que únicamente pena, es el acto irreflexivamente realizado, sin la previsión, sin la diligencia necesaria, que la sociedad exige, para la pública tranquilidad.

La *intención*, de *in* y *tendere*, se realizó por completo, por cuanto el culpable tendió, y tendió directamente, á realizar aquel acto irreflexivo de disparar; y este acto lo efectuó con entera voluntad de realizarlo, con pleno conocimiento y libertad. (1) Esa voluntad viciosa es lo que la ley pena, no el daño que con ella se haya cometido, y, por lo tanto, creemos bastante demostrado que, dentro de la definición del artículo 1.º del Código, por nosotros modificada sólo en sus términos, se hallan completamente comprendidos lo mismo los *delitos dolosos, que los delitos culposos*; y que los Legisladores eminentes de nuestro Código, no incurrieron en el grave defecto que, sin fundamento, se les atribuye, de haber establecido delitos no comprendidos en su referida definición. Esto aparte de que, si una persona, como la de que se trata en el ejemplo citado, conociendo, cuando menos, la posibilidad del peligro que expresamente se le había advertido por los circunstancias, hizo el disparo, claro es que, si no directamente, por lo menos, de un modo indirecto, quiso la consecuencia desgraciada de su acción, en cuanto fué su voluntad el no obrar con la pruden-

(1) Algunos notables criminalistas italianos, entre los que se hallan Canónico y Crivellari, definen así la culpa: "voluntaria falta de previsión de las consecuencias previsibles del propio acto., *La volontaria mancanza di previsione delle conseguenze prevedibili del proprio atto.*

cia debida, para evitar la desgracia prevista como posible.

La definición que da del delito el Sr. Silvela en su dicho proyecto, diciendo que es la acción ú omisión penada por la ley, y ejecutada *con malicia*, no nos parece acertada, á pesar de la ilustración del autor, no sólo por que omite la palabra *voluntaria*, sin sustituirla con todos los conceptos que ésta entraña, sino porque las de *con malicia*, se prestarían en la práctica á muchas interpretaciones y dudas, sobre todo en ciertos delitos que no tienen un contenido ético, *mala quia prohibita*.

A la proyectada definición del Sr. Silvela, preferimos la de nuestro Código de 1822, que nos parece mucho mas completa (1).

Aceptada la que ha sido propuesta por nosotros, que se compone de los términos fundamentales del delito, muy conocidos y usuales en el Foro, los Tribunales podrían con ella resolver fácilmente, todas las graves cuestiones que, en la práctica, se presentaran, relativas á las causas de justificación y de inimputabilidad. Nuestra definición coincide y abraza, en las breves palabras expuestas, los conceptos comprendidos en los artículos 1.º y 26 del notable Código Portugués.

X.

CASO EN QUE EL HECHO CRIMINAL NO SE HALLE COMPRENDIDO EN EL CÓDIGO

El artículo 2.º del Código, dispone que *en el caso de que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho, que estime digno de*

(1) Código Español de 1822. Art. 1.º. Comete delito el que libre y voluntariamente, y con malicia, hace ú omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena.

En toda infracción libre de la ley, se entenderá haber voluntad y malicia mientras que el infractor no pruebe, ó no resulte claramente lo contrario.

represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan, para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones del Código, resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.

El conocido precepto latino de *ubi non est lex nec prevaricatio*, entendido de un modo absoluto, y con relación al derecho constituido, resulta, en ciertos casos, poco razonable; y el texto del Código que en él se funda, es, en su párrafo primero, opuesto á los intereses sociales; y, en su segundo punto, injusto y dañoso para el reo, y contrario á la conciencia de los jueces.

Es un principio cierto el de que los legisladores no establecen, por su sola voluntad, los delitos, sino que tienen que atenerse para definirlos, á las ideas fundamentales de justicia, á las reglas del Derecho Natural, y á las necesidades jurídicas de la Nación para la que se dictan.

Una acción no constituye delito, dentro del derecho constituyente, ni deja de constituirlo, porque así lo quiera el legislador, sino que éste declara la acción culpable porque así precisamente lo tiene declarado un dictado de la razón. Armonizar el Derecho Natural con la ley positiva, de modo que quede asegurada la vida jurídica de las sociedades, el orden público y la tranquilidad de los ciudadanos, á fin de que éstos tengan protegida su vida, su libertad, su propiedad, su honra y todos sus derechos, contra todos los que á ellos atenten, es el principal deber de los Estados. Pero, al cumplir este deber el legislador, al consignar en los Códigos penales las acciones que han de ser prohibidas, siempre tienen que aparecer las deficiencias de toda obra humana, y una de ellas es la de no poderse prever todos los actos posibles de criminalidad. Es verdad que esto ocurre pocas veces, dadas las

enseñanzas que, en miles de años, nos ofrece la Historia; pero basta que ocurra alguna vez, para que puedan peligrar los fundamentos sociales en un periodo determinado de la vida de un pueblo, si no se pone pronto y eficaz remedio al mal: ¿Y qué remedio da el Código para estos graves casos? Puede decirse que ninguno.

Por lo pronto, obliga á los Tribunales, que la ley ha establecido para asegurar y proteger al ciudadano en sus derechos, á que se crucen de brazos y presencien, impasibles, cómo el mal se propaga, sin medios de atajarlo, dejando á los delincuentes en la impunidad, y á la sociedad víctima de malhechores. Sólo dispone que se dé cuenta al Gobierno; y como para dictar una Ley reformando el Código, es preciso mucho tiempo, venciendo grandes dificultades, de aquí es que, si siempre se cumpliese ese artículo, podría venir en ciertos casos el remedio, cuando se hubiesen ya ocasionado graves males á la Sociedad.

Basta con lo expuesto para comprender lo inconveniente del dicho precepto, tal como está redactado, del cual, más de una vez, ha tenido que prescindirse en la práctica.

En confirmación de este último aserto, puede citarse el caso ocurrido en materia de robos, cuando se publicó el vigente Código de 1870. En la edición oficial no aparecía penado el robo en cantidad superior á quinientas pesetas, en edificio público ó lugar habitado, pero sin armas; defecto que después por decreto se subsanó. Pues bién, entre la fecha en que fué publicado y la de la subsanación, se presentó un caso al cual se aplicó la pena que contenía el derogado Código de 1850, sin que el Tribunal Supremo anulara el fallo dictado, fundándose *en que los hechos consignados en la sentencia, constituyen delito por su propia naturaleza, sin que circunstancias posteriores impidan penarlos*. Este caso, por lo notable, lo cita nuestro ilustre maestro D. Luis Silvela, en su notable tratado sobre el Derecho Penal.

Recientemente hemos tenido otros casos, en los que también ha

habido que prescindir de lo consignado en dicho artículo.

Cuando se publicó el Código se creyó, que la explosión de un petardo ú otro proyectil cualquiera, que produzca alarma ó peligro, era más que un delito, un entretenimiento importuno é imprudente de muchachos traviesos; y de aquí es que sólo constituyese una falta, comprendida en el artículo 587 del mismo.

Pero ocurre después, lo que no había previsto el legislador. Aparecen en la sociedad esos monstruos del crimen, que con el nombre de anarquistas, siembran, sin piedad, por todas partes, el espanto, la desolación y la muerte, en su loco anhelo de destrucción social; y entonces hubo necesidad de prescindir de este artículo segundo, para atender á la represión de los horribles atentados de aquellos forajidos, castigándolos severamente, y procurando llevar la tranquilidad posible á los pueblos. Esta gran misión la cumplieron perfectamente los Tribunales; y, para ello, fué preciso estimar que esos petardos, que esas máquinas explosivas, poderosas y terribles armas de los que se proponen el exterminio de la sociedad, no podían seguir considerándose como meras faltas, sino que era necesario, en presencia de las monstruosidades cometidas y de otras que se anunciaban, acudir para la defensa de la sociedad amenazada, á las reglas de la interpretación, á los principios generales del Derecho, prescindiéndose del repetido artículo.

Esta necesidad, de satisfacción urgente é imperiosa, y que preocupó hondamente á los Tribunales y al Ministerio Fiscal, fué atendida, considerándose que aquellos petardos ó máquinas explosivas, se hallaban comprendidos, como delitos de estrago, en el artículo 572 del Código Penal; y se declaró por el Tribunal Supremo, en 29 de Septiembre de 1879, que la colocación de un petardo de dinamita, con la mecha encendida, á la puerta de una casa, constituía el delito frustrado de estrago.

Largos años han continuado las cosas así, hasta que se ha publicado la ley contra el anarquismo, de 10 de Julio último, en la

que, más adelante; nos ocuparemos.

Ese repetido precepto, del párrafo 1.º artículo 2.º del Código, hijo de un exagerado individualismo, necesita, pues, urgente reforma, para atender á las necesidades del orden público. Si respetables son los derechos del individuo, mucho más respetables son los derechos de la sociedad.

El párrafo segundo de dicho artículo, es también contrario á razón. En él se manda que, aunque la pena sea excesiva, se imponga, y que no sólo se imponga, sino que se cumpla. De manera que, convirtiendo á los Jueces en verdaderas máquinas, les obliga á ir contra su conciencia, dictando un fallo que consideran contrario á justicia; y, lo que es mas duro aún, pudiera decirse que les obliga, en cierto modo, á prevaricar, pues que, en este caso, dictarán á sabiendas, aunque forzosamente, y, por tanto, sin dolo ni culpa, una sentencia legal, pero moralmente injusta. De donde resulta, que también pudiera afirmarse, que la prevaricación es delito en todos los casos, menos cuando la ley lo permite, y aún lo manda, en cumplimiento del artículo segundo; á la manera como el juego de azar es punible siempre, menos cuando se juega á la Lotería Nacional, que la ley tiene establecida como recurso lícito del Estado.

El dicho artículo no dice nada acerca del caso en que los Jueces encuentren injusta la pena, no por exceso, sino por defecto, es decir, por ser menor la señalada que la que debería corresponder á la infracción jurídica; y el precepto legal que tan duro es para el culpable, según hemos visto, en el caso anterior, peca en éste de extraordinaria blandura.

Lex esse non videtur quæ justa non fuerit; y fundada en este racional principio, la Novísima Recopilación, lo mismo que ya lo habían hecho las Partidas, declaró que *non valgan ni se cumplan las reales cartas, dadas contra derecho, ley ó fuero usado.*

El precepto justo de que las leyes se obedezcan, pero no se cumplan, cuando sean contrarias á Derecho, en perjuicio de al-

guna de las partes, se ha repetido por varios de nuestros Monarcas, entre los que pueden citarse, á D. Enrique II, en 1371; don Juan I, en 1387; D. Juan II, en 1442; y D. Enrique IV, en 1469.

Es muy sensible que esta saludable doctrina, que necesariamente ha triunfado en algunas ocasiones, y tiene que seguir dominando, en la práctica, sobre todo en casos graves, se haya olvidado por los respetables legisladores del Código, al dictar el expresado artículo.

Nosotros creemos que ese precepto podría justamente reformarse, en el modo que á continuación se expresa, ó en otro más acertado, que redactase persona de superior competencia, pues el asunto es, á todas luces, delicadísimo y trascendental.

Podría redactarse así: Artículo..... *En el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho, que estime digno de represión y de ser considerado como grave delito, se procederá en la forma ordinaria á su comprobación, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento Criminal.*

De la prevención de la causa se dará cuenta por la Audiencia correspondiente, al Tribunal Supremo; y si, oyendo, con urgencia, al Ministerio Fiscal, aquel entendiése que el hecho debiera castigarse como delito grave, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Tribunal respectivo, para que la causa se resuelva con arreglo al espíritu de este Código, al de las leyes penales anteriores, y á los principios del Derecho Natural; sin que puedan imponerse otra clase de penas, que las señaladas en el presente Código. El Tribunal Supremo dará cuenta al Gobierno para los efectos correspondientes á la reforma de esta ley.

Si el Tribunal Supremo entendiere que el hecho consultado no debe estimarse como delito grave, se sobreseerá la causa en el estado en que se hallare, poniéndose inmediatamente en libertad á los detenidos ó presos, si los hubiere.

En ningún caso podrá dictarse sentencia en estas causas, sin que conste previamente la resolución del Tribunal Supremo, favorable á

la continuación del procedimiento.

Los Jueces de Instrucción no abrirán nunca causa, en los casos á que el presente artículo se refiere, sin que, para ello, estén autorizados, de un modo expreso, por la Audiencia correspondiente.

Si el hecho que el Tribunal considerase digno de represión, y que no se halle penado en la ley, no fuere, á juicio de aquel, bastante importante para constituir delito grave, se abstendrá de todo procedimiento sobre él, y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

El párrafo último del mencionado artículo segundo, debe suprimirse en absoluto. Dada la gran latitud que, según nuestro criterio, es conveniente dar á los Tribunales para aplicar, en cada delito, la pena justa, el caso comprendido en el citado precepto, no podría presentarse.

XI

ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO; Y DIVISIÓN DE ÉSTE EN CONSUMADO, FRUSTRADO Y TENTATIVA.

Una de las graves cuestiones que deben resolverse, relativas al derecho penal, es precisamente la que se encierra en el anterior epígrafe. Determinar si los actos preparatorios morales ó materiales del hecho criminoso, deben siempre ó en casos especiales pensarse; si son todos punibles ó sólo algunos de ellos; y si, para el efecto de la punición, debe considerarse el delito en tres estados, *tentativa, frustración y consumación*, ó únicamente en dos de ellos, es materia difícil, y tiene divididos á los juriconsultos nacionales y extranjeros.

No podemos, en verdad, ocuparnos, con toda la extensión que desearíamos, en esta y en otras materias relacionadas con la reforma del Código, porque muchos de los puntos tratados ya, y

que todavía nos proponemos tratar, necesitarían, ellos solos, todas las páginas de esta Memoria. Sin embargo, dirémos, acerca del objeto del presente párrafo, lo suficiente para que se conozca, por completo, nuestro pensamiento.

El principio de Ulpiano *cogitationis poenam in foro nemo patitur*, es, sin duda, cierto. El mundo interior, la vida de la conciencia, es exclusivamente nuestra, y nadie debe penetrar en las profundidades ocultas de nuestro espíritu. El hombre puede tener deseo de cometer un delito, reflexionar acerca del mismo, retroceder ó resolverse á realizar la violación criminal; mas en tanto que se mantenga todo ello, dentro de los límites de su vida interna, existirá seguramente el pecado, pero no aparece todavía el crimen.

Mas supongamos que el hombre resuelto á perpetrar el hecho criminal, exterioriza este pensamiento, ya proponiendo á otra persona la ejecución del mismo, ya comprando el arma que ha de servirle para efectuar su intento; y, entonces, con evidencia, ahí tenemos la existencia del delito, la voluntad contraria al Derecho, el *animus delinquendi*.

Nuestro Código no contiene el precepto de que se castiguen los actos preparatorios del delito; y esto lo conceptuamos un grave defecto. Consistiendo el crimen en la *intención* manifestada, contraria al Derecho, y llevándose desde que se conoce, la alarma y la intranquilidad á las familias y á la sociedad, los actos preparatorios de un crimen deberfan pensarse, con el fin no sólo de corregir al delincuente, que ya ha comenzado el *iter criminis*, sino con el de obtener la tranquilidad social, y evitar los daños que el culpable haya resuelto causar á la víctima.

Pero los legisladores del dicho Código, se han apartado de todo lo que *parece* se relaciona con el *sistema preventivo*, aunque no se halle dentro de él, como sucede con los dichos actos preparatorios; sistema que, bien entendido y practicado, es tan útil y necesario para la vida jurídica, social é individual, como la Higiene pública y privada para la vida física de los pueblos.

Así es que hoy día, con el predominio del sistema represivo, restrictivamente comprendido y aplicado, ocurren con frecuencia delitos, que, de un modo fácil, hubieran podido evitarse, conocidos los primeros síntomas de los mismos.

A menudo se vé á las autoridades judiciales, y á la policía, tener que cruzarse de brazos y esperar que los delitos se cometan, para castigarlos; castigo que, por lo general, se verifica en su estado de consumación. Un hombre, por ejemplo, resuelve matar á otro, y, para realizarlo, se concierta con varios asesinos, y hasta compran las armas destinadas al crimen; sabiéndose ésto ciertamente. El infeliz á quien se proyecta asesinar, que se halla en el estado de alarma que es de suponer, así como su familia y vecinos, trata de evitar la desgracia que se le viene encima, y, en tal apuro, acude al Juez de instrucción á fin de encontrar alivio á su quebranto. ¿Y qué sucederá? Pues que el Juez no podrá remediarle, porque no tiene medios dentro de la ley, para castigar aquellos criminales propósitos; y dará á entender al atribulado sujeto, que hay que esperar á que el delito, de algún modo, se realice, para que pueda intervenir el Juzgado. Sólo encargará á la policía, que vigile á los malhechores; pero como el estado de la policía en la mayor parte de las poblaciones de España, por desgracia, no es muy bueno, y, aunque lo fuera, no sería posible mantener constantemente á uno ó varios de sus individuos al lado del sujeto en cuestión, y al de otros muchos que se hallasen en el mismo caso, claro es que aquel se encontraría al fin, desamparado en medio de la sociedad, y expuesto á morir á manos de los que habían proyectado su muerte.

Este estado de derecho no puede, seriamente, mantenerse; siendo preciso que se castiguen los actos preparatorios de los crímenes, á fin de asegurar la tranquilidad á las personas honradas, y de evitar la social alarma. Claro es que las penas que se señalen á estos actos preparatorios deben ser, generalmente, de poca importancia; pero la bastante para contener á tiempo al criminal,

en su funesta carrera.

Nosotros crearíamos un delito especial, *sui generis*, con los actos preparatorios, salvo los de algunos crímenes muy graves, contra el Estado, la sociedad ó los individuos, porque, en estos casos, deberían pensarse de un modo particular.

Nuestro Código, que es contrario á que se penen los actos preparatorios referidos, exceptúa, sin embargo, dos: *la conspiración y la proposición*; pero sólo los castiga, según el artículo 4.º, en los casos que, especialmente, expresa, como en los delitos de traición, Lesa Magestad, rebelión y sedición.

La reforma, que, en este punto, ha introducido el Código de 1870, ha sido poco conveniente. El de 1850 penaba en todos los casos, como era justo, la conspiración y la proposición, eximiendo, sin embargo, de toda pena al que desistía de esos actos preparatorios, dando parte y revelando á la Autoridad pública, el plan y sus circunstancias, antes de haber comenzado el procedimiento.

El Código vigente modificó, de un modo esencial, y sin fundamento á nuestro juicio, ese precedente; y consideramos poco razonables los aplausos de algunos comentaristas para esa modificación. No comprendemos, sin duda por lo deficiente de nuestro juicio, la razón ó el motivo que justifique el que, conforme al Código actual, sea delito la conspiración y la proposición para coartar, á un Ministro de la Corona, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales, y que la proposición ó conspiración para cometer un parricidio, no constituya ninguna infracción criminal.

Pasando ya á los actos de ejecución, constitutivos de cada delito determinado, *essentialia propria*, nuestro Código distingue *el delito consumado, el frustrado y la tentativa*, citándolos en este orden, inverso á su natural desarrollo; lo cual, aunque insignificante, es una falta en la exposición, de igual naturaleza que el defecto, en que también incurre, de ocuparse en los actos preparatorios ya citados, con posterioridad á estos otros estados de la delincuencia.

Para nosotros sería más justo y conveniente, que, á semejanza de lo que sucede en algunos Códigos extranjeros, como el de Alemania, la clasificación se redujera á sólo dos estados, el de *tentativa* y el de *consumación*; pero entendiéndose que el delito se halla consumado, perfecto, *delictum perfectum*, cuando el criminal hizo todo cuanto él creyó debía hacer, como indispensable, para realizar la volición criminosa.

El delito, contrario al orden ético y jurídico de la vida, sólo se halla en la voluntad, en la intención de violar un precepto del Derecho; y, desde el momento en que esa intención ó determinación de la voluntad, hacia el fin concebido por el criminal, se manifiesta, habiendo practicado éste, todo cuanto podía hacer para lograr su objetivo, es claro que el delito se perfeccionó, se realizó, llegó *ad summum* su perversidad, respecto á la infracción concreta de que, en cada caso, se trate; aunque el propósito no lo hubiere conseguido, porque la Providencia hubiese velado por la víctima.

El estado moral del delincuente, es igual cuando su mal propósito se frustra, que cuando logra su objetivo; su maldad, la misma, pues ha recorrido todo el *iter criminis*, y, por lo tanto, necesita para su corrección, la misma cantidad de pena; y el interés social ha menester, para su reposo y para la seguridad pública, que se imponga idéntico castigo, en un caso que en otro. La excepción que el Código establece en el artículo 137, en donde se equiparan el delito frustrado y el consumado de traición, debiera convertirse en la regla general.

Ocupándonos en la definición que consigna el Código de la *tentativa* y de la *frustración*, diremos que es viciosa, en nuestro concepto; y su resultado es el que se produzcan verdaderas monstruosidades.

Un hombre, por ejemplo, tiene el pensamiento de hacer descarrilar un tren, al pasar por un peligroso puente, á fin de producir una catástrofe. Con tal objeto, pone un obstáculo cualquiera

en la vía, el cual, considera él, es bastante para el descarrilamiento; y se pone á observar los efectos de su inicuo plan. Llega el tren, y, al acercarse al obstáculo, pasa sobre él, sin dificultad y sin producirse desgracia, ni daño alguno, porque aquel obstáculo no era, por su tamaño ó naturaleza, suficiente para el descarrilamiento proyectado.

Otro hombre se propone envenenar á un convecino suyo, y, con tal fin, y después de varios actos al intento realizados, logra que éste se beba el líquido, que el criminal conceptuó le produciría la muerte; pero, por una feliz circunstancia, lo que aquél creía un veneno, no era tal, y la víctima se salva.

¿Constituyen los dos ejemplos citados infracción criminal? Las personas más ignorantes, todos los que tengan³ siquiera en su espíritu y en su corazón, las nociones mas rudimentarias de lo justo y de lo injusto, responderán, sin vacilación ninguna, que esos hechos son constitutivos de crímenes, que exigen un pronto y grave castigo. Pues bién, estos hechos son, con arreglo al Código, completamente lícitos, por cuanto los actos de ejecución, realizados por el criminal, no eran *por su naturaleza*, tales que *debieran producir* el delito.

De modo, que esos gravísimos atentados quedarían impunes: y el que no consiguió, en dicha ocasión, la muerte de aquellos viajeros, en otra, ya pondrá mas cuidado y causará un centenar de víctimas; y el que se equivocó en el líquido propinado, ya otra vez, aleccionado por la experiencia propia, dará el golpe más certero. En nuestro sentir, debe, pues, con toda urgencia, reformarse esa viciosa redacción, expresándose terminantemente, que hay *conato punible*, en todos los casos en que el culpable practica actos de ejecución que, *en concepto del mismo delincuente*, debieran producir el delito.

XII

DE LAS LEYES ESPECIALES

El artículo séptimo del Código Penal, establece que no quedan sujetos á las disposiciones del mismo, los delitos que se hallen penados por leyes especiales.

La mayor parte de los tratadistas consideran esta separación, como una cosa natural y conveniente; pero, á nosotros, no nos han convencido las razones que, en apoyo de esa disposición, se dan.

Se reconocen, sin dificultad, las ventajas de poseer un sólo Código, completo y uniforme; y, sin embargo, se establecen excepciones, que no nos parecen muy fundadas. Tanto en el Código, como en las leyes especiales, se habla de acciones y omisiones penadas por la ley; y siendo delitos lo mismo las comprendidas en el primero, que las que se contienen en las segundas; hallándose dentro del propio concepto, no había necesidad de esta separación, que hace mas difícil, y, á veces, casi imposible, el conocimiento completo de todas las leyes penales que nos rigen.

Nosotros creemos que el legislador debe proceder de modo, que los que han de cumplir sus preceptos, tengan posibilidad y facilidad de aprenderlos. Si la ignorancia de la ley penal, cuando á ésta se falta, no exime á nadie de castigo, ¿cómo se concibe que no se procure reunir, en un sólo Código, cuantas disposiciones de aquel caracter existan en una nación, á fin de que fácilmente puedan ser entendidas y cumplidas?

«Son tantas y tan variadas las leyes penales que no están en el Código,—decía el Sr. D. Emilio Brabo, digno Presidente que fué del Tribunal Supremo, tratando de esta materia,—ya porque se han promulgado después, ó ya porque dimanen de disposiciones especiales, y como están naturalmente contenidas en diver-

sos volúmenes, se comprende que no se tengan á la mano siempre, y *en ocasiones hasta que se ignore su existencia.*»

Y si hasta á los jueces y abogados puede ocurrirles que ignoren la existencia de algunas de las leyes especiales, según las palabras expuestas, ¿qué no habrá de suceder á la inmensa mayoría de los españoles, que tienen que cumplirlas?

Se dice, para justificar esa separación, que el carácter de las leyes especiales es de naturaleza variable, y que, acerca de esos hechos criminosos, aún no están conformes los jurisperitos ni los políticos; pero ¿tan permanente es la existencia de un Código Penal? ¿No lleva el del año de 1848 tres reformas, y ya es muy necesaria la cuarta, por el carácter eminentemente científico y variable de esta clase de legislaciones, en el periodo histórico por el que atravesamos? ¿Y no se observa que algunos delitos especiales, como los de contrabando y de montes, parten de fecha muy anterior á la ley común, ó sea de los años 1830 y 1833 respectivamente? Y tocante á que no hay conformidad de opiniones entre los letrados y políticos, sobre el contenido de los delitos especiales, ¿la hay, acaso, acerca de todos los hechos criminales comprendidos en el Código común?

A nuestro juicio, no debiera haber mas que dos clases de delitos especiales: una, la concerniente á los militares; pero circunscriptos á lo que únicamente tenga verdadero carácter militar, y su objeto sea la conservación de la disciplina del Ejército, y su seguridad en tiempos de guerra; y la otra es la referente á leyes penales publicadas con posterioridad al Código, sin perjuicio de incorporarlas á éste, en la primera reforma que del mismo se hiciera.

Pero de nuestra legislación especial, las leyes que conceptuamos de incorporación más necesaria, son las electorales. Tan permanentes son estas leyes en su parte penal, como la Constitución misma en que tienen su fundamento. Podrá haber entre los hombres de Estado, entre los políticos y entre los jurisperitos, di-

ferencias de criterio, respecto á la mayor ó menor extensión del derecho electoral, y á otras varias cuestiones que, acerca de la forma de practicar ese derecho, se susciten; pero ¿quién puede dudar de que todas las opiniones no estén conformes, tocante á la precisión de garantizar la verdad del sufragio?. ¿Cómo no ha de haber opiniones unánimes en lo relativo al concepto fundamental de este delito, y á lo indispensable de castigar, con la severidad merecida, las falsedades, las coacciones y demás infracciones jurídicas, que en las elecciones se cometen con tanta frecuencia?.

De ordinario se cree por el vulgo, y hasta por personas relativamente ilustradas, que todo es lícito en materia de tanta gravedad, sin duda á causa de dolorosísimas experiencias, que todos hemos podido presenciar en periodos electorales. Mas hay que rectificar este error, y empezar por dar más seriedad á esos graves delitos, incluyéndolos en el Código de mayor respeto en la opinión pública, y encerrando en el mismo, todo lo que hay de permanente, de substancial, en esta clase de crímenes. Así imitaríamos, en esto, á los Códigos de otras naciones, como el de Portugal y el de Hungría.

De todas maneras, si prevalece el criterio, poco acertado en este punto, del Código, no debiera usarse de los términos vagos que emplea el artículo 7.º Por el contrario, para que no pudiese haber dudas respecto á las infracciones que habrían de considerarse como delitos especiales, deberían éstas determinarse en el dicho precepto, citándolas expresamente, con expresión de las fechas de las disposiciones que las regulan.

Asimismo, en dicho caso, creemos debiera añadirse al artículo últimamente citado, un segundo párrafo, mandándose en éste que, en todo lo que no estuviera expresamente prevenido, en cada una de las respectivas leyes especiales, se aplicasen las disposiciones del Código.

XIII

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE INIMPUTABILIDAD

Al definir el delito, consignamos que, en nuestro concepto, debiera definirse la infracción criminal, con las siguientes palabras: *acción ú omisión intencional, inteligente y libre, penada por la ley.*

Aceptada esta definición, podrían en la práctica resolverse por los Tribunales, todas cuantas cuestiones se presentan, á diario, en el foro.

Con sólo apreciar, en cada hecho concreto, si el acto se había realizado con los tres requisitos de *intención, libertad é inteligencia*, se podría con sencillez y la debida amplitud, hacer la determinación de si era ó no constitutivo de delito, y de si, á su autor, debería ó no sujetársele á la responsabilidad criminal.

Con tal definición, ni necesidad habría de fijar en el Código las causas eximentes.

Pero aquél, bajo el impropio nombre de *circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*, comprende, en su artículo 8.º, así las causas que legitiman ó justifican el hecho en sí mismo, en las que no existe crimen, ni por tanto intención contraria al derecho, como las otras eximentes, que sólo se fundan en la falta, en el autor, de los requisitos concernientes á la capacidad criminal.

Nosotros, atendiendo á los tres elementos de la repetida definición, dividiríamos en otros tantos grupos, las indicadas causas eximentes.

En el primero deben ponerse, los hechos en los cuales el agente carece de *intención criminal*, carencia mediante la que aparecen aquellos como justificados ó legitimados intrínsecamente. Tales causas son: la defensa propia ó ajena, con las condiciones lega-

les; la de producir daño en la propiedad de otro, para evitar un mal mayor que el causado, en los términos que la ley establece; la de realizar un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo, al ejecutar un acto lícito con la debida diligencia; la de obrar en cumplimiento de un deber, ó en el ejercicio legítimo de un derecho oficio ó cargo; la de obediencia debida; y la de incurrir en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.

En el segundo grupo, deberían colocarse aquellas causas que suponen principalmente, falta de *inteligencia* en el autor del hecho, como la locura é imbecilidad, la de ser menor de nueve años, y la de ser menor de quince, sin discernimiento.

En el tercer grupo, deben ponerse las que se fundan en la carencia de *libertad*, como la de obrar violentado por una fuerza irresistible; y la de ejecutar el hecho, por miedo insuperable de un mal igual ó mayor.

El primer grupo corresponde á lo que generalmente se llaman causas de *justificación*; y los otros dos, á las de *inimputabilidad*.

Vamos ahora á decir varias palabras, respecto de algunas de dichas causas de exención.

Con respecto á la de la *defensa de un extraño*, en nuestro concepto debería suprimirse, por perjudicial é innecesario, el requisito legal de que no ha de hallarse el agente *impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo*.

En la forma en que está redactado, pudiera ocurrir, y ya habrá ocurrido, que no se preste el natural auxilio á un extraño atacado, por el temor de incurrir en responsabilidad, atribuyéndose á un impulso ilegítimo la defensa. Es innecesario también, en nuestro concepto, porque desde el instante en que en el juicio resultase probado, que, al defender á un extraño, se había obrado principalmente, con intención criminal, por rencor ú otro perverso instinto, claro es que el acto no podría nunca dejar de constituir delito. Esto sólo pueden apreciarlo, en cada caso, los

Tribunales.

Creemos, además, que debiera adicionarse esta causa de exención, con el justo contenido del párrafo segundo, del artículo 41 del Código Penal de Holanda, ó sea con la declaración de que *no será punible la transgresión de los límites de la defensa necesaria, cuando sea consecuencia inmediata de emoción violenta, causada por el ataque.*

Tocante á la *locura*, poco también hemos de expresar. Este asunto corresponde especialmente á la Ciencia Psico-patológica, y se halla más dentro de la Medicina, que del Derecho. Á los jueces corresponde sólo el decidir, en vista de los dictámenes periciales, si existe ó no la verdadera perturbación mental, que el Código establece, y que prive al autor de un hecho, de la conciencia de su acción.

En esto, tienen y habrán de tener una especial solicitud los Tribunales de justicia, por la tendencia alarmante hoy día, de considerar como locos ó perturbados, á todos, ó á casi todos los grandes criminales.

Respecto de este punto, suscítase cuestión entre los jurisconsultos, acerca de si la *embriaguez* debe ser ó no causa de exención de responsabilidad; habiéndose promovido muchas discusiones, dentro y fuera de España, sobre ese interesante extremo.

Para nosotros, sin embargo, la cuestión es sencilla, si no se abandonan los racionales y fundamentales principios en esta materia. Es un hecho reconocido el de que la embriaguez puede llegar á un grado tal, que el hombre que se halle en semejante estado, no tenga conciencia ninguna de sus actos, por su carencia accidental de inteligencia. Sentado esto, si es requisito esencial de todo delito, el de que el acto sea inteligente, ¿cómo, tratándose de la embriaguez, vamos á romper uno de los fundamentos de la responsabilidad, para establecer esa excepción absurda?. El hombre que se encuentra completamente ebrio, es igual al que está loco, bajo este concepto, y, por tanto, no puede menos de cometerse

injusticia, si se le imponen todos los castigos correspondientes, á los actos que, en dicho estado, realice.

Justa la ley 6.^a, título 2.^o de la Partida 7.^a, declaró irresponsable al embriagado, porque obraba *estando desapoderado de su seso*.

Pero cuando la perturbación causada por la embriaguez, no sea completa; cuando el hombre ebrio no haya perdido del todo la conciencia de sus acciones, y tenga todavía en su espíritu, alguna luz intelectual, entonces no será causa de exención la embriaguez, pudiendo sólo atenuar el acto criminoso.

Puede, además, ocurrir el caso de que el individuo que haya resuelto cometer un crimen, se embriague como medio para realizarlo. Si tal sucede, creemos justo que sufra la pena correspondiente al delito; porque la intención criminal existió, y, para perpetrar el atentado, puede decirse que se dió á sí mismo por instrumento, en su estado de embriaguez.

En resumen, nosotros opinamos que respecto de la embriaguez completa, no cabe duda de que debe eximir de la responsabilidad correspondiente al delito cometido; pero, en este caso, corresponde castigar la violación criminal efectuada, como cometida por imprudencia. Además, en esta clase de embriaguez, penaríamos, según queda expuesto, al autor, con la pena correspondiente al hecho criminoso realizado, cuando conste que se habla embriagado con el propósito ya formado, de realizar el crimen.

Cuando la embriaguez no fuese completa, y además no habitual, ni buscada de propósito, deberá estimarse como circunstancia atenuante.

Respecto de la embriaguez, considerada en sí misma, creemos que no debe ser conceptuada delito, apartándonos, al pensar así, del respetable criterio de Pessina y de otros juristas; por cuanto aquel concepto pugnaría, no sólo contra todos los hábitos y costumbres del pueblo, y nos llevaría á que las cárceles estuvieran siempre llenas de borrachos, y no hubiera Tribunales bastantes para despachar procesos, aunque se duplicasen, sino porque en

tendemos que es suficiente sanción el penarla como falta, según lo establece hoy nuestro Código, en su artículo 589, párrafo 3.º. Lo que nosotros haríamos, sería dejar la multa de 5 á 25 pesetas que el Código fija, para la primera vez que un hombre se embriagase; y, para las sucesivas, la elevaríamos hasta quince días de arresto menor, que podría aumentarse hasta un mes, si al embriagado se le encontrasen armas, aunque no las hubiese sacado. En el caso de llevar armas, aunque se tratara de una primera embriaguez, en vez de dicha multa, debería imponérsele, en nuestro concepto, hasta quince días de arresto.

De este modo, conociendo los que tienen este vicio, la corrección á que se expondrían si llevasen armas, dejarían éstas, la mayoría de ellos, en sus casas, antes de ir á las tabernas; y puede asegurarse que así se disminuirían los crímenes de lesiones y homicidios, cuya mayor parte, en España, tiene por origen el exceso en la bebida alcohólica.

Además, impondríamos también una multa de 25 á 50 pesetas, al dueño de todo establecimiento de bebidas, en donde se hallase un hombre embriagado.

Asimismo suprimiríamos las palabras *perturbación y escándalo*, que contiene el expresado precepto legal y, declararíamos punible, en el modo indicado, toda embriaguez, con sólo que fuese pública.

Debe igualmente establecerse en la ley, que la *sordo-mudez* es causa de exención, cuando los sordo-mudos carecen del discernimiento necesario, para conocer la criminalidad de sus actos, según lo hacen otros Códigos europeos, como el de Hungría, en su artículo 88.

Respecto á si el *sonambulismo*, considerado como circunstancia eximente en nuestro Código de 1822, el *hipnotismo*, el *histerismo*, la *epilepsia*, la *anemia* y demás estados en que pueda existir anormalidad patológica de la razón, deben entenderse ó no como motivos de exención de responsabilidad, sólo diremos que, en nuestro concepto, no pueden establecerse reglas generales; pero, en ca-

da caso concreto, siempre que se probara debidamente que el agente, cualquiera que fuese la causa productora, había obrado en un estado completo de perturbación mental, es indudable y justo que debería declararse su irresponsabilidad.

Para concluir este importante punto, diremos que, en nuestra opinión, debiera establecerse en la ley, que no sólo son causas de exención las que la misma señala, sino, además, cualquiera otra, en que el agente carezca enteramente, de intención, ó de inteligencia, ó de libertad.

XIV

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN Ó AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

Siendo necesario proporcionar la pena á la gravedad ó levedad del delito, y correspondiendo establecer ésta proporción á los Tribunales, según ya tenemos expuesto, claro es que á éstos pertenece, en nuestro concepto, el decidir respecto á la existencia y al valor de las *circumstantiæ delictorum*. La facultad, en el Juez, de agravar ó atenuar la pena legal, dentro de límites racionales, ya fué reconocida por Ulpiano, cuando dijo: *Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviolem, vel leviolem, ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat.*

Reconocida esta facultad en los Tribunales, no habría necesidad de redactar esa larga lista de circunstancias *atenuantes y agravantes*, que aparece en algunos Códigos, la cual podría omitirse, como la omiten los de Hungría y Holanda.

El nuestro sigue la regla general, de establecer las circunstancias, que considera necesarias, para que se atenúen ó agraven las penas, y por ello no le censuraríamos, si hubiera dado á esta interesante materia, la amplitud que es conveniente.

La primera de las atenuantes que consigna la ley, es la de que la atenuación existe cuando aparezca una eximente de las ya referidas, que no contenga los requisitos necesarios, para librar al agente de toda responsabilidad criminal.

Nosotros creemos, como creen los Sres. Pacheco, Groizard y Viada, que esta circunstancia, por la generalidad de los términos en que la expresa el Código, se refiere lo mismo al estado de perturbación mental, cuando éste no es completo, que á la obediencia, cuando no es enteramente debida.

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, no ha entendido el precepto legal como nosotros, y ha excluido del mismo, así la *locura* como la *obediencia*; y como este punto es importante, convendría hacer en el Código las necesarias aclaraciones.

Para nosotros es indudable que, ni la locura ni la imbecilidad, están sujetas al estado único de carencia completa de funciones intelectuales.

Todo, en esta vida, está sometido á lo más y á lo menos; las enfermedades difieren en intensidad, y, sin ser muy versados en ciencias médicas, puede racionalmente afirmarse, á nuestro juicio, que las perturbaciones de la mente, ya se trate de locura por *impotencia*, ya por *perversión*, no todas tienen un mismo grado, y que, en algunos casos de locura, la inteligencia y la voluntad no se hallan anuladas por completo, quedando al agente, como en la embriaguez imperfecta, cierta conciencia, aunque débil, de sus actos.

En todos estos casos, ni sería justo declarar al agente exento de toda pena, ni tampoco dejar de atenuar la responsabilidad contraída, en un estado en el que el hombre no es dueño enteramente de sí. Por eso creemos que la *locura imperfecta*, está comprendida en ese primer precepto legal.

El ilustre jurista D. Francisco Silvela, parece se halla conforme con nuestro modesto criterio, cuando, en su notable proyecto de Código, consigna que es motivo de atenuación, el ejecutar el

hecho en cualquier estado excepcional morboso, que disminuye en el agente el imperio de la voluntad, sin privarle por completo de la conciencia de delinquir.

Tocante á la *obediencia*, también es, en nuestro concepto, injusto, que, al hombre que ha obrado en la ejecución del hecho criminal, cumpliendo órdenes de una persona ó jefe, al que está subordinado, no le sirva de atenuación esta obediencia, en el caso de que no fuese debida. El mismo proyecto del Sr. Silvela, cuyas disposiciones relativas á estos casos, deberían pasar al nuevo Código, se halla conforme con lo que dejamos sentado, estableciéndose, en dicho proyecto, la atenuación de la pena, para cuando se obre en virtud de obediencia, que carezca de los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad.

Por último, la redacción dada á la circunstancia octava del artículo 9.º, no es, á nuestro juicio, conveniente, y debe, por tanto, desaparecer. Como aquella se refiere sólo á cualquiera otra circunstancia de *igual entidad y análogas á las anteriores*, nuestra jurisprudencia, ciñéndose á la letra de la ley, no ha considerado como motivos de atenuación, ni *la buena conducta anterior* del procesado; ni *la retractación*, en el falso testimonio, ó en la injuria y calumnia; ni *la sordo-mudéz*, ni otras asimismo importantes.

Debe, pues, en nuestra opinión, ampliarse la lista legal de las atenuaciones á todos esos casos; y, además, á *la confesión espontánea* del crimen, cuando indique arrepentimiento y no se haga alarde de aquel; á *la reparación voluntaria* del daño; al *mandato ó consejo* del ascendiente, tutor, maestro, ó amo, y á *la presentación voluntaria* á las autoridades.

Debiera redactarse el repetido precepto legal, en la justa forma en que lo hace el repetido Sr. Silvela, en su proyecto, la cual es así: *cualesquiera otras circunstancias anteriores, simultáneas ó posteriores á la ejecución del delito, que, á juicio del Tribunal, disminuyan la entidad del mal ocasionado, ó demuestren en el delincuente, menor perversidad que la propia del delito.*

Expuestas ya las ideas generales, que hemos estimado necesarias, acerca de los motivos de atenuación, pasemos ahora á ocuparnos, en consignar algunas observaciones, respecto á las causas de agravación de la penalidad.

En el grupo de estas circunstancias, debemos fijarnos principalmente en la *reincidencia*. Esta es materia muy debatida entre los juristas; y si bien ha tomado carta de naturaleza en los Códigos, no dejan de ser importantes las razones dadas por Carnot, Gesterding y otros escritores para impugnarla, partiendo de la base de que, habiendo sido ya expiado el primer delito, habiendo sido ya castigado el delincuente, no hay razón para agravar la pena del segundo hecho, en consideración á otro anterior. La opinión de Rossi, sin embargo, basada en la mayor perversidad del criminal reincidente, que la del que no lo es, ha prevalecido en la legislación.

No estamos, con todo, de acuerdo, en la extensión que nuestro Código da á la reincidencia, pues debiera circunscribirse á un tiempo prudencial, como hacen las principales legislaciones extranjeras, y no darse tanta generalidad á los hechos anteriores determinantes de la reincidencia.

Porque, en efecto, no parece justo que un delito cometido hace quince ó veinte años, durante los cuales debe suponerse se ha seguido una buena conducta por el delincuente, sea bastante para agravar la penalidad de otro realizado después de tan larga fecha. Ni tampoco es justo que al reo, por ejemplo, de sustracción de un menor, se le imponga mayor pena, á causa de que, algunos años antes, haya sido castigado por allanamiento de morada.

Respecto al tiempo dentro del que cabe apreciar la reincidencia, diremos que nos parece acertado el periodo de ocho años que establece el Código Portugués, en su artículo 35; y en lo relativo al género de infracción criminal necesaria, para que determine el concepto de reincidencia, en otra posterior, cometida dentro de aquel periodo, creemos que el primer delito debe ser de *naturale-*

za igual á la del segundo.

Es también justo que se establezca, que, para los efectos de la reincidencia, no deben los delitos por imprudencia cometidos, ser apreciados.

Además, hay que hacer una observación, que estimamos igualmente justa. Si existe razón para agravar la pena, en la primera reincidencia, ¿porqué no ha de haberla también para una nueva agravación progresiva, en las reincidencias posteriores, que suponen una mayor perversidad en el delincuente? Para los criminales que se hallen en este caso excepcional, se hace preciso una excepcional pena; y, con tal objeto, es indispensable, asimismo, dar á los Jueces la debida latitud, si el castigo ha de proporcionarse, á la malignidad del autor de la infracción.

El Congreso Penitenciario, que debe tener lugar en Paris en el año próximo venidero, (1) se ocupará probablemente en esta materia, por ser uno de los puntos señalados para la discusión; y confiamos en que habrá de coincidir la ilustración de los notables individuos que lo compongan, con las modestas opiniones, que, más arriba, quedan ligeramente consignadas.

Antes de terminar este interesante punto, diremos que las corrientes de la reforma penal se inclinan, en España, en la dirección de nuestro criterio, como lo prueba el contenido de las bases séptima y novena del Proyecto de ley, remitido por el Senado al Congreso de los Diputados, con fecha de 28 de Febrero de 1887, acerca de la indicada reforma.

La primera de dichas bases, dice así: «Se concederá á los Tribunales la amplitud necesaria, dentro de límites fijos, para que puedan imponer las penas correspondientes, según las circunstancias que concurran en los hechos punibles y condiciones individuales de cada delito.»

La novena, se expresa de este modo: «La reincidencia dejará

(1) Esta Memoria ha sido redactada en Octubre de 1894.

de considerarse como una mera circunstancia agravante; y según su repetición y las condiciones de los reincidentes, serán éstos castigados con penas distintas de las señaladas, para cuando no exista la reincidencia.»

Antes de terminar este punto, diremos, también, que es tal la viciosa redacción, que á esta circunstancia da el Código, que hasta puede ocurrir, y ya ha ocurrido en muchos casos, para desgracia de buen número de procesados, que se considere reincidente á un criminal, al dictarse sentencia, fundándose esta reincidencia en la comisión de un delito posterior, al que diera lugar á dicha sentencia. Esto ocurre siempre que la causa, correspondiente al segundo delito cometido, se falle antes de la correspondiente al primero. Ello reclama, pues, pronto y eficaz remedio.

Una de las circunstancias agravantes, que el Código establece, es *la vagancia*; y no estamos conformes con este precepto. El Código de 1822, rompiendo, en este punto, con el antecedente de la Novísima Recopilación, no trató de la vagancia; pero el de 1848, hizo de ella un delito especial, que dejó subsistente la reforma de 1850. Los legisladores de 1870 comprendieron que no podía subsistir tal delito, y adoptaron un criterio que, sin duda, un término medio les pareció, creando esta circunstancia agravante.

Hay quienes alaban aquella creación; pero, á nosotros, no nos parece justa.

Que el hombre tiene el deber de trabajar es indudable; pero el no cumplir ese deber, como el no cumplir otros, cuya omisión no causa lesión directa á persona alguna ¿puede, por ventura, en buenos principios, ser considerado como delito? ¿Dónde está, en el hombre que no trabaja, esa intención criminal, esa perversidad, esa *voluntas sceleris*, necesaria en el autor de un delito?

Y si no ha sido considerada la vagancia, en el Código actual, como delito, porque esto sería opuesto, en nuestra opinión, á la libertad natural del hombre, y á los elementales principios de derecho, ¿qué fundamento puede tener el estimarla como agravante,

si no tiene ninguna relación con el delito, ni acusa mayor ó menor perversidad en el culpable, ni, en fin, tiene analogía con las demás circunstancias de esta clase? ¿Y cómo puede ser justo que, en algunos casos, por sola esa circunstancia, se vean los Tribunales en la necesidad de aplicar al delincuente la pena de muerte, dado el mecanismo desacertado de nuestro Código?

La *vagancia*, que ya ha desaparecido como delito, debe desaparecer, también, como circunstancia agravante, mayormente cuando las clases inferiores, si muchas veces no trabajan, es porque no encuentran donde trabajar.

Este es asunto propio de la vigilancia de la policía; mas no tiene, á nuestro entender, intrínsecamente, ninguno de los elementos necesarios para ser estimado, ni como delito, ni como circunstancia agravante.

De todas maneras, el concepto que el Código da de la vagancia, igual al contenido en el artículo 258 del de 1850, es poco exacto, como ya lo demostró Pacheco en sus excelentes comentarios. La vagancia envuelve la idea de andar errante, de *vaguear*, de no tener casa, ni constante residencia, y, por lo tanto, es poco acertado el que se considere en la ley como *vago*, hasta al hombre casado y con domicilio fijo, si no tiene modo conocido de subsistencia.

Antes de concluir esta materia, debemos consignar que entendemos convendría también, establecer como motivo de agravación, la *ingratitude*, esto es, cuando se realiza el hecho criminal contra persona, de quien el delincuente hubiese recibido [beneficios; y, como no pueden preverse todos los casos posibles de agravación, daríamos á los Tribunales la facultad de apreciar cualquiera otra circunstancia, que entiendan sea demostrativa de mayor perversidad en el criminal, ó aumente el mal ocasionado por el delito; concediéndose, á esos Tribunales ordinarios, la misma justa facultad, que, á los jueces militares, otorga el párrafo 1.º del artículo 173, del Código de Justicia Militar.

Respecto á las circunstancias llamadas *mixtas*, porque unas veces pueden ser atenuantes y otras agravantes, como la del parentesco y la de ejecutar el hecho por medio de la imprenta, creemos que deben separarse de las que sólo son agravantes, entre las que se hallan actualmente, formándose con ellas grupo aparte, y estableciéndose que los Tribunales pueden apreciarlas para agravar ó atenuar la penalidad, ó *dejar de estimarlas*, en uno ó en otro concepto.

XV

DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS

Al tratar de esta materia, se presenta desde luego una cuestión, que debe resolverse en la ley, porque, en la práctica, suele dar lugar á bastantes dificultades. Nos referimos á la determinación de si la individualidad humana, es sola la que puede ser sujeto de la violación criminal, ó si puede serlo también la persona colectiva, como las sociedades y corporaciones.

Dentro del terreno de los principios, esa cuestión no ofrece ya dificultad. La mayor parte de los tratadistas siguen, en este punto, la doctrina de Feuerbach, que, muy acertadamente, dijo: *sólo el individuo es sujeto posible del crimen, no una persona moral, una universitas; porque si una corporación, sólo á causa de su fin determinado, subsiste como persona moral, los individuos no obran como sociedad, cuando obran, no para el fin de la asociación misma, sino para un fin diverso.*

En efecto; la sociedad sólo tiene personalidad jurídica en cuanto su fin es lícito, permitido por la ley. No hay, en ella, esa unidad de conciencia y de voluntad, que se necesita para cometer un delito. Si algún socio viola el derecho, de un modo criminal, sólo él

puede justamente ser responsable de sus actos, pues que esa violación se sale, por completo, del círculo lícito de la asociación. *Singulorum proprium est maleficium*. La sociedad podrá ser disuelta legalmente; pero esta disolución no debe conceptuarse como pena impuesta á la personalidad colectiva; sino como consecuencia de la infracción individual realizada, y del castigo aplicado á los socios delincuentes. Podrá haber (y desde luego las ha habido y las hay) asociaciones de malhechores; mas éstas no son de existencia legal, sus individuos son castigados por el sólo hecho de constituir las, y responden, ante la ley, cada uno de sus propios actos.

Como nuestro Código guarda silencio acerca de extremo tan interesante, precisa que, en el nuevo, se consigne, de un modo expreso, que sólo puede ser sujeto activo de los delitos y faltas, la persona individual.

De este modo, no se procederá criminalmente, como ya se ha procedido, contra entidades colectivas.

Pasando ahora á fijarnos en las personas que dicho Código declara responsables, tenemos que el artículo 11 sujeta á responsabilidad punible, á los *autores*, á los *cómplices* y á los *encubridores*.

Al tratar de los autores, la ley, además de los de ejecución ó *materiales*, declara responsables criminalmente, á los *autores morales*, ó sea á los que *inducen directamente* á otros, á ejecutar el delito.

El Código aquí se aparta de su primer sistema. Con anterioridad, hemos visto que parece que no quiere se penen más actos preparatorios que la *proposición* y la *conspiración*, y eso en los casos expresados por la ley; pero ahora, lo mismo que al tratar de los cómplices, ya sigue ideales más justos, y pena la *inducción*, que, al fin y al cabo, no puede ser otra cosa que un acto preparatorio moral.

Pero la *inducción*, que puede realizarse, ya por medio de una orden, ya por pacto, ya por consejo ó instigación directa, puede

en nuestro concepto, considerarse en dos principales casos: el primero es, cuando la inducción tiene tal fuerza moral y naturaleza que, apoderándose, por completo, de la voluntad de un individuo, le impulsa y determina á la realización del acto querido por el inducidor. El segundo caso de inducción tiene lugar, cuando el instigador consigue influir en la determinación criminal del inducido; pero no es causa, sino *concausa*, de la determinación, por cuanto éste, en la violación jurídica, ya obraba también por propios impulsos ó intereses.

El caso primero no cabe duda de que está penado en nuestro Código; pero nuestra jurisprudencia parece no ha dado más alcance que ese al precepto legal, pues que, según aquella, para que la inducción sea punible, es preciso, no sólo que sea directa, sino que, además, sea de tal modo influyente en la acción criminal, que, sin ella, no se hubiera ejecutado.

Mas ¿y el segundo caso? ¿Qué sucede cuando la inducción ha servido de *concausa* moral para la perpetración del delito, y no de única causa del atentado?. Este punto, á nuestro juicio, no está aclarado en la legislación, como debiera estarlo, y como lo está en el vigente Código Penal Italiano, en su artículo 63 y en el Portugués, párrafo 1.º del artículo 22.

Nosotros creemos que debería redactarse el número 2.º del artículo 13 de nuestro Código, separando los dos conceptos que contiene, de *fuerza y de inducción*; y el relativo á este último extremo, pudiera, á nuestro juicio, formularse, para la clara comprensión de los dos casos de inducción expuestos, en esta ó análoga manera: *Son también autores los que directamente, por medio de actos, palabras ó discursos, orales ó escritos, en reunión pública ó privada, inducen, á una ó á varias personas, á la ejecución de un delito ó falta señalado; siempre que la inducción se haya hecho de un modo que, con toda claridad, manifieste el propósito punible del inductor, y, además, dicha inducción sea influyente, como causa ó como concausa, en la determinación criminal del inducido.* Esta redacción,

creemos, evitaría el que, por meras palabras ó consejos sueltos ó generales, y sin verdadero propósito de delinquir, pudiera nadie ser sometido á proceso; por cuanto los términos de aquella, abrazan todos los conceptos de la *inducción*, á saber: 1.º actos ó palabras directas; 2.º determinación de un delito en concreto; 3.º que el propósito del inducidor sea claramente conocido; y 4.º que sus actos ó palabras, orales ó escritas, influyan, como causa ó concausa, en la resolución del autor material del delito.

Estableceríamos, también, por estimarlo justo, que los autores por inducción, sólo son responsables de los actos á que aquella se haya concretado; que es punible, aunque la acción criminal no se hubiese realizado, por causas independientes de la voluntad del instigador; y que, si antes de que se diese comienzo á la ejecución del acto criminal, aquel la impidiese, quedaría exento de pena.

Con respecto á la penalidad, no pudiendo establecerse *a priori*, si la perversidad, es mayor en el autor moral que en el material de un hecho criminoso, sin conocer este hecho, pues en unos casos la malignidad del que ejecuta será superior y en otros inferior á la del que induce, creemos que es necesario aquí conceder también una gran amplitud, á los Tribunales, para aplicar la pena justa.

Para concluir lo que nos ha parecido oportuno indicar, en esta materia, diremos que es ya opinión general, y debe llevarse á la práctica, la de que el *encubrimiento* envuelve un concepto distinto del de la codelincuencia, y debe pensarse aparte, como delito especial. No se concibe, en efecto, lógicamente, que habiéndose ya realizado el delito, cuando aparece el *encubridor* en escena, pueda afirmarse, como lo hace el artículo 18 del Código, que dicho encubridor *interviene* en el acto criminal, siendo así que el responsable del encubrimiento, puede hasta haber ignorado la existencia del delito, mientras éste se estaba cometiendo. De ahí es que dice, con mucha razón, el ilustre Pessina, que es imposible

un concurso posterior al delito, porque la esencia de la causa está en preceder al efecto.

XVI

DE LOS DELITOS Y FALTAS COMETIDOS POR MEDIO

DE LA IMPRENTA

La libertad de la prensa, declarada en virtud de los grandes esfuerzos de Mirabeau, por la Asamblea nacional francesa, en 1789, y considerada por Mr. Thiers como *la primera de las libertades necesarias*, ha pasado por un verdadero calvario, hasta llegar al afianzamiento de aquella racional declaración, escrita ya hoy en nuestros Códigos constitucionales. Necesaria consecuencia de la libertad natural del humano pensamiento, mediante ella se cumple hoy día, en lo político, aquel ideal de Cicerón: *Seu, denique, scriptum in fronte uniuscujusque civis, quid de republica sentiat.*

No cabe dudar de que, á veces, la prensa periódica especialmente, comete excesos, hijos de los apasionamientos de la lucha diaria; pero esos excesos pueden corregirse, dentro de los términos justos, y siempre resultan insignificantes al lado de las inmensas ventajas, que, á causa de su libertad, reciben las sociedades modernas. La prensa libre es el vehículo de la ilustración y del progreso, llevandolo hasta el último rincón de los pueblos: contribuye poderosamente al adelantamiento de las ciencias, de las artes, de la industria y del comercio: procura, con su crítica, el mejoramiento de las leyes y costumbres: es el defensor permanente y diario de nuestros derechos, y el mayor freno que puede oponerse á los abusos de las autoridades y funcionarios del Estado. Con todos sus defectos, que reconocemos, aceptamos la libertad amplia de la prensa, lo mismo la del libro que la del pe-

riódico, por estimarla enteramente necesaria, en las sociedades modernas. Nosotros no pertenecemos á ningún partido político, y nuestras ideas no pueden ser á nadie sospechosas.

Derogada la ley de 7 de Enero de 1879, por la de 14 de Julio de 1883, han desaparecido los delitos especiales de imprenta, reconociéndose justamente que ésta, en caso de violación criminal, es sólo un medio para cometerla, pero que no puede cambiar la naturaleza intrínseca del hecho criminoso. La legislación común es la única aplicable en esta materia, viniendo el estado de derecho á ser hoy igual al que existía, cuando se publicó el Código Penal vigente.

Hay quienes creen que este estado es deficiente, que deben acentuarse los rigores contra la prensa, y que, en tal sentido, ha de dirigirse la reforma. Nosotros no somos de esa opinión, pues pensamos que están bien protegidos todos los derechos con las prescripciones de nuestro Código, en el cual no debe hacerse más reforma fundamental, en este punto, que la de los artículos 12 y 14, que son, con gran evidencia, á nuestro entender, contrarios á razón.

Y en efecto, respecto de los delitos de injuria y calumnia, son tan amplios los conceptos que contienen los artículos 467 y 471 del Código, que quedan completamente amparados los ciudadanos, contra todos los que atentan á la honra ajena. El eminente hombre público D. Antonio Cánovas del Castillo, en un discurso notable, leído en 1892, en la sesión inaugural de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, decía, hablando, aunque de paso, de este punto, *que nuestra definición de la injuria, en especial, apenas consentiría la existencia de la prensa periódica, si la pereza en unos, en otros el desdén, la falta de dinero en no pocos, para sostener procesos, que rarísima vez tocan á pobres de solemnidad, no limitasen el largo alcance de las frases penales.*

Y en lo tocante á los demás delitos, debemos decir que, ya sean éstos contra la seguridad del Estado, ya contra la Constitución,

ya contra los otros derechos de los ciudadanos, se hallan también castigados debidamente, puesto que la inducción escrita, como la hablada, es uno de los modos de delinquir.

El Código, en su artículo 12, establece que son sólo responsables de los delitos y faltas, que se cometan por medio de la prensa, los *autores* y no los cómplices. ¿Y donde está, preguntamos, la justicia de esta disposición? Para nosotros, en ninguna parte; conceptuando inadmisibles las razones que dan, en su apoyo, algunos ilustrados comentaristas; razones que se fundan en un convencionalismo que creemos injusto.

Si los delitos cometidos por medio de la imprenta, tienen la misma substancialidad que los demás hechos criminosos; si la naturaleza del medio no cambia la esencia de la volición criminal, ¿porqué se rompen los principios del derecho, y se consigna la impunidad para los que cooperan, como cómplices, á la ejecución de un crimen, por medio de la imprenta cometido? Y si lo que ha inspirado al legislador, ha sido la idea de que no resulten castigadas personas, á quienes conceptúa inocentes, ¿cómo se armoniza esto con el injusto afán, que se ve en el artículo 14, de ir buscando, á falta de autor, un responsable subsidiario cualquiera, ya sea éste el director, ya el editor, ya el impresor de la publicación?

Nosotros somos partidarios, según hemos expuesto, de la libertad amplia de la prensa; pero no podemos admitir, en beneficio de ella ni de nadie, nada que sea contrario á los principios esenciales del derecho. Esto aparte de que lo dispuesto en el artículo 14, no sólo no puede ser beneficioso para la prensa, sino que le es perjudicial.

No es eso decir que, conforme á nuestro criterio, deba dirigirse siempre el procedimiento criminal, contra los meros impresores, contra los cajistas y contra los repartidores de un periódico. Ya hemos dicho que no creemos que haya delito, sin que exista intención de cometerlo, y claro es que, no habiéndola, generalmente,

en esos individuos, no sería, en la mayoría de los casos, punible su participación en el acto criminoso.

Entendemos, pues, que en primer lugar, debe responder de un delito de esta clase el verdadero autor del artículo ó suelto punible, cosa que deben depurar los Tribunales, en cada caso determinado, para no dejarse sorprender por simples apariencias, ni por las personas que se declaren autoras sin serlo; pero también creemos que debe ser responsable del mismo, el director del periódico, el editor del libro, jefe de la imprenta, y cuantas personas obraron *conscientemente* y con intención contraria al derecho, en cada caso determinado, siguiéndose siempre las reglas generales de nuestras leyes, sin excepción ninguna. Asimismo creemos que debiera exigirse responsabilidad criminal, al propietario de la publicación, cuando, en el intervalo prudencial que al efecto se señalase, se hubieran realizado algunos delitos por medio de aquella.

Este último principio está justamente consignado, en el dictamen de la Comisión del Congreso de Diputados, sobre el proyecto aprobado por el Senado, para la reforma del Código.

Al llegar á este punto, y puesto que estamos tratando de la prensa, debemos decir que, habiendo sido modificado, en gran parte, el artículo 203 del Código, que pena las publicaciones clandestinas, por el 18 de la ley de 14 de Julio de 1883, debe el contenido de este artículo, sobre el concepto de la clandestinidad, formar parte integrante del citado penal precepto.

Además diremos, para concluir este punto, que el número 1.º del artículo 584 del Código, ha sido derogado por los artículos 14, 15 y 16 de la citada ley, acerca de las aclaraciones que han de insertar los periódicos, á instancia de las personas ofendidas, por hechos falsos ó desfigurados. En su virtud, conviene hacer en el repetido Código, la supresión ó modificación debida acerca de dicho particular.

En resumen, nuestro pensamiento es: 1.º que se apliquen los

preceptos del Código, lo mismo á los autores que á los cómplices de los delitos cometidos por medio de la imprenta; 2.º que, en su consecuencia, la responsabilidad criminal debe extenderse al director, editor ó jefe del establecimiento, donde el periódico, libro ó estampa se hubiese confeccionado; 3.º que después de dos delitos, cometidos en las columnas de una publicación, durante el periodo de tres meses, si es diaria, ó de seis, si no lo es, se sujete a responsabilidad criminal, al propietario de la publicación; 4.º que los redactores, colaboradores, administradores, impresores ó cajistas, repartidores y demas personal correspondiente al periódico no sean sometidos al proceso, que contra las otras personalidades se dirija, sino cuando resulte en él prueba bastante, á juicio del Juez ó Tribunal, para estimar que han tenido también participación en el hecho criminoso; estableciendo la ley, á favor de estos individuos, una presunción *juris tantum* favorable á su inocencia; y 5.º que no podrá decretarse pena de suspensión contra un periódico, sino sólo su disolución, en el caso único en que el Tribunal competente declare, que aquel periódico ó publicación, por su objeto ó circunstancias, sea contrario á la moral pública, ó tenga como fin la comisión de delitos.

Esto es lo que nos parece justo, porque así quedan protegidos todos los derechos, sin faltarse á los fundamentos racionales de la teoría de la responsabilidad, y sin que se coarte al escritor la libertad de pensar; toda vez que, para que haya inducción criminal, según los términos, que, en otro lugar, expusimos, y con arreglo á los cuales debe también modificarse el Código, es preciso que la inducción se verifique de un modo directo, con relación á un delito señalado, por medio de actos ó de palabras, que manifiesten con claridad la intención punible del inducido; siendo además requisito que aquella instigación sea influyente, como causa, ó como concausa, en la determinación del inducido.

XVII

DE LAS PENAS

Habiendo ya expuesto lo que hemos considerado necesario respecto del delito, vamos ahora á hacer algunas indicaciones relativas á la pena. Consecuencia precisa de aquel, que en sí lleva la causa de la existencia de ésta, no se concibe ningún crimen sin que á nuestra conciencia acuda inmediatamente, la imperiosa necesidad del castigo. *Nulla pœna sine crimine.*

Si el delito es la negación ó la infracción del Derecho, la pena es la negación de esa negación punible, restaurando y afirmando el imperio de la ley. El fin de la pena es esa reafirmación del Derecho, restableciendo el orden jurídico, que por el criminal fué perturbado; y siendo una ley ética la violada por el delito, consistiendo la violación en un acto contrario al Derecho, de la libre voluntad del hombre, claro es que, para la restauración de aquel, hace falta que esa voluntad, que se le opuso al infringirlo, reconozca su fuerza, se le someta, reparando la infracción jurídica, por medio de actos opuestos á ésta, de su propia actividad. Esta restauración del Derecho no puede hacerse realmente, á nuestro juicio, sin que la pena sea correccional, sin que se proponga, como fin esencial de ella, la enmienda de la voluntad tercida del delincuente, en el cual hay que reconocer siempre una persona, y no un medio ó instrumento, cualquiera que sea la magnitud del crimen cometido.

La pena correccional armoniza el interés de la sociedad con el del individuo, llevando la tranquilidad á todas partes: no es contraria á la idea de expiación, si por ésta se entiende sólo la regeneración, la purificación del culpable, mediante un sufrimiento adecuado: y, además, aquella pena es más preventiva que ningun-

na, porque ataca, en su raíz, las causas de la reincidencia.

Creemos, pues, en la virtud del sistema correccional, tan sabiamente desenvuelto por el ilustre Roeder, para conseguir la salvable reforma en la legislación penal; y entendemos también, que, fuera de aquella teoría, conciliadora de todos los intereses, y perfectamente conforme con la alta idea cristiana del arrepentimiento y de la redención, no puede avanzarse mucho por el camino del verdadero progreso, ni en Derecho Penal, ni en sistemas penitenciarios.

El principio de la reforma del culpable, como fin esencial de la pena, fué ya acogido favorablemente en el Congreso de Londres de 1872; y algunos siglos antes, Séneca había reconocido que la enmienda es el principal fin de los castigos, con estas profundas palabras: *In vindicandis injuriis hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque sequi debet: aut ut eum quem punit emendet; aut ut pæna ejus cæteros meliores reddat; aut ut, sublatis malis, securiores cæteri vivant.*

La importancia, en el Derecho penal, de esa corrección del culpable, fué igualmente reconocida por el pontífice Clemente XI, en su admirable inscripción del Establecimiento celular de San Miguel de Roma; inscripción que sirve de lema á la presente Memoria: *Parum est improbos coercere pæna, nisi probos efficias disciplina.*

Nuestro Código no da ninguna definición de la pena, á diferencia de lo que había hecho con el delito; y aunque, realmente, entendemos que es más necesaria la de éste que la de aquella, no sería inútil que se diera dicha definición, á fin de saber, con sola su lectura, cuáles son los castigos que, como penas, deben tenerse en cuenta, para el efecto de los antecedentes penales de los ciudadanos.

Son muchas las ideas que respecto de la pena se han vertido, desde Platon, que la llamó *una medicina del alma*, hasta el nuevo concepto de la escuela criminal positiva, que la considera como *il rimedio al difetto di adattamento*, como *l' attenuazione del male*, *l' ostaculo alla sua diffusione*. Nosotros no nos deten-

dremos en ninguna de las definiciones dadas; vamos sólo á indicar, con desconfianza grande de acierto, una que nos parece á propósito, bajo el punto de vista práctico. Esta es la siguiente: se entiende por pena, *el sufrimiento impuesto por la ley, al responsable criminalmente de un delito ó falta, y aplicado por los jueces y Tribunales, después de un juicio solemne, en una sentencia firme.*

Los términos de esta definición, creemos son suficientemente claros, y no han menester, por tanto, de explicación ninguna.

Podrá discutirse acerca de los fines de la pena; podrá haber disparidad de criterios, sobre si la pena es un mal, ó si, como nosotros creemos, es un bien para la sociedad y para el individuo; podrá negarse que la pena consista siempre, en privación de derechos; pero lo que, seriamente, no puede menos de admitirse, es que la pena es un sufrimiento; un dolor, un *pati quiddam* necesario.

Con la definición expuesta, no habría necesidad de hacer la exclusión, que hace el artículo 25 del Código, pues claro es que se hallan fuera de ella, y por consiguiente, no son penas, ni las detenciones y prisiones preventivas, ni las suspensiones de empleos ó cargos, acordados durante un proceso, ni las correcciones gubernativas ó disciplinarias, ni, en fin, las privaciones de derechos y reparaciones, que, en forma penal, establecen las leyes civiles.

Nuestra ley contiene una larga lista de penas, cuyo número llega al de treinta, estableciendo distinciones, en lo referente á las de restricción de libertad, que, en la práctica, resultan completamente ilusorias.

De cómo se cumplen, y de lo que son, en España, los establecimientos penitenciarios, ya hemos dicho, en otro lugar, lo bastante. Sólo añadiremos que, en este punto del número de penas, no ha tenido realización el pensamiento de aquel Código, porque, como informó la Junta de Abogados de Madrid, se necesitarían para ello, nada menos que 2 144 establecimientos penales, supo-

niendo que la población de los presidios, llegase á la cifra de 20.000 personas. Las penas deben simplificarse y reducirse; y aunque no se llegue á la adopción de la pena única, defendida por el profesor Sr. Thonissen en el Congreso de Stokolmo, cosa que creemos poco aceptable, lo cierto es que las corrientes modernas y justas, se inclinan á no establecer tantas diferencias teóricas, que no pueden, ni deben, llevarse á cumplido efecto. Inspirado en esta idea, el Senado español consignó en la tercera base para la reforma del Código, en el proyecto en otro lugar mencionado, que se reduzcan *las escalas de las penas, y éstas dentro de cada una de aquellas, al número suficiente para el castigo de los delitos*. En este proyecto, las penas se rebajan á menos de la mitad, de las que el Código actual contiene.

El Código citado divide las penas en *aflictivas, correccionales, leves y accesorias*. A simple vista se echa de ver lo impropio de esta clasificación. Si la ley habla de penas accesorias, ha debido expresar cuales eran las principales, pues, con ello hubiese ganado la claridad y el método. Además, la división en aflictivas y correccionales es injusta, pues supone que, en las primeras, no se tiene para nada en cuenta la enmienda del delincuente. Es verdad, que las segundas tampoco son, en rigor, más que nominalmente correccionales, y todas quedan, en este punto, á la misma altura. El pensamiento de la justicia absoluta, representado por los señores Pacheco y Groizard, y que supone que la pena es un mal, que se impone, no por vía de corrección, *sino, ante todo, como acto de justicia*, es el que domina en nuestro Código, y de ahí, á nuestro parecer, se deriva la poco acertada clasificación.

Lo mejor hubiera sido, en nuestro sentir, que las penas se hubiesen dividido en dos grupos: el uno, con las principales, y el otro, con las accesorias. El grupo principal se habría podido subdividir, en penas mayores, menores, y leves, ó, siguiendo la división de los delitos, en penas graves, menos graves y leves.

Pasemos ya á ocuparnos, brevemente, en algunas de las penas

por la ley establecidas.

XVIII

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNAS PENAS

La primera de las penas que el Código enumera es la de *muerte*.

Si nosotros creemos que la pena debe tender, como fin esencial, á la corrección del culpable, evidente es que no podemos admitir esta pena, reflejo aún de la barbarie de los siglos pasados; y cabe afirmar, que no tienen los patrocinadores de aquella, una razón, á nuestro juicio, sólida para su defensa.

Es verdaderamente digno de observarse, que, habiendo ya desaparecido, por fortuna, el tormento, la flagelación, la mutilación, la marca, la infamia y tantos otros castigos feroces, con que se manchaban las páginas de las leyes penales, se conserve la pena de muerte, que, seguramente, supone mayor crueldad que aquellas citadas. Entre cortar á uno la lengua ó la mano, y cortar el cuello, nadie dudará de que lo último es no sólo más grave, sino más cruel, más feroz é inhumano; y, precisamente, esto es lo que ha quedado, lo que ha subsistido, de aquella negra lista de puniciones. Se cree que es bárbaro dar unos cuantos azotes; pero se admite, sin dificultad, el garrote y la guillotina, despertando en las muchedumbres los instintos más feroces y sanguinarios. Se ha repetido en muchos volúmenes y artículos doctrinales, que la pena de muerte, no sólo es completamente contraria á la misericordia de Dios, sino que es expuesta á grandes injusticias, porque no admite reparación ninguna, en los casos en que los Tribunales se equivoquen en sus juicios, y condenen, por error, á morir á un inocente, como varias veces ya ha sucedido; se ha demostrado también, que no es ejemplar, pues que los grandes criminales, en los momentos de cometer su infamia, son mo-

vidos más bien por el sentimiento feroz que les domina, que por el temor de una pena, de la que entonces no se acuerdan para nada, si no es para asegurar la impunidad; se ha patentizado asimismo, que en esos criminales es común la idea de la predestinación, y creen que si han de ser decapitados, nadie habrá de librarlos de sufrir su suerte; se ha probado de igual modo, que existen naciones donde está abolida esa pena, sin que, por eso, peligren los fundamentos sociales, y sin que se acrecienten los grandes delitos; y, sin embargo de todo ello, que es evidente, aun tiene defensores esa pena, basados en una necesidad que no demuestran, ni nunca podrán demostrar justamente.

Se dice hoy, para justificar la existencia de esa funesta pena, que las naciones no pueden abolirla, en presencia de los atentados anarquistas. ¿Pero no hay manera de castigar á estos nuevos criminales, imposibilitando que hagan ulteriores daños, más que eliminándolos de la sociedad por medio del cadalso? ¿No se comprende que el remedio puede ser contraproducente, pues que cada anarquista que cae en el patíbulo, excita en sus parciales el sentimiento de atroz venganza? ¿Y cómo puede firmemente pensarse, que á esos forajidos les aterre la muerte, cuando estamos viendo que repiten sus inicuos atentados, guiados por su fanatismo feroz, estando aún caliente la sangre derramada en el cadalso, por uno de sus compañeros? Y siendo para ellos indiferente, que las víctimas sean de una nación ó de otra, ¿cómo puede pensarse que la pena de muerte deba serles un freno, cuando precisamente donde cometen más atentados, es en los pueblos en que esa pena está establecida, pudiendo escoger aquellos otros en los que no existe el verdugo? ¿Y no se está viendo que esos desalmados criminales, consideran la muerte como una especie de martirio, que los hace admirar de sus colegas?

El anarquismo, pues, no puede ser, con éxito, combatido, de ese modo violento; es preciso hacerlo valiéndose de la instrucción y educación moral y religiosa, y del mejoramiento material de la

clase obrera; á cuya labor deben contribuir, no sólo el Estado, sino todas las demás clases sociales, por los medios directos é indirectos que se hallan á su disposición; medios cuyo desarrollo, no es de este lugar.

Para el anarquista que delinque, aun en la forma tan monstruosa como la adoptada recientemente, pueden establecerse, sin necesidad de recurrir á la de muerte, penas más eficaces, y aun más terribles, como la del aislamiento absoluto, en una larga y dura prisión. Téngase presente, que, como decía Séneca: *Multi sunt qui mortem ut requiem malorum contemnunt, et graviter expavescent ad captivitatem.*

Como prueba de lo poco ejemplar que es la pena de muerte, se citan numerosos casos. Uno de ellos es el ocurrido en Inglaterra, en donde habiéndose, en cierta ocasión, ejecutado aquella en un hombre, por haber puesto en circulación billetes de Banco falsos, entregado el cadáver á sus amigos, éstos fueron capturados, falsificando billetes delante de aquel cadáver.

Al tratar de reformar nuestro Código, se debe, pues, rechazar y abolir en absoluto, esa pena inhumana, que no llena ninguno de los fines de los castigos, sustituyéndola por otra, que esté á la altura del progreso jurídico moderno. Sigamos el ejemplo de la ilustrada Italia; metrópoli de la ciencia penal de Europa, la cual nación, no sólo la ha abolido, recientemente, de la legislación penal común, sino que, también, ha iniciado la idea de desterrarla, hasta de la ley militar; imitemos asimismo, en tan humanitaria empresa, á nuestros cultos hermanos los portugueses, que hace muchos años la hicieron desaparecer de sus leyes; é inspirémosnos, en fin, en la conducta de Holanda, y de otros pueblos civilizados, que han tenido la caridad y la entereza, de suprimir el verdugo.

Respecto de las *penas perpetuas*, como, en rigor, no tienen de perpetuidad más que el nombre, por cuanto su duración debe cesar á los treinta años, á no ser indigno de ello el penado, poco

hemos de decir. Desde luego, la perpetuidad inflexible no cabe dentro de nuestro criterio, porque es opuesta á los principios que dejamos señalados, y pugna con la naturaleza finita de todas las cosas humanas. Sin embargo, si se conserva ese impropio nombre á causa de que se suponga que con él se puede conseguir mejor el efecto de herir la imaginación de las muchedumbres, y de intimidarlas más fácilmente, nosotros creemos que debería rebajarse bastante ese largo periodo, sobre todo si se adopta un bueno y riguroso sistema penitenciario; y, además, estableceríamos que, si cumplido el tiempo prefijado, el delincuente se había corregido, el Tribunal podría, y no el Gobierno, decretar la libertad del reo: precepto justo que ya estaba consignado en el proyecto de 1882.

Con relación á la *multa*, nuestra opinión es que no debe aplicarse más que á los delitos cometidos por imprudencia.

Si bien es muy divisible, es también desigual en extremo, y no parece justo que el criminal que pague cierta suma, quede completamente libre de la responsabilidad de su delito. Un hombre rico podrá, cuantas veces quiera, perpetrar fácilmente los delitos y faltas que, con multa, se castiguen, lo que no deja de ser inmoral; y, en cambio, una persona pobre, por una multa insignificante, está expuesta á sufrir prisión subsidiaria. La multa, en nuestro concepto, no debe ser impuesta más que como advertencia, en los casos de delitos culposos; dejándose siempre gran latitud á los Tribunales, para que, al imponerla, tengan en cuenta, sobre todo, el estado de fortuna del procesado. Además, sería conveniente dar á éste facilidades para pagarla en plazos razonables, y así duraría más el efecto moralizador de la condena.

La *degradación* es pena que debe desaparecer, por ser incompatible en la dignidad humana. La forma repugnante en que, según el artículo 120 de nuestro Código, se lleva á cabo, despojándose al reo por un alguacil, en audiencia pública, del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones; y las palabras abruma-

doras y humillantes que tiene que pronunciar, en aquel acto, el Presidente del Tribunal, constituyen una especie de infamia para el condenado, quien pierde así toda esperanza de rehabilitación.

XIX

SISTEMA PENAL QUE PODRÍA ADOPTARSE

Al llegar aquí, creemos oportuno consignar algunas palabras, acerca de las penas, que, adoptando un buen sistema penitenciario, podrían, en nuestro concepto, establecerse para la prevención y represión de los delitos y faltas, no dando la preferencia exclusiva, ni al sistema de Filadelfia, ni al de Auburn, ni al inglés, ni al irlandés ó de Crofton.

Sin llegar al punto de reducción del Código penal de Holanda, que solo contiene, como penas principales, *la prisión, la detención y la multa*, creemos que nuestras penas pudieran razonablemente reducirse á las siguientes: 1.^a *Reclusión perpetua*, para los más grandes criminales. Esta pena debería cumplirse en establecimientos especiales, con una gran severidad y disciplina, y con la obligación del trabajo. Sería análoga, aunque no igual, al *ergastolo* del Código de Italia. El aislamiento celular continuo, de día y de noche, durante los seis primeros años. Pasado este periodo, sería admitido el recluso al trabajo en común con la regla absoluta del silencio, y separación individual por la noche y fuera de las horas del trabajo. Al cabo de ocho años de este segundo periodo, si su comportamiento lo merecía, podría pasar á un tercer periodo de trabajo en común, pero sin la regla del silencio.

Como nosotros no somos de los que creen que no hay redención posible para los grandes criminales, y que éstos son de naturaleza incorregible, aptos sólo para el mal, debiendo mirárseles y tratárseles, no como á hombres, sino cual algunos tratan á las bes-

tias; y como, por otra parte, el efecto represivo de 21 años de esa pena, sería muy superior al de los 30 años que, á las perpetuas, da de duración ordinaria el vigente Código; teniendo aquella, además, un gran efecto moralizador de que, por completo, carecen las actuales, estableceríamos que cumplidos esos 21 años de reclusión, los Tribunales podrían acordar la libertad de los reos á ella [condenados, si una conducta ejemplar, y su enmienda, los hacía de ello acreedores. Esta libertad concedida, tendría el carácter de provisional; quedarían los reos sujetos á la vigilancia de la autoridad pública; y si, en ese estado, se conducían mal, faltando á las condiciones que se les impusieran al otorgarles la libertad referida, serían, de nuevo, constituidos en reclusión. La libertad condicional se convertiría en definitiva, si después de la salida de la penitenciaria, continuaba la buena conducta del reo durante el periodo de cinco años.

Aceptamos la palabra *perpetua*, sólo por razones de política penal; pero el concepto de perpetuidad desaparece en el fondo, suavizándose la dureza de esta pena, por la esperanza que se concede al reo de obtener su libertad, mediante su corrección y enmienda.

2.^a *Reclusión temporal*. Esta pena debería cumplirse en otros establecimientos distintos de los correspondientes á los condenados á reclusión perpetua, y con alguna menor severidad en la disciplina interior, pasado el primer periodo de aislamiento individual continuo, de día y de noche. Este periodo no podría ser nunca superior á cuatro años, y siempre sería proporcional al tiempo que debiese durar la condena. La duración ó extensión de esta pena sería la de un día á 16 años. Trabajo obligatorio; y después del de aislamiento, seguirían los otros dos periodos, que quedan anteriormente expuestos al tratar de la reclusión perpetua, también de duración proporcional á la de la condena, y siempre con separación individual por la noche.

3.^a *Prisión*. Duración de esta pena, desde un día á 16 años. Pena análoga á la *detención* del Código italiano, y paralela á la ante-

rior. Establecimientos especiales para su cumplimiento. Aislamiento sólo por la noche. Comunidad durante el día; pero adoptando un buen sistema de clasificación. Trabajo obligatorio; mas su clase á elección del penado.

Además de estas tres penas de privación de libertad, admitiríamos, especialmente para los delitos políticos, el *extrañamiento*, la *relegación* y el *destierro*; dejando también la relativa á la *pérdida de ciertos derechos* civiles y políticos.

Para el castigo de las faltas, fijaríamos el *arresto*, cuya duración debería ser de un día á seis meses, y la *multa*.

Estas ideas, que sólo indicamos, pues no permite otra cosa la variedad de puntos que abraza esta Memoria, dán como resultado que, en nuestro concepto, son bastantes respectivamente para el castigo de todos los delitos y faltas, en la forma anotada, las penas que siguen: *reclusión perpetua y temporal*, *prisión*, *extrañamiento*, *relegación*, *destierro*, *pérdida de determinados derechos civiles y políticos*, *arresto y multa*. En total, nueve penas.

Respecto de la *libertad provisional* ó revocable de los delincuentes, la cual, de un modo tan poderoso, contribuye á su reforma, por la esperanza que se les da de abreviar los días de la prisión, y que sirve, también, para apreciar los efectos de ésta en lo relativo á la enmienda de los criminales, debemos decir que dicha libertad condicional es un principio llevado á la práctica, en gran número de naciones civilizadas. Nuestro Código de 1822 ya disponía que se aminorara la pena, en los casos de arrepentimiento y enmienda del culpable.

Tan grandes son los beneficiosos resultados, que de aquella libertad pueden esperarse, que el Congreso de Stokolmo expresó: *que la libertad condicional, que no es opuesta á los principios de derecho penal, ni ataca á la autoridad de la cosa juzgada, ofrece tales ventajas para la sociedad y los penados, que debe recomendarse á la solicitud de los Gobiernos. Esta institución debe estar rodeada de las garantías precisas para evitar una libertad anticipada.*

En nuestro concepto, debe ser establecida en el nuevo Código. Admitido el principio, hay una parte que es puramente prudencial y respectiva á la extensión y práctica del mismo, y á la fijación de la época en que debe acordarse aquella libertad. Dentro de nuestro criterio, se decretaría esa libertad condicional, á los penados dignos de ella, que llevaran dos terceras partes cumplidas de sus condenas, si la pena impuesta fuera inferior á ocho años; y cuando hubieren extinguido tres cuartas partes de las condenas, si el castigo impuesto fuese de duración mayor á la de aquel número de años.

En el caso en que el penado hiciere mal uso de esa libertad provisional, durante la que debe estar muy vigilado, volvería, inmediatamente, al establecimiento penitenciario.

Mas si á causa de la presunta corrección del penado, debe anticiparse su libertad, claro es, también, que, cuando la conducta de aquel demuestre su persistencia en su voluntad contraria al derecho; cuando se vea que, llegado el día de su cumplimiento, la enmienda no se ha conseguido, y que su soltura puede ser un peligro para la sociedad; la lógica y la conveniencia pública y la del propio delincuente aconsejan, que éste continúe, por algún tiempo más, sometido al régimen penitenciario. Esta prolongación debe tener la extensión misma, que la concedida para acortar la pena, en el opuesto caso de enmienda.

De modo que, si bien nosotros no llegamos al radical criterio de la pena completamente indeterminada, hoy día ya defendida, creemos que las sentencias sólo debieran fijar la pena, con carácter provisional, debiendo acortarse ó alargarse aquella, del modo indicado, según el estado del delincuente, con relación á su enmienda ó a su insistencia en el mal.

Esta esperanza y este temor, serían un freno poderoso para los condenados.

En nuestro concepto, la libertad provisional ó la prolongación de la pena, únicamente deberían acordarla, cuando fuese proce-

dente, los Tribunales de justicia.

No nos detenemos ocupándonos en la pena condicional ó suspensión de la ejecución de la sentencia, de la que no somos partidarios por los grandes abusos á que se prestaría en la práctica. Ni se parte en ella de un principio demostrado de corrección, ni tiene efecto alguno preventivo, ni represivo.

Además, admitido ese principio, y ensanchándose, poco á poco, el círculo de los casos á que se aplicara, nos podría conducir fácilmente á la más completa impunidad.

El motivo que, generalmente, se da como razón práctica, para admitir esa clase de penas condicionales, consiste en las muchas sentencias que, anualmente, se dictan por los Tribunales, con condenas de corta duración, y en la falta de establecimientos adecuados para su cumplimiento. Estas razones nos parecen tan poco sólidas, que no creemos que su refutación sea necesaria.

No terminaremos este párrafo, sin expresar que el Código, al ocuparse de la pena, debiera consignar un precepto de notoria justicia, relativo á las detenciones y prisiones preventivas acordadas durante el proceso. Todos sabemos los grandes perjuicios que se experimentan á veces por los presuntos delincuentes, á causa de estas prisiones, que, en muchos casos, tienen necesariamente que prolongarse durante algunos meses, y aún durante varios años. En estos casos, justo es que al reo se le abone, como parte de pena, el tiempo que lleve sufrido en prisión preventiva. Creemos que sería justo abonar siempre la mitad; pero facultaríamos á los Tribunales, así para no conceder ningún abono, cuando el procesado hubiera observado una mala conducta en la cárcel, como para otorgar el abono de todo el tiempo que haya durado la repetida prisión provisional, en el caso de una conducta intachable, por parte del reo.

Pero ocurre, á veces, otro hecho que no deja de ser frecuente, y que es, en verdad, injusto. Este caso se presenta cuando un hombre inocente es arrancado de su hogar por una falsa acusa-

ción, ó por un indicio ó apariencia cualquiera, que le es contraria, y encerrado en una obscura prisión, durante un largo proceso. Si este hombre es una persona honrada, con cuyos brazos ó inteligencia se sustenta, tal vez, una numerosa familia, á la cual, con la prisión preventiva de aquel, se le quitan todos los medios de subsistencia, ¿de qué modo atiende la ley á estos incalculables perjuicios morales y materiales, en los casos frecuentes; en que, tras prolongado cautiverio, tienen los Tribunales que reconocer, en una sentencia, la completa inocencia del acusado? Pues de ninguna manera. Las lágrimas, la miseria, las enfermedades y aun la muerte, acaecidas como consecuencia de una prisión moralmente injusta, quedan por completo desatendidas.

Este estado de cosas no puede ser más lamentable; y ya que todos estemos expuestos, por un falso testimonio, ó por un error judicial, á sufrir los incalculables perjuicios de una prisión preventiva, durante un proceso, hasta que, en una sentencia, se reconozca nuestra inculpabilidad, y nuestro buen nombre, debe la ley establecer una indemnización pecuniaria, que, si bien nunca podría reparar, por elevada que fuese su cuantía, los daños morales sufridos, atendiese en parte, al perjuicio material experimentado.

XX

OBSERVACIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

Esta parte del Código, necesita una gran reforma, que se halla ya indicada en párrafos anteriores, en los cuales hemos sostenido que el delito debe considerarse sólo en los dos estados de *tentativa* y *consumación*; que la codelinuencia conviene concretarla á los *autores*, y á los *cómplices*, debiendo castigarse aparte el *encubrimiento*; y que debe dejarse al arbitrio judicial la libertad ne-

cesaria en la apreciación de las *circunstancias atenuantes y agravantes*; pues que es función propia de los Tribunales la de determinar la cantidad de pena, que ha de aplicarse, en cada caso, para que los castigos sean proporcionados á los delitos.

Y al llegar á esta parte del Código, lo primero que se observa es que lo que debería ser más claro, por ser de lo más importante y trascendental, es precisamente lo más embrollado, habiendo necesidad de vencer no pequeñas dificultades para acertar, en ciertos casos, con un castigo determinado. El vicioso sistema de dividir la pena en grados; las subdivisiones que, á veces, hay que hacer; el no señalarse para cada delito la penalidad correspondiente, sino fijarse aquella con relación á una pena superior, ó á otra inferior; y la artificiosa disposición de las *escalas graduales*, entre las que, en ocasiones, cuesta trabajo encontrar la que se busca, y, aun encontrada, sigue en algunos casos la dificultad, por las diversas combinaciones del Código; todo ello acusa un defectuoso y complicado mecanismo, que obliga á los Tribunales, para averiguar la penalidad correspondiente á las diversas responsabilidades de autores, cómplices, encubridores de tentativa y delito frustrado, y de los cómplices y encubridores del conato y de la frustración, á limitarse á hacer cálculos aritméticos, resolviendo problemas, y á medir los grados de la perversidad de los criminales, poco menos que valiéndose de la regla y del compás. Esta confusión tan lamentable ha hecho preciso, en la práctica, para aclarar la materia y evitar graves errores, trabajos muy apreciables y de gran utilidad, como los de los Sres. Viada, Rueda y Gorostola.

A remediar este grave mal, se encamina la base 6.^a del Proyecto de ley ya referido, que el Senado aprobó, en la cual se expresa: *que se determinará la penalidad del delito, señalando concreta y especialmente en cada caso, la extensión de la pena, y fijando un máximo y mínimo de duración de la misma.*

Expuestas ya estas líneas generales, vamos á fijarnos en algunos de los preceptos de esta parte del Código.

El artículo 65 establece, que si el delito ejecutado tuviere señalado pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á éste, en su grado máximo, la pena perteneciente al segundo; y si tuviese señalada pena menor, se impondrá ésta, también en su grado máximo.

Este precepto lo conceptuamos injusto. Al hombre, por ejemplo, que, proponiéndose matar á un extraño, mata, por error, á su propio padre, no puede, en justicia, imponérsele más pena, que la correspondiente al homicidio, sin agravación ninguna, porque aquella fué su intención; y, además, bastante agravación será ya para el delincuente el dolor de haber causado dicha muerte impensada.

Por el contrario, el individuo que tiene intención de matar á su padre, y, por equivocación, mata á un extraño, siempre será un verdadero parricida, y justamente, como á tal, á la sociedad interesa que se le trate, siendo desacertado imponerle sólo la pena aplicable al simple homicidio.

El Código no da tampoco la necesaria latitud á los Tribunales, para aplicar la pena correspondiente á los diversos responsables de un delito, dentro de cada categoría. Es evidente que no todos los autores de una infracción criminosa, tienen la misma malignidad, ya sean autores materiales, ya morales, y lo mismo sucede con relación á los cómplices y encubridores; y, por tanto, cabe aquí una gran gradación moral, que debe apreciarse en cada caso, y no partir de la injusta base de que á todos los autores de un delito de homicidio, por ejemplo, corresponde generalmente la misma pena, cuando no exista ninguna circunstancia legal de atenuación ó agravación, relativa á alguno de ellos.

Pero aquí ocurre una cosa digna también de llamar la atención. Para la aplicación de la pena, la ley iguala al cómplice del delito consumado y al autor de un delito frustrado; y, además, impone el mismo castigo al autor de tentativa, que al encubridor de un delito consumado; y nada hay, en nuestro concepto, más

injusto, que esa igualdad matemática, que se quiere establecer, respecto de la criminalidad de unos y de otros responsables. Justo es que se imponga á la tentativa de un delito, menos pena que á la consumación de aquel, y al cómplice también menor castigo que al autor; pero ¿en qué principio de justicia puede apoyarse el que se suponga tiene la misma perversidad ó energía criminal, el cómplice de un delito consumado, quien sólo, por ejemplo, se limitó á prestar la pistola ó el puñal que sirvió para consumar el crimen, que un autor de delito frustrado, cuya malignidad ha llegado á su colmo, por haber practicado todos los actos constitutivos de la punible infracción?. ¿Y cómo puede estimarse igual, tampoco, la criminalidad de un encubridor, á la de un autor de tentativa?.

El afán de sistema, en esta parte del Código, y el de fijar *á priori* la cantidad de pena correspondiente á los diversos criminales, ha producido, en nuestra opinión, la mayor parte de los errores, que, en este punto, se advierten, á pesar de la gran competencia y buenos deseos de los ilustres juristas que lo redactaron.

El párrafo primero del artículo 81 del citado Código, es también, á nuestro juicio, injusto, y debe modificarse. Dispone que cuando la ley señale una sola pena indivisible, como la de muerte, ó cadena perpetua, la aplicarán los Tribunales, sin consideración á las circunstancias atenuantes ni agravantes que concurran en el hecho. Dé modo que aquí la ley es completamente cruel é inflexible. Por muy grandes que sean los motivos de atenuación del delito; por evidente que sea que el culpable no merece la pena señalada, los Tribunales no tienen otro remedio que imponer el castigo injusto. Prescindimos de citar ejemplos para poner de relieve lo grave y opuesto á razón de este precepto inhumano, y limitémonos á repetir, con Montesquieu, *que la justice est éternelle, et ne dépend point des conventions humaines*.

Análoga falta entraña la regla 1.^a del mencionado artículo. Dis-

pone ésta que, en los casos en que la ley señale una pena compuesta de dos indivisibles, por ejemplo, la de cadena perpetua á muerte, cuando en el hecho hubiese concurrido sólo alguna circunstancia agravante, se aplicará la pena mayor. Y como para el Código, en este punto, son de igual entidad todas las circunstancias agravantes, á pesar de la gran diferencia que hay entre ellas, resulta que con la concurrencia únicamente de la *vagancia*, basta para que á un reo se le condene á muerte.

Respecto al caso de concurso de varios delitos, existe una disposición en el Código, que, por su falta de justicia, ha sido muy duramente censurada, y que produce con frecuencia á los reos, perjuicios incalculables. Nos referimos al contenido del artículo 90. Preceptúa éste, que en el caso en que un solo hecho sea constitutivo de dos ó más delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, se impondrá únicamente la pena que corresponda al delito más grave, aplicándola en su grado máximo. Se deduce de la sola lectura de este precepto, que la intención del legislador parece haber sido la de favorecer al reo; mas, en vez de favorecerle, lo que ha hecho es producirle tantos perjuicios, que, en muchas ocasiones, tan laudable propósito le causará la muerte. Muchos son los casos en que esto ha ocurrido, siendo los más frecuentes los de lesiones ú homicidio de un agente de la autoridad. La pena correspondiente al asesinato es la de cadena temporal en su grado máximo á muerte. Ahora bien, supongamos que el asesinado es un guardia municipal. Entonces resultan dos delitos: el uno el de asesinato, y el otro el de atentado al agente de la autoridad. Por el primero de ellos, pudiera hasta imponérsele sólo el grado máximo de la cadena temporal, si existía alguna causa de atenuación; y por el segundo, algunos años de prisión correccional. Esto en el caso en que se penasen separadamente esos dos crímenes. Pero he aquí que hay que aplicar, en el ejemplo citado, ese desacertado artículo; y el favor que le resulta con él al criminal, es que necesariamente haya de imponérsele el

grado máximo del delito mayor, que es la pena de muerte. Así, por medio del cadalso, es como queda el reo favorecido. Hechos de esta naturaleza se presentan á menudo, y, en nombre de la Humanidad y de la Justicia, hay urgente necesidad de poner radical remedio, á este lamentabilísimo estado de nuestra legislación.

XXI

ALGUNAS PALABRAS SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Respecto á la extinción de dicha responsabilidad, por causa de muerte, es preciso reformar el contenido del número primero, artículo 132 del Código Penal. Este artículo consigna el precepto de que las penas pecuniarias sólo prescriben, cuando al fallecimiento del reo no hubiere recaído sentencia firme. De modo es que la multa, por ejemplo, que, como toda pena, no puede, en justicia, ser más que personal, trasciende ya á los herederos del delincuente, que tienen que cumplir un castigo impuesto al finado. Y si las multas no se imponen para acrecentar los recursos del Tesoro, sino con el fin de restaurar el orden jurídico perturbado por el delito, procurando la enmienda del culpable, ¿á que fin de justicia conduce el hacer sufrir á los hijos ó herederos del delincuente, cuando éste muere, la pena impuesta á aquel? ¿No conduce esta extraña disposición á la lógica consecuencia de que, cuando los herederos no tengan recursos con que pagar la pena pecuniaria, deban sufrir la subsidiaria prisión, en su equivalencia?

Ese precepto es enteramente inadmisibile, en buenos principios de derecho, y debe sufrir una pronta modificación.

Otro de los modos de extinguirse la responsabilidad es *el indulto*. Mucho se ha discutido, entre los juriconsultos, este punto, y todavía no se ha llegado á un acuerdo de las distintas opiniones

emitidas sobre la materia; y si bien no hemos de traer aquí los diversos conceptos expuestos acerca de esta institución, diremos, brevemente, cual es nuestro modesto criterio.

Es indudable que una vez cometido un delito, hay necesidad de proceder á su castigo, para la afirmación del derecho quebrantado. Esto no es arbitrario, no es potestativo hacerlo ó no hacerlo, pues la justicia y la sociedad reclaman la imposición y la ejecución de la pena, en todo caso, hasta conseguir el restablecimiento del orden perturbado. A los Juzgados y Tribunales corresponde exclusivamente, según el artículo 76 de la Constitución, el juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado; y, por tanto, no puede menos de estimarse, dentro de los principios filosóficos, que el indulto supone una contradicción de ese constitucional precepto, y el predominio del Poder Ejecutivo sobre el Poder ó el Orden judicial, en asunto en que tanto interesa la más completa separación de las respectivas funciones.

Esto no obstante, si el estado de nuestra legislación penal hubiese de continuar, como hoy se halla; si los Tribunales no tuviesen más remedio, en ciertos casos, que dictar sentencias, á pesar de que les conste que son moralmente injustas, sin mas recurso que el que les concede el párrafo segundo del artículo segundo del Código, claro es que, como medio de enmendar las deficiencias de éste y de las demás leyes penales, admitiríamos, sin vacilar, el indulto, siempre empero aplicado con exquisita prudencia.

Mas desde el momento en que la reforma se haga, conforme á los adelantos de la ciencia penal; desde el instante en que se conceda á los jueces la debida latitud para apreciar todas las circunstancias, que puedan concurrir en un hecho criminal, así de justificación como de inimputabilidad, de atenuación como de agravación; desde el día en que se establezca la libertad provisional, en la forma que, en otro lugar, dejamos consignado, y se acorten las sentencias cuando resulte evidenciada la corrección

de los delincuentes; cuando se complete de tal modo nuestra legislación, entonces creemos que el indulto, que á tantos abusos se presta, por mucha que sea la buena voluntad de los Ministros, debería desaparecer. Por eso nuestro inteligente maestro, D. Luis Silvela, con cuyas doctrinas estamos enteramente conformes, dice en su ya citada obra de Derecho penal: «En el progreso de las instituciones judiciales, una mayor amplitud concedida á los jueces ha de hacer inútil el indulto para remediar los males á que hacemos alusión; ó, de conservarse dos juicios y criterios sobre un mismo hecho criminal, el primero estricto, ajustado á un Código que desconfía del encargado de aplicarlo, y el segundo amplio, sin trabas de ninguna especie, mirando más á la equidad que al Derecho estricto, ambos han de encomendarse á los Tribunales, como ya ha sucedido en España.»

Pero de todos modos, manteniéndose el indulto, deben desterrarse los de carácter general; no concederse nunca sin dictamen favorable del Tribunal sentenciador; y otorgarse sólo de un modo provisional, y para el caso único en que, dentro del tiempo de la duración de la condena, vivan los indultados, guardando una conducta que demuestre su corrección y enmienda.

Esta última condición es esencial, á nuestro juicio, produciría los mismos beneficiosos resultados que la libertad provisional de que hemos hablado, y cabe imponerla dentro del precepto establecido en el artículo 16 de la Ley vigente de indultos.

Respecto á la *prescripción*, poco hemos de decir. Nos limitamos á manifestar, que nos parecen injustas, y así se halla generalmente reconocido, algunas de las disposiciones contenidas en los artículos 133 y 134 del Código. Según ellos, puede ocurrir que el que haya logrado sustraerse á la acción de la justicia, quede más pronto libre de las responsabilidades de un delito, que aquel que ha estado sufriendo la condena del mismo crimen, en un establecimiento penal. Esto ocurre porque el delito se prescribe frecuentemente, por menos tiempo que el de la duración de la pena. Así,

por ejemplo, en un delito castigado con cadena perpetua, bastan veinte años para la prescripción, quedando, en ese tiempo, libre el que lo ha cometido, si logra, durante esos 20 años, evadirse de la acción de los Tribunales, después de conocido el crimen; pero si no se evade y le condenan á aquella pena, entonces, para extinguir su responsabilidad, necesitará treinta años cuando menos de cadena. Y si dos coautores de un delito grave, han sido castigados á la pena referida de cadena perpetua, resultará que el que de ellos pudo fugarse y se fugó, queda completamente exento de todo castigo, con sólo el transcurso de 20 años en libertad; y el otro coautor, que no pudo ó no quiso fugarse, tendrá que seguir, en su prisión, hasta cumplir el mencionado periodo de treinta años.

Es, también, digno de reforma el párrafo penúltimo del expresado artículo 133. Según él, la prescripción del delito empieza á correr sólo desde el día en que se conozca ó se descubra, y se comience á proceder judicialmente para su averiguación y castigo. De forma, que puede ocurrir que, por muchos años que hayan pasado desde que se perpetró el hecho criminoso; por muy intachable que haya sido la conducta del delincuente; por muy patente que sea su corrección y enmienda, la ley, inflexible, lo arranque de su hogar y le imponga un castigo, que entonces no podrá ser más que un mal verdadero, porque, en tal caso, ni el interés social, ni el individual lo justificarían. Sólo cuando hay mora ó descuido, por parte del Estado, ó de los funcionarios encargados de la persecución de los delitos, es cuando puede existir la prescripción. Para nada se tiene en cuenta el principio de la corrección del delincuente, único racional fundamento de esta clase de prescripciones.

También es generalmente considerada injusta la disposición final del artículo 134, que ordena se interrumpa la prescripción de la pena, cuando el culpable se haya ausentado á país extranjero, con el cual España no haya celebrado tratado de extradición; ó,

teniéndolos, no estuviere comprendido en ellos el delito. Esta disposición hace que la pena de extrañamiento, que, á menudo, se impone para castigar delitos políticos, no prescriba casi nunca, por mucha que sea la honradez y buena conducta del reo, á causa de que, en los tratados de extradición, es costumbre exceptuar de ella, los delitos de esa clase.

XXII

OBSERVACIONES GENERALES AL LIBRO 2.º DEL CÓDIGO PENAL

No nos proponemos recorrer todos los hechos criminosos que nuestro Código contiene. Tarea sería ésta que necesitaría un abultado volumen, y que saldría ciertamente de los límites de este opúsculo. Lo fundamental que debe abarcar la reforma, ya está, á nuestro juicio, expuesto en los párrafos anteriores, que hemos dedicado al libro primero, el cual constituye la parte más científica de la ley penal. Sin embargo, para completar nuestro pensamiento, es preciso que echemos también, algunas rápidas ojeadas sobre esta segunda parte, y emitamos varias ideas acerca de la misma.

Desde luego, creemos necesario, como ya hemos dicho, que se establezca por el legislador, en cada delito, la pena análoga que corresponde aplicarse por los Tribunales. Con esto bastaría, seguramente; y así se dejaría á los jueces la libertad de recorrer toda la extensión de la pena aplicable, para proporcionar el castigo al delito, teniendo en cuenta sus diversas é individuales circunstancias. Pero si esto no pudiera tener lugar, debería, cuando menos, señalarse, de un modo expreso, en cada infracción criminal, la pena aplicable, fijando un máximo y un mínimo espacioso, lo mismo para el delito consumado, que para la tentativa, los

cuales son los dos únicos estados en que, según nuestro criterio, debería considerarse la delincuencia. Siendo esos límites, superior é inferior, amplios, los Tribunales podrían, con entera facilidad y acierto, buscar y aplicar dentro de ellos, la pena justa, en cada caso, atendiendo á todas las circunstancias que pudieran en el mismo presentarse.

En su lugar oportuno dijimos que, á nuestro parecer, conveniría traer al Código toda nuestra legislación especial, con la sola excepción de los delitos militares. En este libro segundo, pues, deberían aquellas constituir sus respectivos títulos. Pero lo que más indispensablemente reclama su inclusión, son los delitos electorales, los relativos á la ley de 26 de Julio de 1878, sobre protección de niños, los crímenes contra la ley de policía de los ferro-carriles, y, finalmente, los atentados cometidos por medio de explosivos, comprendidos en la reciente ley de 10 de Julio último, con anterioridad citada.

XXIII

DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE EXPLOSIVOS

La indicada ley sobre explosivos, en la que, aunque con brevedad, vamos á ocuparnos, por su grande importancia, es puramente de defensa contra esos horribles atentados anarquistas, que tan profundamente tienen conmovida á la sociedad. Es, pues, aquella un freno, un dique que el legislador ha levantado para contener á esas nuevas hordas de criminales, que llevan delante de sí el pánico y la muerte.

Empero no obstante que el fin de la ley es en extremo laudable, nuestro criterio es contrario á su excesivo rigor, pues ya hemos dicho, en otro lugar, que no estamos conformes con la última pena, por no realizar ésta ninguno de los fines justos de los

castigos, y porque no nos parece medio legal, que debe aceptarse en ningún caso, y mucho menos prodigarse. El anarquismo, en nuestra opinión, debe principalmente combatirse, más que en sus efectos, (para los cuales bastan los medios ordinarios), en sus raíces ó causas. Para nosotros, la pena de muerte es menos severa y menos conveniente, que la de una larga prisión celular, rodeada de todos los rigores de una buena disciplina penitenciaria. Se nos objetará que no tenemos, actualmente, esos establecimientos penitenciarios; pero nosotros creemos que puede establecerse pronto el aislamiento individual, cuando menos para los grandes criminales; y, de todos modos, no llevando ese castigo la ejemplaridad, que tanto se preconiza, y no siendo, á nuestro entender, absolutamente necesario, debe prescindirse de él, en todo caso, substituyéndolo con otra grave pena, más justa y reparable.

El artículo 1.º de la referida ley dice, que será castigado con las terribles penas que en él se determinan, *el que atentare contra las personas ó causare daño en las cosas, empleando para ello sustancias ó aparatos explosivos.*

La primera pregunta que se ocurre, después de su lectura, es la de si cuando se atenta, no contra *las personas*, sino contra *un solo individuo*, cabrá aplicar ese artículo.

Aunque nuestra contestación es afirmativa, porque, si con esta ley se protegen también las propiedades particulares, no puede menos de extenderse asimismo su protección á la persona individual, debiera haberse redactado aquel precepto con más precisión. De otro modo, entendido literalmente, resultaría que el criminal que deje en un lugar público una bomba explosiva, para matar, á su paso, á un personaje determinado, y no á varios, no estaría sujeto al mencionado artículo, aunque se hubieran causado ó no otras víctimas, que no se hallaban comprendidas en el propósito punible del agente.

Además, según ese párrafo, parece que cuando no se atenta contra las personas, ni se causa daño á las cosas, no hay hecho

punible; y, sin embargo, los casos que vienen después del mismo, dentro del citado artículo, (1) demuestran que, aunque no resulte daño ni en las personas, ni en las cosas, se puede cometer el delito contenido en el expresado precepto. En nuestra opinión, pues, debe darse á esta disposición legal, una redacción más clara que la que se le ha dado, porque, en cosas tan graves, conviene sobre todo, que no haya ni la más remota obscuridad.

Según ese citado precepto, no sólo se castiga á los que, por medio de explosivos, atentan contra las personas, sino á los que únicamente causan daño en las cosas, aunque sea en sitio en que no haya riesgo para las personas, con tal que la explosión se verifique. Así se desprende del contexto de dicho artículo, especialmente del número tercero; el cual, en la práctica, puede dar lugar á condenas verdaderamente lamentables, por lo crueles. Una persona cualquiera, por ejemplo, sea ó no anarquista, coloca, en un sitio aislado, y para causar un daño en determinada propiedad, un aparato explosivo, que puede ser un diminuto cartucho de pólvora. Pues bien, aun cuando su intención haya sido producir el daño más insignificante, basta con que la explosión se haya realizado, para que deba considerársele comprendido, en el número tercero del repetido artículo, y condenársele nada menos que á la pena de cadena temporal.

(1) El dicho artículo 1.º de la ley de 10 de Julio de 1894, dice literalmente así:

El que atentare contra las personas ó causare daño en las cosas, empleando para ello sustancias ó aparatos explosivos, será castigado:

Primero. Con la pena de cadena perpetua á muerte, si por consecuencia de la explosión resultare alguna persona muerta ó lesionada.

Con la misma pena, si se verificase la explosión en edificio público, lugar habitado ó donde hubiere riesgo para las personas, y resultare daño en las cosas.

Segundo. Con la de cadena temporal en su grado máximo á muerte, si se verificase la explosión en edificio público, lugar habitado ó donde hubiera riesgo para las personas, aunque no resultare daño en las cosas.

Tercero. Con la de cadena temporal en los demás casos si la explosión se verifica.

Ese número tercero, no expresa que sea preciso que la explosión cause daño, para que, en el ejemplo citado, la explosión sea punible; y aunque, según la redacción del párrafo 1.º ya indicada, parece que debiera ser precisa su existencia, para que el hecho fuese punible; sin embargo, el contenido del número segundo, del mencionado primer artículo, y el contexto del artículo siguiente, (1) demuestran, á nuestro entender, que el hecho referido es punible con sólo que el aparato haga explosión, aunque no se haya producido ningún daño. Y si la interpretación, que se diera al dicho número tercero del artículo 1.º, fuera la de que es preciso, en ese repetido caso tercero, la producción de daño material, como no se expresa la cuantía del mismo, siempre la injusticia del precepto, en muchos casos, sería grande, pues que bastaría un daño inapreciable por su insignificancia, para que, á un hombre, se le condene á pena tan grave como la de cadena temporal; á pesar de que su intención no haya sido la de atentar contra ninguna persona, y el petardo ó aparato haya efectuado su explosión, en sitio donde no hubiese ningún riesgo para las personas.

En el expresado artículo primero, se establece una diferencia entre los casos en que resulta, como consecuencia de la explosión, alguna persona muerta ó herida, ó en los que la explosión se haya realizado en lugar donde haya riesgo para las personas, aunque no se causare daño personal, de aquellos otros en que el de-

(1) El artículo segundo de la citada ley, dice así:

El que colocare sustancias ó aparatos explosivos en cualquier sitio público ó de propiedad particular para atentar contra las personas ó causar daño en las cosas, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo, á cadena temporal en su grado medio, si la explosión no se verificase.

El que empleare sustancias ó aparatos explosivos para producir alarma, será castigado con la pena de presidio mayor si la explosión se verifica, y con la de presidio correccional en su grado medio á la de presidio mayor en su grado mínimo, si la explosión no tuviera lugar.

Las penas del presente artículo serán aplicadas á los hechos en él comprendidos, á menos que el resultado de los mismos esté castigado con otras mayores en el Código penal.

lito se cometa directamente contra las cosas, y en sitio donde no haya peligro para los individuos. Pero al llegar ya al artículo segundo, en su párrafo primero, que se refiere al caso en que la explosión no se verifique, entonces no hay que atender á si el acto se ha dirigido contra las personas, ó sólo contra las cosas. Cualquiera que haya sido la intención del delincuente, la pena, en dicho caso, no varía. No estallando el explosivo, la ley supone que tiene igual perversidad el que se propuso volar un café, estando lleno de gente, que aquel que sólo pensó en causar daño en una choza deshabitada, y situada en lugar, en donde ni siquiera había riesgo para ninguna persona. Para ambos delincuentes, la penalidad será la de presidio mayor, en su grado máximo, á cadena temporal, en su grado medio.

Mas el no atender, como se debiera, á lo único que debe atenderse, que es al propósito criminal del agente, da lugar á desigualdades extraordinarias.

Supongamos, por ejemplo, que cierto criminal se propone, en un teatro, reproducir el horrible atentado del Liceo de Barcelona, y, con tan monstruoso fin, cuando el local se halla más lleno de gente, coloca, en punto á propósito, un aparato explosivo, que, en su concepto, debe sembrar la muerte por doquiera, y producir una verdadera catástrofe. Pero, por una providencial coincidencia, un agente de policía, que ha visto colocar el explosivo, se apodera de éste, antes de que estalle, y logra evitar la explosión y las inmensas desgracias preparadas. Evidente es que, en este caso, la perversidad del criminal es la misma que si la explosión se hubiera realizado. Pues bien, á pesar de ello, la ley no le condena, como maximum, más que al grado medio de la cadena temporal. En cambio, como hemos visto, puede ser impuesto el grado máximo de la dicha cadena, al que, por medio de explosivo, se proponga sólo causar en una propiedad, un daño insignificante, en sitio donde no haya riesgo para las personas, si la máquina llega á hacer su explosión.



Pero es más: supongamos también que la máquina explosiva, con la que el criminal quería sembrar el espanto y la desolación, en el ejemplo citado del teatro, deja de verificar la explosión, no porque la evitase el agente de policía, sino porque, á pesar de todos los cuidados que puso el delincuente para que el aparato produjese su siniestro propósito, tenía éste algún defecto esencial, que hacía imposible la explosión, y por tanto, la consumación de la volición criminoso. Pues bien, en este caso, como habría existido imposibilidad de *medio á fin*, como el criminal no practicó *todos los actos de ejecución, que debieran producir como resultado el delito*, no sería punible su horrible intento, conforme á lo dispuesto en el artículo 3.º del Código penal, aplicable al caso, según lo mandado en la disposición final de la dicha ley de 10 de Julio último.

El párrafo segundo de ese artículo, ya citado, se refiere al caso en que se empleen sólo los explosivos para causar alarma; y esto ha de producir también grandes dificultades, para resolver si lo que se propuso el criminal, fué sólo causar alarma, ó atacar contra las personas; y si, cuando proponiéndose únicamente como fin la indicada alarma, resultasen desgracias personales ó materiales, se habrá de aplicar el artículo primero, ó este segundo párrafo, en combinación con los demás que del Código le sean aplicables.

Con lo expuesto basta, á nuestro juicio, para demostrar que la repetida ley, debe reformarse y aclararse.

Nosotros distinguiríamos siempre, los casos en que el atentado sea contra las personas, de aquellos en que el criminal se dirija sólo contra las cosas, en lugares en donde no haya riesgo para aquellas. Así es que, en el primer caso, cuando se coloque un explosivo en sitio en que haya riesgo ó peligro para las personas, debería castigarse al criminal con la más severa de las penas, menos la de muerte, cualquiera que sea el resultado que, con la explosión, se haya conseguido, equiparando siempre la frustra-

ción, al delito consumado, según en otro lugar expusimos. Empero si el crimen se ha dirigido sólo contra las cosas, y el aparato se colocó en sitio en que para las personas no había riesgo alguno, entonces la pena debería ser siempre mucho menor, teniéndose presente la gravedad del daño material, que el culpable se propuso cometer.

XXIV

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO; Y DE LA EXPROPIACIÓN

Una de las principales exigencias de la reforma del Código, es ponerlo en armonía con los preceptos de la Constitución vigente de 1876. La reforma que se hizo en 1870 fué dirigida, principalmente, á poner nuestra legislación penal en concordancia con la Constitución de 1869; pero siendo ésta, en gran número de puntos esenciales, muy distinta de la actual, claro es que los preceptos penales basados en aquella, quedaron sin legal fuerza, desde la publicación de la que hoy nos rige, en cuanto aquellos sean opuestos á ésta, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo.

Así, el número 1.º del artículo 215 del Código, relativo á la inviolabilidad del domicilio, ha sido virtualmente derogado por el 6.º de la Constitución del 76, el cual, si bien prohíbe la entrada en el domicilio de un español, ó extranjero residente en España, sin su consentimiento, exceptúa los casos expresamente previstos en las leyes, no siendo ya esta prohibición tan absoluta como lo era en la anterior Constitución.

Los artículos 546 y 550 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, han modificado, profundamente, lo dispuesto en el Código, con relación á la inviolabilidad domiciliaria, debiendo hacerse la reforma en el sentido de dichos preceptos.

También se halla alterado el artículo 210 del Código, que pro-

hibe la detención del ciudadano, á no ser por razón de delito; debiendo ahora tenerse presente, que pueden las detenciones practicarse, asimismo, por simples faltas, en los casos á que se refiere el artículo 495 de la citada ley de Enjuiciamiento.

Por la misma razón constitucional, se halla de igual modo derogado el artículo 228 del Código, sobre expropiación de bienes, pues que el 14 de la Constitución del 69, en que se basa, es distinto del 10 del actual. Debe, pues, modificarse aquella legal disposición, para armonizarla con la vigente Ley fundamental.

XXV

DERECHOS DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN

Respecto de este punto, hay que decir que, habiendo establecido el Código constitucional democrático de 1869 estos derechos, en toda su extensión, obvió es que la ley penal vigente, tampoco le puso más límites, que los contenidos en los artículos 196 y 198 de la misma, en los cuales sólo se prohíbe la concurrencia con armas á reuniones, y las asociaciones contrarias á la moral pública, ó las que se propongan cometer algún delito. La Constitución actual, en su artículo 14, consignó que las leyes dictarían las reglas oportunas, para asegurar á los españoles en el respeto recíproco de los derechos que aquella les reconoce, sin menoscabo de los derechos de la Nación, ni de los atributos esenciales del poder público. Estas reglas, á que la Constitución se refiere, han sido ya dictadas, y se hallan en la Ley de reuniones públicas de 15 de Junio de 1880, y en la Ley sobre asociaciones, de 30 de Junio de 1887.

Con arreglo al contenido de esas dos leyes, conviene reformar los artículos del Código referentes á reuniones y asociaciones públicas. Debe cuidarse de no dejar el número segundo del artículo

198, en la forma en que está redactado, porque, al decirse, en él, que son asociaciones ilícitas, las que tengan por objeto *cometer alguno de los delitos, penados en este Código*, pudiera creerse que no son ilícitas, literalmente entendido, las que tengan por fin la comisión de los delitos, en que se ocupan las leyes especiales, por cuanto éstos no se hallan penados en el dicho Código.

Creemos que, para hacer compatible el orden público, con los indicados derechos de reunión y de asociación, bastan las disposiciones de las indicadas leyes, que han alterado los preceptos del Código, pues hoy no podrían aplicarse los artículos 229, 230, 231 y 232 de este cuerpo legal, sin armonizarlos con aquellas.

XXVI

DELITOS CONTRA LA RELIGIÓN

Uno de los cambios más importantes, que ha introducido la vigente Constitución, en el estado de derecho creado por la de 1869, es el relativo á los delitos contra la Religión.

Esta última Constitución estableció, en su artículo 21, la libertad de cultos, sin más limitaciones, que la de que éstos no fueran contrarios, á las reglas universales de la moral y del Derecho.

Ese amplio concepto fué modificado, esencialmente, por el artículo 11 de la actual Constitución, en el cual, si bien se expresa que nadie será molestado en el territorio español, por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido á la moral cristiana, se consigna también, que la Religión Católica, apostólica, romana, es la del Estado, y que no se permitirán otras ceremonias, ni manifestaciones públicas, que las de la citada Religión.

Los relaciones, pues, de la Iglesia y del Estado han cambiado, por cuanto ese último precepto establece, una radical diferencia,

entre la Religión Católica, que profesamos la inmensa mayoría de los españoles, y las demás comunidades religiosas. Claro es, por tanto, que el Código, que estaba basado en la libertad de cultos, la cual ya no existe, tiene que ser esencialmente alterado, para armonizarlo con la Constitución actual. En este punto, la reforma debe hacerse, á nuestro juicio, en el sentido de la base segunda del dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados, referente al Proyecto de ley, remitido por el Senado, sobre la reforma del Código Penal. Dicha base dice así: *Se establecerán sanciones penales eficaces para proteger el culto, los ministros, las ceremonias y manifestaciones públicas de la Religión Católica, y para impedir, que se escarnezca públicamente su dogma, así como para garantizar el ejercicio y las ceremonias de cualquier otro culto distinto del católico, dentro de sus respectivos recintos y cementerios, en armonía con la tolerancia religiosa, establecida en el artículo 11 de la Constitución.*

XXVII

DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Uno de los delitos que, con más frecuencia, ocupan la atención de los Tribunales es el de *lesiones*. Pero la base de que parte el legislador, para el castigo de las *lesiones menos graves*, y algunas de las *graves*, no nos parece acertada. Nos referimos al tiempo que la enfermedad haya durado, ó al tiempo en que el lesionado haya estado incapacitado para el trabajo. Este fundamento legal es poco razonable, porque todo el mundo sabe, y ha podido observar, que hay lesiones graves que se curan pronto, y otras menos graves, cuya duración se prolonga bastante más que aquellas. En esto de la duración influye mucho, el mayor ó menor acierto del médico, la pureza de los medicamentos, la oportunidad con que el remedio se aplique, los recursos con que cuente la familia, ó el

hospital en su caso, para el cuidado del enfermo, la naturaleza de éste, y otros accidentes. Es, pues, verdaderamente injusto atender sólo á esta dicha duración, á fin de graduar con ella la importancia del delito. Y respecto á la incapacidad para el trabajo, también se prolonga aquella más ó menos tiempo, conforme es mayor ó menor el término de la enfermedad, porque es consecuencia de ésta; y, además, es muy desigual el perjuicio que con la referida incapacidad se causa, según sea una persona acomodada la víctima del delito, ó un individuo que no tenga más que su trabajo para vivir.

En vista de esto, si bien creemos justo que el Código se fije, principalmente, en las lesiones intencionadas que producen mutilación, imbecilidad, impotencia, ceguera, y la pérdida ó deformidad de algún miembro, también opinamos que esas otras lesiones, que no se hallan en estos casos, debieran quedar á la libre apreciación de los jueces, para que, en consideración á la mayor ó menor gravedad, á su juicio, del evento punible, y á todas sus circunstancias, aplicaran la pena correspondiente al mismo.

Otra de las disposiciones injustas, que contiene nuestro Código, es la comprendida en el artículo 430, en el que se castiga una mutilación cualquiera, que no sea la de castración, (pues esta se pena más severamente) con la reclusión temporal. Es cierto que la ley habla del caso, en que la mutilación se cause de *propósito*; pero la *intención* de dañar se halla también, como en todo delito, en el de lesiones, en general, y, á veces, la intención es en ella más grave, que la de mutilar, pues puede haber habido el propósito de quitar á otro la vida; y, no obstante ello, en este crimen de lesiones, aunque el lesionado resulte nada menos que imbécil, impotente ó ciego, ó hubiese perdido un ojo ó algún miembro principal, el Código no pasa, en su castigo, de la pena de prisión mayor ó correccional, en sus respectivos casos. Es más, el homicidio es también castigado, con la pena de reclusión temporal, lo mismo que la mutilación; de donde se deduce que, para nuestra

ley, es tan grave y causa tanto perjuicio cortar á una persona un dedo, que quitarle la vida. Esto es verdaderamente absurdo.

La ley, de igual manera que ha separado de dicho precepto la castración, para castigarla con mayor pena, ha debido establecer una gradación inferior en las otras mutilaciones, pues no revela la misma perversidad el que corta un dedo ó un pedazo de nariz ú oreja, que el que corta una pierna, la lengua ó saca los ojos.

Ese precepto injusto debe, pues, modificarse y suavizarse, haciéndose las distinciones oportunas, entre las diversas mutilaciones.

Toçante al delito de *homicidio*, debe tenerse presente, que no siempre que después de una lesión, voluntariamente realizada, se origine la muerte del ofendido, puede, con justicia, considerarse al autor como homicida; porque, para esto es preciso que haya habido la intención de matar. He aquí porqué dice muy bien Pessina, en sus Elementos de Derecho Penal, que *non basta l' animus nocendi, in generale, ma egli é necessario che ci sia stato, l' animus necandi.*

Á nuestro entender, debería el Código español consignar, expresamente, el anterior y justo concepto, de análoga, aunque no igual manera, que lo establece el artículo 362 del de Portugal.

En lo relativo al *duelo*, poco hemos de decir. La ley se ha dictado para que se cumpla; y no deja de ser una grande inmoralidad, el que las disposiciones del Código sobre la materia, sean letra muerta, y queden impunes estos hechos criminales, á pesar de que no se ejecuten en la sombra, sino con gran publicidad. Nosotros creemos que, á fin de impedir este mal social, debiera castigarse la indiferencia, en que incurren los funcionarios que están obligados á perseguir este delito; estableciendo una sanción especial para ellos, si, teniendo noticias de estarse concertando, ó de haberse celebrado un duelo, ya verbalmente, ya por medio de la prensa, ó por cualquier otro modo, dejaran de proceder, con toda actividad, al exacto cumplimiento de las disposiciones legales.

XXIII

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Respecto á los delitos contra la propiedad, tenemos que exponer que, en nuestra opinión, debe, como en todo, atenderse más á la intención del delincuente; y no fijarse, como hace el Código generalmente, para graduar la perversidad de aquel, en la importancia del daño material ocasionado.

La malignidad del criminal se demuestra, por el modo en que ha cometido el delito, y por los móviles que le han impulsado; pero, en la mayoría de los casos, el de que la cantidad sustraída ilegítimamente, sea mayor ó sea menor, no es dato que nos pueda conducir, con acierto, á conocer la malicia del agente. El dato material de la cantidad sustraída, es elemento necesario para graduar la responsabilidad civil; pero no para apreciar la criminal. Á veces, un robo de cinco duros es más vituperable que otro de quinientos; y respecto al perjuicio que, con este crimen, se causa, es siempre mucho más grave el sustraerle á un pobre cien pesetas, que á un rico cinco mil. Por eso los principales Códigos modernos, mucho más perfectos que el nuestro, como los de Alemania, Bélgica y Holanda, prescinden del dato de la cantidad, para la punición de esta clase de crímenes.

La disposición contenida en el número 1.º del artículo 516 de nuestro Código, la conceptuamos, también, poco justa. Por ella se castiga, con la pena de cadena perpetua a muerte, el robo en el que resultare homicidio. Si de este último delito no respondiese más que el que lo hubiese realizado, al practicar el robo, ó el que para él se hubiese concertado, nada tendríamos que decir; pero como la jurisprudencia tiene establecido, al interpretar el citado precepto, que el robo con homicidio es un delito complejo, y que res-

ponden de éste todos los que hubiesen ejecutado el primero, creemos que el artículo debe reformarse, en el sentido de que cada criminal no responda más que de sus propios actos. Así se facilitarí el descubrimiento de estos graves delitos de robo, pues claro es que los criminales que no hubieran tenido intervención ninguna en el homicidio, siendo su responsabilidad menor, no tendrían ya tanto interés en guardar silencio, y muchos harían revelaciones importantes.

También deben ponerse en armonía las disposiciones contenidas en los artículos 526 y 531 del Código, á fin de que no resulte el absurdo, que hoy resulta, de que el hurto de semillas alimenticias, frutos ó leñas, se castigue, en ciertos casos, con pena mayor que el robo de esas mismas materias.

XXIX

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS

Uno de los delitos que más urgente reforma exigen, es el relativo á la falsificación de documentos públicos. La razón, la conciencia de los Tribunales y la opinión pública, reclaman imperiosamente esta reforma. La penalidad que la ley señala, es la de cadena temporal y multa de 500 á 5000 pesetas; y este castigo es verdaderamente excesivo, en la mayor parte de los casos, poniéndose á los jueces, con frecuencia, en situaciones muy difíciles, pues tienen que optar entre aplicar una pena, que consideran desmesurada, ó dar una interpretación á la ley, que permita imponer penas más benignas. De aquí nace la frecuencia con que las falsedades tienen que considerarse como cometidas por imprudencia, forzándose, tal vez, un poco la lógica; pero conformándose los fallos, con las fundamentales reglas de equidad y de justicia.

El axioma jurídico de *non nisi dolo malo falsum*, entendido en absoluto, nó lo consideramos cierto. Todos los días vemos falsedades en documentos cometidas, no sólo sin dolo, sino ni aún con grave culpa. Según está el Código redactado, la alteración de cualquier circunstancia accidental de insignificante importancia, una mera equivocación en la fecha, aunque no produzca perjuicio alguno, expone al autor de ella, á sufrir la pena de cadena temporal. Es verdad que mucho ha mejorado este estado de cosas, la ilustración y la rectitud del Tribunal Supremo; pero el mal subsiste en el Código, y necesario es que éste, inspirándose en principios más justos, no tenga expuestos á funcionarios honrados, por el menor descuido, á codearse, en los presidios, con los grandes criminales.

En el Código de 1850 existían dos artículos, que evitaban esta injusta desproporción. El 239 disponía que los culpables que se delataran á la Autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento, y revelaran las circunstancias del delito, quedarían exentos de pena, salvo la sujeción á la vigilancia, que podrían imponer los Tribunales. Esto se entendía cuando no había habido perjuicio para tercero, ó cuando éste había sido indemnizado. El 240 ordenaba, que los Tribunales rebajasen de uno á dos grados la pena, imponiéndola en el que estimaren conveniente, cuando la falsedad no ocasionaba perjuicio efectivo y considerable á tercero, ni había producido grave escándalo. Estas justas disposiciones desaparecieron, poco acertadamente, á nuestro juicio, en la reforma de 1870.

Indudablemente son las falsificaciones de documentos públicos, hechos de mucha trascendencia social, y que deben, con severidad, castigarse, cuando con intención criminal se han realizado; pero nunca la pena puede, en justicia, traspasar los límites de una justa proporción, ni confundir los actos que pueden nacer de un descuido, con los que proceden de evidente malicia.

Por eso nos parece que es preferible el concepto que, sobre fal-

sificación de documentos, establece el artículo 267 del Código alemán. Según este Código, para que haya falsificación punible, es preciso la *intención fraudulenta*, el engaño, el propósito de perjudicar.

Así es que debiera, á nuestro juicio, establecerse, en nuestra ley, una disposición análoga; expresándose también, que cuando no hubiere habido intención maliciosa, en la falsificación de documento público, y ésta fuere sólo una consecuencia de negligencia ó de descuido, aquel hecho constituiría una falta, cuya repetición podría dar lugar á la separación del funcionario, en ella reincidente.

De no estimarse esto oportuno, cuando menos debieran restablecerse los artículos citados del Código de 1850.

Antes de terminar lo relativo á las falsedades, vamos á hacer una indicación. En nuestro país, es la gente, en general, refractaria á hacer denuncias; y hasta se mira mal al delator. Pero, además de esta resistencia natural á hacer denuncias, existe también para impedir las, el temor de incurrir en la responsabilidad, que para la acusación ó denuncia falsa, establece el Código en su artículo 340. Justo es que el que, conscientemente y sin fundamento bastante, guiado, tal vez, por el odio ó por algún otro bajo sentimiento, atribuye á una persona falsamente la comisión de un delito, sea severamente castigado; pero hay casos, en los cuales, si bien no se tienen pruebas bastantes de un crimen cometido, hay motivos racionales suficientes para presumir que se haya perpetrado, y aún para sospechar de determinada persona, respecto á la cual no exista ningún motivo de animosidad. Así, pues, creemos que debería reformarse el artículo 340 citado, en el mismo sentido en que, en la actualidad, se trata de reformar también el Código de Hungría, ó sea estableciendo que, cuando la denuncia ó acusación se haya hecho con fundamento ó motivo racional bastante, al prudente juicio de los Tribunales, y además no deba tampoco estimarse que se haya efectuado con el fin de calumniar,

no será penada la acusación ó denuncia, aunque resulte falsa la incriminación.

XXX

AMENAZAS Y COACCIONES

En el capítulo de amenazas y coacciones, además de introducir las modificaciones oportunas, para que no resulte el absurdo, que hoy aparece, de pensarse, en ciertos casos, la amenaza con más pena que el delito con que se amenazó, lo que sucede, por ejemplo, cuando se amenaza, sin condición alguna, con inferir una lesión menos grave, lo adicionaríamos con algunos hechos, que creemos debieran especialmente pensarse. Uno de ellos es el de reunirse tumultuariamente delante de fábricas, talleres ó locales en que trabajen obreros, ó ante la morada ó domicilio del empresario, fabricante, director ó patrono, para impedir el principio ó continuación de trabajos, ú obligar á los obreros á abandonarlos.

Hay, también, otro hecho en nuestra sociedad muy común, y que, sin embargo de que no se han fijado en él, debidamente, los legisladores, debiera tener en el Código su correspondiente sanción. Nos referimos á las llamadas *recomendaciones*, que son verdaderas coacciones, en ciertos casos.

Un funcionario judicial ó administrativo, ó de cualquier otro carácter, al que su superior jerárquico le recomiende, en determinado sentido, la resolución de un asunto, sometido á la decisión ó dictamen de aquel, no puede menos de tener coartada su libertad, por el temor de posibles y graves perjuicios, si desatiende la recomendación. Ese acto es punible, y debe ser convenientemente castigado, haciéndose extensivo el castigo al cacique ó personaje político, que efectuara dichas recomendaciones.

La misma razón, y aún mayor, si cabe, que nuestras leyes han

tenido para castigar, en materia electoral, las recomendaciones que las autoridades hagan á las personas que de ellas dependan, á fin de que no recomienden á los electores candidatos determinados, existe para reprimir, por medio de pena adecuada, estos hechos, en todos los casos en que con ellos se cohíba la conciencia de los funcionarios. Tan graves son ciertas recomendaciones, que estimamos este punto, en nuestra patria, de una trascendental importancia. La recomendación es, por una parte, una coacción verdadera; por otra, en ciertos casos, envuelve una tentativa de cohecho, por la esperanza tácita que entraña de probables medros, si el que recomienda consigue su propósito; y también es, por demás, injuriosa para los funcionarios á quienes se dirige. Creemos, pues, que este es un punto que merece muy seria meditación.

XXXI

PREVARICACIÓN

En lo referente al delito de prevaricación, creemos deben extenderse las disposiciones del Código, á los individuos del Ministerio Fiscal, Abogados del Estado y demás funcionarios, que, á sabiendas, formulen pretensiones injustas, relativas á las obligaciones de su cargo, ó, de cualquier modo, falten, maliciosamente, á éstas.

El artículo 366 de nuestro Código, que es el relativo á los casos en que un Juez dicte sentencia injusta, *por ignorancia inexcusable*, debe también, á nuestro juicio, reformarse. El Juez que, por ignorancia, sin intención dolosa, comete una injusticia, no puede ser un criminal, como la ley establece. Para enmendar sus errores, están los Tribunales de apelación; y si es que no es apto para administrar justicia, por incapacidad ó desconocimiento absoluto

del derecho, lo cual apenas puede concebirse, medios legales hay para destituirle, sin echar sobre él la mancha de una condena criminal.

Además, antes de terminar este párrafo debemos decir, que creemos debiera someterse á una responsabilidad especial, al Abogado ó Procurador que obrare, en cualquier asunto, de acuerdo con la parte contraria, para perjudicar á la suya; ó que irrogase á ésta algún perjuicio, por medio de dádivas ó promesas de la dicha parte contraria, ó de cualquiera otra persona.

XXXII

DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

La parte del Código, que se ocupa en los delitos contra la honestidad, es bastante deficiente. En ella debe, en primer lugar, extenderse á *los cómplices* la responsabilidad consiguiente, en el crimen de *adulterio*. Además, debe expresamente pensarse, al ascendiente que facilite la prostitución de cualquier descendiente, para satisfacer los deseos de un tercero; incurriendo también, en este caso, en la correspondiente responsabilidad, el marido que cometiere el mismo hecho, con respecto á su mujer, y el tutor ó encargado de la educación ó guarda de un menor, que favoreciere la corrupción de éste. Asimismo el *proxenetismo* debiera pensarse, aunque no fuera habitual, si para facilitar el vicio se emplean malas artes, del mismo modo que lo castiga, en estos casos, el artículo 181 del Código de Alemania.

También debe severamente pensarse, á nuestro juicio, la sodomía, la bestialidad y el incesto, como lo penan algunos Códigos modernos, especialmente el abuso contra la naturaleza, cometido con violencia ó amenazas, entre individuos del sexo masculino.

No hacemos más que indicaciones, no sólo porque la materia

no necesita aquí mayores desenvolvimientos, sino por la extensión que ya ha adquirido esta Memoria.

XXXIII

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL LIBRO 3.º

Acerca de las faltas, poco hemos de decir, pues que la opinión pública se ha expresado ya elocuentemente, demostrando la necesidad de que los delitos pequeños de hurto ó estafa, de daño y de lesiones, se trasladen á este libro. Hoy es, en verdad, lamentable, que para juzgar de un hurto del más insignificante valor, se reuna en una Audiencia el Tribunal correspondiente, y, con todo el aparato solemne de un juicio oral, y asistencia de Abogados, Procuradores, Guardia civil, peritos, testigos, procesados y público, se decida acerca de la responsabilidad en que hayan incurrido, los que sólo hurtaron, por ejemplo, media docena de dátiles. Esto no es conveniente, y ni siquiera parece compatible con la seriedad de los juicios. Además, los gastos que se ocasionan, en estos procesos, algunos muy voluminosos, son considerables para la Hacienda pública, pudiendo, por otra parte, producir la ruina de los procesados que tuvieren algún pequeño patrimonio, y no guardan relación con lo exiguo del valor de la cosa ó de la cantidad sustraída.

Al remedio de este mal, tiende la base doce del proyecto de Ley del Senado, sobre la reforma del Código, en la que se expresa que *se sacarán del Libro 2.º para llevarlos al 3.º, que trata de las faltas, aquellos hechos punibles de lesiones, hurtos, estafas ó daños, que, por la poca entidad del perjuicio irrogado y menor criminalidad que revelen en el delincuente, puedan ser castigados con dicho carácter de faltas, sin riesgo ni perturbación en el orden social.*

Nosotros creemos que no sólo deben traerse, á este libro, los

indicados hechos, sino, además, los robos de poca importancia de semillas alimenticias, frutos ó leñas, cometidos en lugares no habitados, cuando no haya habido violencia en las personas, y los modos empleados no supongan gran criminalidad; las usurpaciones que también sean de entidad escasa; y las falsificaciones de documentos públicos, cuando se hubieren realizado sin intención fraudulenta, sin propósito de lucro, ni de perjudicar á ninguna persona.

Este libro debiera, de igual modo, extenderse á otros actos punibles, como el de tener ó fabricar ganzúas ú otros instrumentos destinados generalmente á cometer delitos, sin dar descargos suficientes acerca del uso á que se destinen; el hacer la apología de ciertos delitos; y algunos actos preparatorios de hechos dignos de castigo; así como también la blasfemia pública y el mal trato brutal, á los animales.

Pero para que esta reforma pueda hacerse, es preciso, en primer lugar, que el *arresto* para el castigo de las faltas, se extienda de *un día á seis meses*, á fin de que pueda haber la proporción debida, en la parte con que va á aumentarse el libro 3.º; y, en segundo lugar, que no sean los Jueces municipales los que se encarguen del conocimiento de las nuevas faltas.

Las deficiencias frecuentes de la jurisdicción municipal, fueron una de las razones, que se tuvieron en cuenta, para la reforma de 1876; y claro es, que no puede ahora deshacerse lo entonces hecho, y ampliarse más el número de infracciones que deban reputarse faltas, para entregar el castigo de éstas á la justicia municipal, que, en general, carece de conocimientos jurídicos suficientes. Esto equivaldría á una verdadera y lamentable torpeza, que, creemos, no efectuará ningún legislador, aunque se plantease la reforma que, con tan laudable propósito, ha intentado el Señor Capdepón.

En nuestro concepto, las faltas deberían dividirse en dos categorías, del mismo modo que los delitos: en *graves* y *menos graves*.

En el primer grupo, deberían colocarse todas las que, nuevamente, se creen, y algunas de las que, en la actualidad, existen; y constituirían el otro grupo de las menos graves, las demás vigentes.

Divididas así las faltas, lo conveniente sería, y lo justo y prudente, á nuestro juicio, que de las graves conocieran los Jueces de instrucción, en juicio verbal; dejándose sólo á los Juzgados ó Tribunales municipales, el conocimiento de las menos graves.

Los Jueces de instrucción podrían atender con facilidad, al castigo de dichas faltas graves, mayormente si se restablecen todos ó algunos de los Juzgados suprimidos, y si, como es probable, quedan, en lo civil, también reducidos á la instrucción de los pleitos, cuando las Audiencias conozcan, en juicio oral, de los asuntos civiles; proyecto este último que no juzgamos, pero que, parece, se va abriendo camino, y que, tal vez, llegue á adquirir forma en la práctica.

La reforma así hecha, sería garantía de orden y de justicia, y tendría, además, la ventaja de que evitaría, en las cárceles, esa aglomeración, por causas pequeñas, de presos provisionales, que sólo consiguen, en ellas, el acabarse de desmoralizar.

Creemos, también, que debería establecerse, para el buen éxito de la reforma relativa á las nuevas faltas, que cuando el acusado hubiere cometido, con anterioridad, dentro del término prudencial que se fijase, dos hechos punibles de la misma naturaleza que el tercero, fuera, por esta reincidencia, considerada como delito, la ejecución del dicho tercer hecho análogo.

Para concluir este importante punto, nos parece oportuno el indicar que, según nuestro entender, debiera procurarse no incluir en este libro, más que aquellos hechos punibles, que, por su naturaleza y carácter general, deban ser considerados como delitos pequeños, á fin de evitar competencias con las autoridades administrativas, en lo relativo á las faltas, cuyo conocimiento sea de la competencia de éstas. Y una vez hecha la clasificación debida, estableceríamos que los actos considerados como faltas,

dentro de este libro 3.º, no podrían castigarse nunca por las autoridades administrativas, sino sólo por las judiciales, con arreglo al Código penal, y mediante los procedimientos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena.

XXXIV

CONCLUSIÓN

Hemos terminado todo cuanto nos ha parecido necesario decir, respecto á la reforma de la Legislación penal, sintiendo sólo que, por la deficiencia de nuestras fuerzas, no hayamos podido producir un trabajo, que sea digno de la ilustrada Academia, á la que tenemos la honra de dirigirnos.

Al consignar lo que, en nuestra opinión, deben ser las leyes penales españolas, claro es que hemos tenido presente, como se ha visto, los principios de la Filosofía ó de la Ciencia del Derecho penal.

Hemos también tenido en cuenta, en esta Memoria, las instituciones políticas que nos rigen, determinando las reformas que es preciso hacer, para que el Código penal resulte en armonía con la vigente Constitución. Si dimos menos importancia al elemento histórico, que al filosófico, es porque el Derecho penal (á diferencia del Derecho civil, que se funda principalmente en la tradición) es obra de los tiempos presentes, y resultado de la Ciencia moderna.

Y evidente es, asimismo, que, al establecer lo que, en nuestro concepto, debe ser el Derecho penal de España, en su estado político actual, hemos atendido á las necesidades del orden social, el cual no es otra cosa que la armonía de las relaciones jurídicas de todos los ciudadanos, la coexistencia de las libertades individuales, el vínculo, en fin, con que el Derecho une á todos los

hombres, y que, cuando se quebranta por el delito, necesita de la fuerza de la pena, para su reafirmación, y para la conservación y tranquilidad de las sociedades.

Si nuestras diarias ocupaciones nos hubieran dejado el tiempo necesario, tal vez hubiésemos acometido la, para nosotros, temeraria empresa, de redactar un proyecto completo del Código, que reflejase todo nuestro pensamiento. Nos hemos tenido que circunscribir á la redacción, en la forma que queda expuesta, del Título preliminar, por más que no renunciamos á nuestro deseo; así como al de completar las indicaciones, que dejamos hechas, sobre organización judicial y sistemas penitenciarios, en otros modestos opúsculos.

Creemos, pues, haber atendido, con arreglo á nuestras doctrinas, á todos los conceptos que entraña el tema del concurso. Mas si, desgraciadamente, así no fuera, si el docto Jurado, que ha de juzgar éstas líneas, entendiere que no habíamos conseguido lo que, con tanto esfuerzo, hemos procurado, será, para nosotros, lo infructuoso de nuestras tareas, un verdadero pesar; pero, siempre, respetaremos, como desde ahora respetamos, una resolución, que, estamos seguros, habrá de inspirarse, en la mayor imparcialidad, rectitud y justicia.



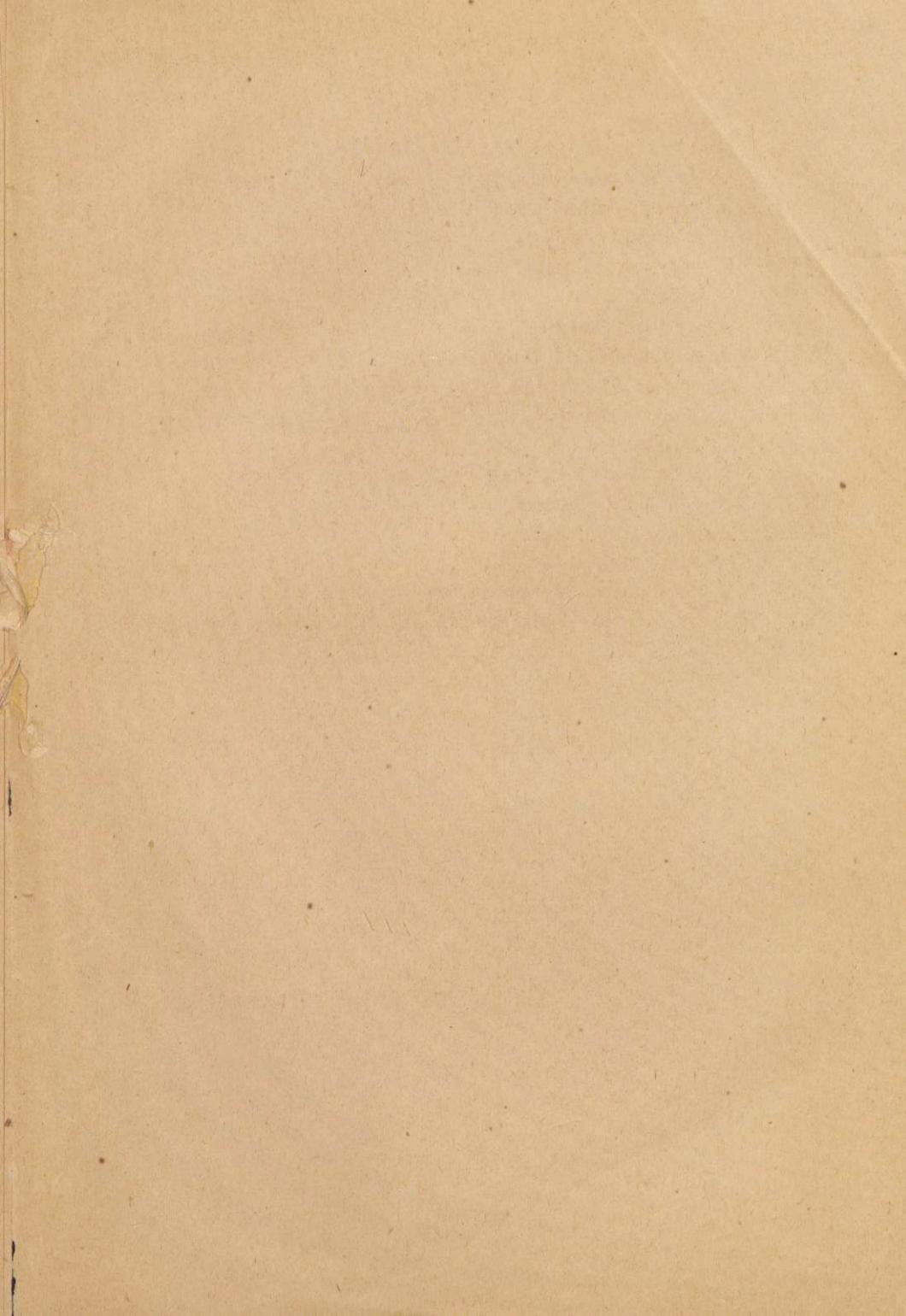
Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in several paragraphs, but the characters are too light and blurry to be transcribed accurately. Some words like "The" and "and" are faintly visible at the start of lines.



ÍNDICE

| <u>Párrafos</u> | <u>Páginas</u> |
|---|----------------|
| Dedicatoria. | V |
| Carta del Diputado á Cortes, D. Antonio López Muñoz. | VII |
| I. Razón de la presente Memoria. | 1 |
| II. Rápida ojeada sobre el movimiento reformista del Derecho penal. | 2 |
| III. Estado actual de la proyectada reforma del Código. | 5 |
| IV. Necesidad de amplio arbitrio judicial. | 6 |
| V. Algunas ideas sobre organización judicial. | 9 |
| VI. La reforma penitenciaria es necesaria para el buen éxito de la del Código penal. | 13 |
| VII. Esfera de actividad de la Ley penal. | 16 |
| VIII. Proyecto de un Título preliminar del Código. | 21 |
| IX. Definición de los delitos y faltas. | 25 |
| X. Caso en que el hecho criminal no se halle comprendido en el Código. | 29 |
| XI. Actos preparatorios del delito, y división de éste en consumado, frustrado y tentativa. | 35 |
| XII. De las Leyes especiales. | 41 |
| XIII. Causas de justificación y de inimputabilidad. | 44 |
| XIV. De las circunstancias que atenúan ó agravan la responsabilidad criminal. | 49 |
| XV. De las personas responsables de los delitos y faltas. | 56 |
| XVI. De los delitos y faltas cometidos por medio de la Imprenta. | 60 |
| XVII. De las penas. | 65 |
| XVIII. Observaciones sobre algunas penas. | 69 |

| | |
|--|-----|
| XIX. . . Sistema penal que podría adoptarse. | 73 |
| XX. . . Observaciones acerca de la aplicación de las penas. | 78 |
| XXI. . . Algunas palabras sobre la extinción de la respon- sabilidad penal. | 83 |
| XXII. . Observaciones generales al libro 2.º del Código penal. | 87 |
| XXIII. . Delitos cometidos por medio de explosivos. . . . | 88 |
| XXIV. . Inviolabilidad del domicilio; y de la expropiación. | 94 |
| XXV. . Derechos de reunión y de asociación. | 95 |
| XXVI. . Delitos contra la Religión. | 96 |
| XXVII. Delitos contra las personas. | 97 |
| XXVIII Delitos contra la propiedad. | 100 |
| XXIX.. Falsificación de documentos públicos. | 101 |
| XXX. . Amenazas y coacciones. | 104 |
| XXXI. . Prevaricación. | 105 |
| XXXII. Delitos contra la honestidad. | 106 |
| XXXIII. Algunas ideas sobre el libro 3.º. | 107 |
| XXXIV. Conclusión. | 110 |





Esta MEMORIA se vende al precio de **dos pesetas y cincuenta céntimos**, en Loja, domicilio de su autor, quien la remite fuera de esta Ciudad, previo envío de su importe.