

Fol
IX

319

ESTUDIO SOBRE LA PROPORCIÓN
ENTRE
LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS
Y LA DE LAS PENAS

MEMORIA

Premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias morales y políticas
en el concurso ordinario de 1884

ESCRITA POR

D. CARLOS BRU DEL HIERRO

« La relación precisa entre las penas y los delitos
no es menos quimérica en Derecho penal que la cua-
dratura del círculo en Geometría; pero en una y otra
es posible la aproximación. »

Tissot.



MADRID

TIPOGRAFÍA DEL ASILO DE HUÉRFANOS
Juan Bravo, 5 (barrio de Salamanca).

1885

A-3/10

Tit. 114761
C.B. 327183

B. 47/31

DE LA PROPORCIÓN
ENTRE LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS
Y LA DE LAS PENAS.





ESTUDIO SOBRE LA PROPORCIÓN

ENTRE

LA GRAVEDAD DE LOS DELITOS

Y LA DE LAS PENAS

MEMORIA

Premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias morales y políticas
en el concurso ordinario de 1884

ESCRITA POR

D. CARLOS BRU DEL HIERRO

« La relación precisa entre las penas y los delitos
no es menos quimérica en Derecho penal que la cun-
dratura del círculo en Geometría; pero en una y otra
es posible la aproximación. »

Tissot.



MADRID

TIPOGRAFÍA DEL ASILO DE HUÉRFANOS

Juan Bravo, 5 (barrio de Salamanca).

1885



DEPOSITO



10000327183

Ca+3/10

Artículo 43 de los Estatutos de la Real Academia de Ciencias morales y políticas.

« En las obras que la Academia autorice ó publique, cada autor será responsable de sus asertos y opiniones. El Cuerpo lo será únicamente de que las obras sean merecedoras de la luz pública. »

TEMA SEGUNDO

PROPUESTO PARA EL CONCURSO ORDINARIO DE 1884

De la proporción entre la gravedad de las penas y la de los delitos, ¿será posible conseguirla señalando la ley todos los grados de los delitos y de las penas correspondientes? No siendo esto posible, ¿se conseguirá mejor ampliando las facultades de los tribunales de justicia para el señalamiento de penas? Ventajas é inconvenientes de uno y otro sistema.

INTRODUCCIÓN

Si nos propusiéramos inquirir y determinar la proporción absoluta entre la gravedad de cada delito y la de la pena correspondiente, deberíamos comenzar fijando los términos exactos de la relación, exponiendo las teorías en que fundáramos la nueva clasificación de los delitos y de las penas que hiciéramos, y procediendo, por consiguiente, á establecer el sistema penal que nos condujera al logro de tal resultado; pero como el obtener dicha proporcionalidad es de todo punto imposible, según demostraremos, es de aquí que nuestra aspiración ha de reducirse á conseguir una aproximación posible para que nuestro estudio tenga un objeto práctico é inmediato, partiendo en su virtud del derecho actualmente constituido, cuya mejora ha de ser el fin que últimamente nos proponemos alcanzar.

Circunscrita, pues, nuestra tarea á este limitado círculo, no es necesario hacer especial profesión en ninguna de las escuelas que en el campo de la ciencia discuten sobre el fundamento del derecho de penar; porque nuestro Código, al igual que todos los de los pueblos modernos, sin adoptar el criterio estrecho de un sistema determinado, es múltiple en los elementos de que ha partido, como múltiples y variados son asimismo los efectos del delito y los fines que con la penalidad han de llenarse.

Y que éste ha de ser nuestro verdadero punto de vista, y que la legislación penal no puede adoptar el exclusivismo de escuela, lo prueba el que, aun reconociendo que todas ellas, en el terreno de la especulación, han contribuido al adelantamiento



del Derecho penal, aportando los sistemas absolutos la idea de la justicia distributiva, principio de toda ley y de todo derecho, los de la defensa y conservación del orden social, la de prevenir y reparar los males que la sociedad reporta del delito, el sistema correccional realzando el fecundísimo principio de la enmienda del delincuente como medio de obtener el restablecimiento del derecho perturbado, juntamente con la rehabilitación del culpable; nosotros, que comprendemos todo esto, y que reconocemos que hasta las exageraciones de los alienistas han servido para fijar la atención de los legisladores sobre la necesidad de distinguir cuidadosamente cuándo la voluntad es libre, y, por consiguiente, punible, y cuándo no lo es, no podemos, á pesar de ello, admitir que el problema penal esté resuelto, ni en vías de resolverse, aceptando privativamente, para ponerlas en práctica, las teorías que se derivan de uno ú otro de dichos principios, porque el delito infringe el orden moral, causa la materialidad del daño en el individuo, lleva la alarma y el mal ejemplo al seno de la sociedad y deja en el culpable la huella de la pasión con que ha procedido, constituyendo todos ellos males de muy distinta índole que hay que tener presentes al establecer la sanción penal, sin que al estatuir la pueda olvidar tampoco el legislador el tiempo ni el estado de la sociedad para quien legisla, porque sus reglas varían según son las circunstancias de aquélla, y no pueden tener, por lo tanto, la fijeza y la inmutabilidad que debieran caracterizarlas si partieran de una base especial y determinada.

De las precedentes consideraciones se deduce también, en lo relativo á nuestro concreto y particular estudio, que la proporción entre el delito y la pena, aunque sea una de las circunstancias esenciales que han de concurrir en ésta, no ha de tomarse, sin embargo, en sentido tan absoluto que obligue á prescindir de todas las demás cualidades que debe reunir la misma, sino que antes bien ha de procurarse su coexistencia armonizándolas en más ó menos grado, según lo exija su respectiva importancia y la índole de cada infracción, extremo al que constantemente hemos de atenernos y que desde luégo ya

indica que la relación que nos ocupa no es susceptible de una matemática exactitud.

Partiendo, por tanto, del concepto aludido, es como debemos intentar el estudio que nos proponemos llevar á cabo; y para obrar con el conveniente método trataremos de las relaciones que en calidad y cantidad deben existir entre los delitos y las penas, así como de la imposibilidad de graduarlas rigurosamente; y precisando luégo los elementos que determinan la gravedad de aquéllos, consignaremos en su consecuencia algunas reformas que, á nuestro entender, sería conveniente introducir en el vigente Código para lograr una aproximación mayor en la proporcionalidad, examinando, por último, las atribuciones que con el propio objeto deberían concederse á los tribunales de justicia, fin este el principal de nuestro humilde trabajo en conformidad con el tema propuesto.

I

De la relación cualitativa entre el delito y la pena.

El precepto de que la pena debe ser proporcionada al delito se ha convertido no pocas veces en una fórmula tan general como abstracta, produciéndose una lamentable confusión de ideas que en realidad son completamente distintas, sucediendo que con mucha frecuencia se usan como sinónimas en Derecho penal las palabras *analogía* y *proporción*, cuyo sentido es muy diverso, teniendo ambas una significación independiente y propia, aun cuando sean dos cualidades de las penas íntimamente ligadas entre sí.

Existe analogía cuando la naturaleza de la pena es en su esencia igual á la del delito, y hay proporción entre una y otro cuando guardan una justa relación en su respectiva gravedad.

Si estudiamos la índole de los delitos entre sí, notamos desde luégo la diferente forma en que cada uno de ellos se manifiesta; pero obtenida la noción de que un hecho punible es distinto de

otro, ocurre también el conocer cuál de los dos es más grave para averiguar su justa imputación, lo cual da lugar á dos diversas relaciones, que son la de su respectiva calidad y cantidad; cuya última condición es también distinta y constituye diferentes grados, aun dentro de un mismo delito, por las circunstancias accidentales que en cada caso concurren; y lo mismo sucede con las penas, pues la especial naturaleza de ellas determina una calidad diferente, cuya gravedad ó cantidad intrínseca ha de ser mayor ó menor, según lo sean su respectiva intensidad y duración; deduciéndose de estos antecedentes que la analogía entre el delito y la pena constituye la relación de sus respectivas calidades y la proporción entre los mismos la de su cantidad; de modo que si la primera puede traducirse en el principio de que según es el delito así debe ser la pena, la segunda equivale á decir que á mayor delito corresponde también pena mayor.

Siendo la pena el castigo que la sociedad inflige al culpable por razón de su delito, y constituyendo éste una perturbación del orden jurídico atacando los bienes ó derechos de los ciudadanos, para restablecer dicho orden preciso es usar de medios de igual clase á los que dieron origen ó carácter á la comisión del hecho punible, pues la ley ha de restaurarse por medios análogos á los que se emplearon para violarla para que la sanción sea propia y eficaz.

Pero al hablar de privación de bienes refiriéndonos, como nos referimos, al hombre, que, á más de ser sensible, es inteligente y libre, claro es que no podemos ni debemos tener en cuenta el bien ó mal puramente físicos, sino el bien ó mal morales, pues de lo contrario llegaríamos en última consecuencia á admitir la bondad y la excelencia del talión, cual lo concibieron los pueblos primitivos, que, tomando dichas ideas en un sentido puramente material, gráficamente expresaron con la máxima de *ojo por ojo, diente por diente* las ideas que poseían sobre la penalidad, reducidas á la igualdad de esencia con el daño ó dolor material causados por el delito, olvidando el efecto psicológico á que debe responder la pena, y que sólo con el transcurso de los tiempos ha sido posible atender.

«La ley penal del talión, dice el distinguido criminalista italiano Vicente Garelli, pudo convenir á los pueblos primitivos que vivían una vida más bien sensible que racional, entre los cuales las ideas abstractas y morales no tienen aún significación ni valor; pero no es acomodada á aquellos otros pueblos en los cuales la virtud intelectual ha tocado ya un cierto grado de desarrollo. En los primeros el delito ha de atribuirse á un impetu ciego é inconsiderado de la pasión y del instinto, al paso que en los segundos, si no es siempre el efecto de la reflexión calculadora, no puede, sin embargo, decirse que al lado del instinto no concommita la medida, el juicio estimativo de la acción delincuente, la obra, en una palabra, de la razón. De aquí proviene que si es justo que en el primer caso la pena se acompañe á la culpa casi en el punto primordial afectando la parte sensible del hombre, en el segundo caso debe la pena no tanto herir el sentido como castigar la voluntad en el impulso ó acción criminal, ocasionando una reacción eficaz y restauradora.»

El olvido de estas consideraciones que se ofrecen al estudiar la dirección y forma de la criminalidad en los diversos tiempos y países, así como los caracteres propios y especiales del espíritu humano, es lo que ha podido hacer caer á Bentham y otros criminalistas modernos en el error de aceptar el talión, más ó menos ennoblecido, como medio el más propio y adecuado de la penalidad hasta llegar en este punto á la exageración y al ridículo, toda vez que, no pudiendo aplicar la igualdad material dadas las diferentes condiciones del agresor y víctima, ó la índole particular del delito, admitieron hasta el talión simbólicamente aplicado, consecuentes con la necesidad que, según su criterio, había de adoptarlo y con el concepto que tenían formado de la analogía, la cual, según definición del mismo Bentham, consiste en la relación, conexión ó enlace entre dos objetos, de los cuales el uno posee la propiedad de suscitar en el ánimo el recuerdo del otro.

Si tales ideas alcanzasen predominio en los Códigos, la consecuencia sería que, como en las legislaciones antiguas, y aun en la de los siglos medios, se distinguiera la penalidad por una

excesiva y repugnante dureza, la cual, trascendiendo á la manera de ser y costumbres de cada pueblo, necesariamente habia de empeorar éstas, y, por consiguiente, los crímenes serían más atroces y más frecuentes, aparte de que si una excesiva analogía entre el mal material de la pena y el del delito puede en determinados casos intimidar, priva en cambio á aquélla de la mayor parte de otras cualidades que debe reunir, y especialmente de la de corregir al culpable, circunstancia que, si no constituye el fin único de la pena, ha de considerarse por lo menos como medio muy útil y propio para evitar el retorno del mal, á la vez que se repare el derecho perturbado.

La verdadera analogía debe, pues, buscarse, no en el cálculo de las respectivas materialidades del delito y la pena, sino en el de la acción y reacción de sus fuerzas morales impulsivas, y es consiguiente, por tanto, que el castigo se dirija á extirpar en su origen el mal, coartando ó restringiendo la franquicia de que se valió el agente para perturbar el orden jurídico, atendiendo con tal objeto á la violencia ó malicia que caracteriza unos ú otros delitos, á la causa ocasional de los mismos, á la naturaleza del deber violado, y sobre todo al poder ó derecho que se utilizaron para realizar el acto punible.

No incumbe á nosotros examinar con la debida detención cuáles sean las penas que llenen más cumplidamente las condiciones expresadas, pues fuera esto separarnos del fin que nos hemos propuesto, que es sólo consignar algunas ideas generales sobre la relación cualitativa entre los delitos y las penas por vía de preparación al estudio de su relación cuantitativa, y además nos llevaría á investigar, entre los diferentes sistemas penales, cuál fuese el que mejores circunstancias reúne y el que en su virtud debiera adoptarse y prevalecer, y ciertamente no alcanzan nuestras fuerzas á estudio de tanta magnitud; pero si no podemos acometer esta empresa, no debemos, sin embargo, dejar de decir, como conclusión práctica de cuanto queda expuesto, que sin desconocer la necesidad que existe de adoptar para casos y delitos determinados una represión enérgica al efecto de conseguir lo que con una pena que mire exclusivamente al efecto

moral, no fuera posible por la gravedad del daño materialmente causado á la gran perversión que demuestre con sus autores, aun conociendo esta necesidad creemos no obstante, conformes con lo expuesto por el eminente Rossi, que las penas de privación (ó de restricción) de libertad son las penas por excelencia de las sociedades modernas, fundando esta opinión en la razón filosófica de que siendo todas las violaciones del derecho el resultado de un mal uso de la libertad con que procede el hombre en todos sus actos, es la restricción de la misma la pena más natural y adecuada, especialmente si se acompaña de aquellas accesorias que más convengan á la índole de cada delito, y teniendo además en cuenta que dichas penas son las que reúnen en mayor número las cualidades que deben adornarlas según lo entiendan la generalidad de las escuelas, puesto que si por una parte son afflictivas, ejemplares y análogas en el sentido indicado, cumpliéndose por otra con arreglo á un buen sistema penitenciario, son las más eficaces ó quizás las únicas, por cuyo medio puede obtenerse la tan apetecida corrección ó enmienda del delincuente, y sobre todo son las que ofrecen más facilidad de poder ser proporcionadas á los delitos, para que se apliquen, por la gran división que admiten en lo referente á su intensidad, y aun más por la mayor ó menor duración de que son susceptibles.

De todos modos, lo que conviene más á nuestro propósito, ya que de las relaciones cualitativas y cuantitativas tratamos, es dejar consignado que si las primeras pueden ser más ó menos convenientes para la determinación ó adopción de la penalidad, no debe considerarse, sin embargo, como de todo punto necesaria en la misma, porque sabido es que las penas varían según los tiempos, las costumbres, grados de civilización de cada pueblo, y hasta la educación ó carácter de los individuos, sin que sean, por lo tanto, la guía única que haya de servirnos para establecer la escala penal, sucediendo todo lo contrario con la relación cuantitativa; pues sean cualesquiera las penas que se crean más pertinentes, siempre su mayor ó menor gravedad ha de hallarse en armonía con la del delito correspondiente en la medida que permiten las limitadas facultades del



hombre; porque, según veremos seguidamente, la noción que poseemos de la justicia así lo exige, y lo exige también la utilidad pública, ó sea la conveniencia social.

II

De la relación cuantitativa entre el delito y la pena.

La palabra *pena*, tomada en su sentido etimológico, es el sufrimiento ó privación impuestos al culpable por razón de su delito, y es de aquí que si la sociedad tiene poder para imponer tal privación, y si el fin de la misma es reprimir y evitar toda transgresión de las leyes de la sociedad civil, para que sea *legítima* ha de ser á la vez *justa* y *útil*, pues no es dado al poder social excederse de los límites que le trazan la naturaleza y gravedad de la infracción realizada, porque lo contrario constituiría ya un mal en sí superior al que se intenta reprimir por lo mismo que el abuso provendría de quien ejerce la potestad tutelar ó amparadora de todos y cada uno de los ciudadanos, ni dicha sanción ha de ser de tal forma que no corresponda ó no sea acomodada á los fines que con ella han de llenarse.

Los deberes que el hombre ha de cumplir unos son exigibles exclusivamente en el terreno de la moral, y sólo cuando perturban los derechos cuya defensa corresponde á la sociedad civil caen bajo la sanción de las leyes penales; pero como no concebimos dos justicias procedentes de principios distintos, ha de convenirse que la justicia humana tiene el mismo origen que la divina, y que, por consiguiente, todas las acciones que la ley penal castiga deben estar reprobadas por la moral, sin más diferencia entre una y otra que la de su respectiva extensión, pues la primera, según hemos indicado, sanciona el cumplimiento de todos los deberes del hombre, así los perfectos como los llamados imperfectos, al paso que la segunda atiende solamente á la transgresión de los deberes á que está sujeto como ciudadano ó miembro de la sociedad de que forma parte

Menos general, menos completa que la justicia divina, es asimismo menos perfecta, porque está sujeta á error; pero si en la más limitada esfera á que queda reducida no podemos alcanzar la aplicación de la pena que corresponde exactamente á cada delito, no podemos prescindir por ello de procurar la mayor aproximación; porque siendo el hombre inteligente y libre, teniendo en consecuencia responsabilidad de sus actos, contrayendo por lo tanto mérito el que obra bien é incurriendo en demérito el que obra mal, es consecuencia final de estos antecedentes, conforme á la idea que tenemos formada de la justicia distributiva, cuya más alta expresión reside en la divinidad, que lo mismo la recompensa que el castigo se apliquen en proporción estricta á lo que merezcan los actos de cada cual.

Si de estos principios absolutos pasamos á los de simple conveniencia ó utilidad, adviértese, como enseña Beccaria, que en el interés de todos está, no sólo que no se cometan delitos, sino que preferentemente los delitos más atroces y más funestos á la sociedad sean los más raros, y en su virtud los medios que la ley use para reprimirlos han de ser más fuertes á medida que el delito sea más contrario al bien público, debiendo, por lo tanto, establecerse una proporción entre la gravedad del delito y la de las penas; y de no hacerse así, si los crímenes que conmueven desigualmente á la sociedad recibiesen el mismo castigo, el hombre puesto ya á delinquir, no habiendo de temer que se le imponga una pena mayor por un delito más grave, fácilmente se decidirá por él con preferencia á otro que quizá le fuera menos ventajoso, produciendo esta distribución desigual de las penas la contradicción muy notable, si no frecuente, de que las leyes habrían de castigar crímenes á las que ellas mismas habrían dado lugar.

Establézcase una misma pena para delitos de gravedad distinta, y bien pronto se extinguirán en el pueblo los sentimientos morales, la pendiente del crimen crecerá en razón de los beneficios que aquél reporte al delincuente; y si las penas se consideran necesarias como obstáculos políticos que impiden los funestos efectos de las pasiones y del choque de los intereses

personales, es necesario también que su entidad sea mayor á medida que sea más trascendental y grave el desorden causado.

No es de extrañar, por lo tanto, que la máxima de la proporción entre el delito y la pena haya sido reconocida y proclamada en los diversos tiempos y países, y aparte de las primitivas legislaciones en que dicha máxima se puso en práctica por el medio material del talión, siempre ha sido considerada como la norma de la ley penal, según ha demostrado Mr. Helie, que á partir del Deuteronomio ¹ y de las leyes romanas ², cita en comprobación de su aserto diferentes pasajes de Platón y Horacio ³ entre los antiguos, y Grocio, Puffendorf, Montesquieu, Wattel, Beccaria, Filangieri, Pastoret, Bentham, Renarzi, Romagnosi, Carmignani, Feuerbach y Rossi, entre los modernos, todos los cuales recomiendan y establecen el principio de la proporcionalidad, si bien reconociendo los más las dificultades que se ofrecen para llevar á la práctica esta noción de la justicia estricta.

Asimismo, á pesar de la diferencia de apreciación que sobre el objeto y fin de la pena separa á las distintas escuelas que contienden en el campo del derecho penal, todas ellas están también conformes y preconizan el principio de la proporción entre la gravedad del delito y la pena, disintiendo únicamente de esta unanimidad de pareceres la escuela correccional, que podríamos llamar absoluta; y aun ésta, si bien prescinde completamente del hecho material, ó sea de la naturaleza especial del delito para fijarse única y exclusivamente en las condiciones y estados del agente, pretendiendo graduar por él la intensidad y duración de la pena; esta relación desde luégo

1 «Pro mensura peccati erit et plagarum modus.» (Deut., cap. XXV, vers. 2.)

2 «Pœna est commensuranda delicto... Requiritur omnino ut pro ratione delictorum pœnas constituent (leges); nequaquam vero immanem aliquam multoque, quam pro delicti modo, graviorem penam imponant.» (Novela CV.)

3 «Adsit regula peccatis quæ pœnas irroguet æquas.» (Lib. I, serm. III, vers. 117.)

indica que aun en este sistema no tiene cabida la arbitrariedad en la aplicación de las penas, y que la proporción es la que le informa, singularizándose sólo en que el elemento que le sirve de base para fijar la relación es la resistencia moral que oponga el culpable.

Esta teoría, no obstante, profundizando algo más la cuestión, ha de convenirse en que no es oportuna ni es posible realizarla en la forma que queda expuesta, ó lo que es lo mismo, no puede darse el caso de que se pene más duramente un delito menor que otro más grave, como se daría si aquélla dependiera exclusivamente del estado moral del delincuente, pues aun aceptando que la corrección de éste fuese el fin último de la pena, no pudiendo, como no podemos, penetrar en el corazón humano, y debiéndonos atener al hombre exterior, ó sea á la honradez legal, es indudable que no podremos prescindir nunca de medir el rigor de la pena por la gravedad del delito; porque si la pena ha de ser igual para todos los que son igualmente culpables, este es un ideal que no alcanza á realizar la imperfección humana y ha de concretarse al hecho cuya gravedad puede apreciarse, al paso que el grado de culpa del agente es de imposible apreciación; por manera que, en definitiva, hay que reconocer que las penas deben ser correccionales; pero que la corrección, lo mismo que el ejemplo, ha de ser proporcionada á la naturaleza, esto es, á la gravedad del delito.

La conciencia nos indica que debe castigarse más gravemente una muerte que un robo, y esto demuestra, como elocuentemente ha dicho Rossi, que la relación de la pena con el delito es una verdad de intuición, que no es necesario, por consiguiente, demostrarla, y que es la naturaleza del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, aplicada al hecho de la expiación, y la única particularidad que debe consignarse es que teniendo por objeto la justicia penal la conservación y garantía de los derechos que pertenecen al hombre considerado solo ó en el estado de sociedad, esto constituye la utilidad de la misma, y dentro del círculo que le traza la justicia esta utilidad es el límite que debe regular la entidad de la pena.



III

Imposibilidad de que se señalen exactamente en la ley todos los grados de los delitos y de las penas correspondientes.

Según las palabras citadas de Rossi, la conciencia nos dicta que ha de haber proporción entre los delitos y las penas; pero á ellas podemos añadir que también por intuición, y sin necesidad de examinar científicamente la materia, comprendemos que dicha relación no puede ser exacta, ó lo que es lo mismo, que no hay términos hábiles para fijar de un modo preciso ó matemático la intensidad y duración de la pena aplicables á cada hecho punible, aun dado que la naturaleza de la misma fuese la más propia y adecuada al caso.

Y este defecto, que en nada se opone al principio proclamado, porque ningún método evita en la práctica la imperfección que distingue á todas las obras del hombre, este defecto, decimos, no sólo ha de comprenderse en el sentido de que jamás una pena determinada podrá considerarse como la verdadera, justa y estrictamente arreglada á la gravedad del delito que reprime, sino que, según varían los tiempos y las costumbres, ha de variar el carácter de la pena; de manera que un mismo castigo parece justo en una época, ó injusto en otra en la que la opinión pública, con ideas nuevas, correspondiendo á la mayor moralidad é ilustración del pueblo, rechazará por excesivamente dura una penalidad, imponiéndose hasta alcanzar su reforma.

Para demostrar que la relación penal que nos ocupa no es susceptible de rigurosa exactitud, hemos de considerar que toda proporción exige como requisito indispensable la homogeneidad de sus términos, es decir, la unidad de medida en cada uno de ellos, de tal modo que, si dicha homogeneidad falta, la igualdad no es posible. Ahora bien; consistiendo la pena en una privación, en algo que mortifica, y no siendo la misma, sino muy diferente, la sensibilidad de los hombres, es la consecuencia ineludible que una misma pena podrá ser adecuada en ciertos

casos por acomodarse á la resistencia del delincuente; pero no lo será en otros muchos en los que el sexo, la edad y demás condiciones físicas y morales de los mismos harían variar completamente los grados de intensidad de dicha pena, la cual tampoco sería la estrictamente justa aun cuando los reos se hallasen todos en idénticas circunstancias para sufrirla, porque el mal de la acción es distinto, según la intención ó estado de ánimo de aquéllos, sin que esta intención, como acto interno de la voluntad que es, pueda ser debidamente apreciada.

Además el mal no es el mismo en todos los delitos, y antes al contrario, su naturaleza varía en cada uno de ellos; razón por la que no puede distribuirse aquél en una escala única sin más diferencia que la de sus respectivos grados, como sería necesario para que pudiera haber unidad en la medida; y aun concediendo que se formasen varias escalas para los delitos de clases distintas, tampoco sus grados pueden ser exactos, porque éstos han de partir de una ficción, suponiendo, por ejemplo, en el delito de lesiones que la pérdida de un ojo es de mayor trascendencia que la de un brazo, ó en el de injurias, que la dignidad del ofendido ha de tenerse en cuenta para apreciar la gravedad de la palabras deshonrosas vertidas por el ofensor, extremos sobre los que nada fijo y concreto puede establecerse.

Mayor imposibilidad se ofrece todavía para señalar la pena que corresponda al hecho punible; porque, ¿quién es capaz de fijar el grado del sufrimiento físico equivalente al causado por el delito, especialmente si el sufrimiento que se aplica no es de la misma clase? ¿Quién podrá decir el tiempo de prisión que equivale á un hurto ó á una calumnia? Nadie seguramente, así como nadie podrá señalar tampoco la clase ó género de privación que haya de constituir la unidad de medida; porque si ésta puede agravarse más ó menos cuando las penas son divisibles, esto no puede hacerse respecto á la intensidad, conforme hemos ya expuesto, y en su virtud, cualquier medida que se adopte ha de ser siempre aparente.

La conclusión que se deduce por consecuencia de las anteriores consideraciones, es que ha de renunciarse á toda pretensión

de exactitud y que el legislador ha de dejar amplias atribuciones al Juez, atendiendo aquél á las ideas ó principios generales de la relación penal y éste á los detalles de cada hecho en particular, medio por el cual podrá indudablemente disminuirse en cada época la desproporción que resulte entre el delito y la pena, sin que este temperamento pueda decirse que resuelva el problema en absoluto, pues la regla de la penalidad es variable, según hemos dicho, y por necesidad ha de estar sometida á un examen perpetuo.

A este propósito decía Mr. Berlier, ¹ en el Cuerpo legislativo de Francia, que la dificultad mayor que se ofrece en la ciencia del derecho penal es la de graduar bien las penas y hacer una justa aplicación á los diferentes delitos; que el legislador debe consultar su corazón á la vez que su ciencia, reconociendo y respetando el limite que la naturaleza de las cosas pone á su poder; que atendiendo á la conciencia pública encontrará para ciertos hechos una pena precisa y bien definida; que de allí, procediendo por analogía y por inducción, los hombres aleccionados por el estudio, por la experiencia y por el examen profundo de los hechos llegará á establecer una buena escala penal; pero si los delitos tienen alguna base absoluta, fija é inmutable, las penas, al contrario, son por su esencia variables, y el día en que la conciencia pública que hizo desaparecer las torturas y los suplicios haga desaparecer también por inútil la pena de muerte, simple privación de la vida, aquel día todas las penas deberán ser modificadas.

Es indudable, por lo tanto, que no puede establecerse en los Códigos una pena fija para cada delito, como lo hizo el Código francés de 1791, cuya reforma se hizo necesaria por la dureza que resultaba al aplicar sus disposiciones, y que únicamente, por el prudente arbitrio que dentro del limite que se les designe han de tener los tribunales, es como puede conseguirse una aproximación en la justa proporcionalidad de la pena.

1 Citado por Alauzet en su Memoria, premiada por el Instituto de Francia, sobre las penas y el sistema penitenciario.

IV

Elementos que determinan la gravedad de los delitos.

Desechada por ser de imposible realización la idea de conseguir una relación exacta, y reducido el círculo de nuestras investigaciones á la aspiración de que los delitos más leves no sean penados más fuertemente que otro grave, y que el mal de la pena no traspase el del delito, necesario es examinar cuáles sean los elementos que dan carácter á éstos, ó mejor que determinan su gravedad respectiva, para obtener de este modo la noción de la verdadera imputabilidad y la aplicación de una pena relativamente justa.

A decir verdad, en el terreno de la ciencia aun hoy día se sostiene con viveza la discusión sobre esta materia entre los diferentes sistemas fundamentales del derecho de penar, y así las escuelas de la defensa legítima, la utilitaria y la de la conservación del orden social atienden principalmente al provecho que se supone haya de reportar el delito, la de la justicia absoluta al mal moral, ó sea á la perversidad del agente que revele el hecho y la de la reparación al mal material que el delito produce; pero si en teoría existen estas divisiones, es lo cierto que en la práctica todas las legislaciones modernas gradúan á la vez la gravedad del delito por el elemento ó mal moral que responde á la idea de la justicia, y por el elemento social que responde á la de la utilidad, atendiendo por consiguiente así á la acción como á la ejecución, así á las manifestaciones de la voluntad como á la naturaleza del hecho.

Y es que, conforme hemos dicho, el delito, si bien infringe siempre deberes morales hasta tal punto que como regla fija puede consignarse que no lo hay si no infringe la moral, también hemos añadido que no todas las infracciones de aquella clase son delitos, pues la esfera del derecho es más reducida y que sólo lo son en cuanto perturban los derechos del hombre que la sociedad debe asegurar.



Atendiendo á ambos elementos, diversas son las circunstancias que determinan la respectiva gravedad de los delitos; y no sólo ha de tenerse en cuenta, por lo tanto, la audacia ó perversidad del agente que demuestre el hecho punible, sino también el desorden moral y material causados por él mismo, el mayor ó menor número de personas á quienes afecte, el daño que produzca al individuo, los medios utilizados para perpetrarlo, y hasta la probabilidad de que cada clase de infracciones se reproduzcan con más ó menos frecuencia.

La conciencia y la observación, que constituyen las dos fuentes de conocimiento dadas al hombre, son las que el legislador ha utilizado y ha de utilizar constantemente para graduar los delitos, teniendo presente que de aquellas dos medidas es fija la del mal moral, al menos en los delitos de derecho común, al paso que el social es por su esencia variable, por cuya razón el derecho penal encierra un elemento inmutable que hace que en todo lugar y tiempo la idea de la pena sea correlativa á la del delito, y otro elemento inevitable de modificación en la tasa de la propia pena que obliga á que, manteniéndose en los límites de lo justo, pueda el legislador ascenderla ó descenderla según lo reclame la utilidad pública, debiendo, por lo tanto, atender también sin menoscabo de la justicia á prevenir la perpetración de los crímenes, de modo que la pena puede proporcionarla á la importancia de los mismos y á la vez á la probabilidad de su comisión.

Pero si en uno de los dos términos de la relación hay cierta fijeza, en el otro, ó sea en las penas, existe una constante mutabilidad; por manera que siempre se han apreciado casi los mismos delitos, y las penas, por el contrario, aun hoy varían en la legislación de cada país.

Las escuelas que tanto discuten en teoría sobre el fin de la pena, apenas descienden á señalar prácticamente las que debieran adoptarse como más convenientes y justas, admitiendo las que ordinariamente designan los modernos Códigos; aunque rechazadas todas las que por su carácter repugnante y excesiva dureza pugnan con las costumbres y común manera de sentir de la

época, aceptando las cuatro clases de penas á que pueden reducirse todas las que en dichos Códigos figuran, y que tienen por medio, ya afectar directamente á la sensibilidad del culpable, ya el sustraerle de la sociedad y de la comisión de un nuevo delito mediante el secuestro, ya el de afectar su sensibilidad moral por la ignominia, ya, finalmente, el hacerle sufrir por la pérdida de parte de sus bienes.

Asimismo es cierto que todas las escuelas se hallan conformes en la designación de las cualidades que deben reunir las penas, exigiendo que sean afflictivas, proporcionales á los delitos, personales, ejemplares, correccionales, iguales para todos, remisibles y reparables; y si disienten teóricamente sobre el objeto de la penalidad, hay que reconocer que en la práctica no se acepta el exclusivismo en este punto, y que, como dice Mr. Carlos Lucas, el sistema penal de los pueblos cristianos y civilizados de Europa descansan en tres principios: el de la conservación del orden, que es la idea social; el de la expiación, que es la idea penal; y el de la corrección ó regeneración del delincuente, que es la idea cristiana.

Indicadas quedan ya las penas que en nuestro sentir reúnen en mayor número las expresadas cualidades, y que más cumplen los mencionados fines, y resta decir que para razonar los términos relacionables y obtener una relativa proporción puede procederse, bien formando varias clases de delitos y otra escala única de penas, aunque sean distintos los modos de la penalidad, subdividiendo esta escala en las graduales que convengan, que es el sistema generalmente seguido, aun cuando así la graduación haya de ser algún tanto arbitraria, ó bien adoptar el sistema de la pena única, por ejemplo, la prisión, que con algunas accesorias prudentes podrían hacerla variar en intensidad y en duración; sistema este último en el que las dificultades quedarían reducidas á graduar bien los delitos, y que, por lo tanto, creemos ha de privar en el porvenir.

De lo expuesto hasta aquí se deducen como conclusiones que vienen á resumir toda la doctrina, y que por lo mismo creemos conveniente especificar, las siguientes:

1.^a Que debe establecerse una proporción entre la gravedad de los delitos y la de las penas correspondientes.

2.^a Que esta proporción no puede ser exacta, y sí únicamente aproximada.

3.^a Que siendo dos los elementos del delito, el mal moral y el daño social, á ambos debe atender el legislador para apreciar la gravedad de los mismos, tomando la medida del elemento que más domine en cada uno de ellos.

4.^a Que como el primero de dichos males es fijo é inmutable, la ley no puede eregir en delitos más hechos que aquellos que sean también reprobados por la moral.

5.^a Que constando además de otro elemento variable, el legislador debe consultar asimismo la común manera de sentir para determinar en una época dada la mayor ó menor gravedad que revistan ciertos y determinados hechos.

6.^a Que el otro término de la relación, ó sea la pena, es esencialmente variable, según las circunstancias y los tiempos.

7.^a Que las penas no han de ser duras y deben reunir el mayor número de las cualidades anteriormente expresadas, guardando la conveniente armonía con los delitos que han de reprimir, y procurando que el principio correccional se halle acorde con el de la justicia.

8.^a Que á este efecto han de establecerse las debidas penas accesorias.

9.^a Que para establecer la medida legal de la pena el legislador debe atender á su conciencia examinando la gravedad moral é impulsión criminal que revele cada delito, y acudir al mismo tiempo á la observación como otra de las fuentes de conocimiento, profundizando el estudio de los hechos sociales, apoyado especialmente en los datos que le ofrezca la historia nacional y la estadística judicial que con este objeto debe cuidadosamente llevarse.

10.^a Que la justicia no haya de deplorar imprevisiones ni falsas medidas, ni debilidad, ni demasiada severidad en la persecución de los delitos, y que para graduar la pena á la

gravedad de éstos debe atenderse á la duración y juntamente á la intensidad de la misma.

11.^a Que si á consecuencia de existir más moralidad pública, un mayor grado de civilización ó aumento en la sensibilidad general disminuyera la impulsión criminal en el pueblo, el legislador debe también bajar la tasa general de la pena.

12.^a Que á causa del elemento social del delito, si el legislador notara aumento en la comisión de alguno de ellos, como esta frecuencia causaría más gravedad por la alarma que causa, esta gravedad haría aumentar respecto de ellos la tasa de la pena que haya de reprimirlos.

13.^a Que en la ley no pueden fijarse todos los grados de los delitos y de las penas correspondientes, por ser distintas las circunstancias de cada hecho punible y de las personas que en ellos intervienen.

Y 14.^a Que para lograr la proporción más justa deben fijarse en los Códigos las reglas generales de relación entre los delitos y las penas, atendiendo para ello á las bases que quedan consignadas, y debe dejarse á los tribunales de justicia la más amplia facultad para aplicar á cada hecho de que conozcan, y dentro de la tasa señalada por la Ley, la pena asignada al mismo hecho; pues siendo los únicos que pueden observar las circunstancias que los caracterizan, ha de concedérseles el arbitrio de aumentar ó disminuir dicha pena, para que así sea ésta la más proporcionada al delito.

Considerando, por lo tanto, esta última conclusión como la consecuencia práctica de las teorías que hasta aquí hemos expuesto, examinaremos si el vigente Código penal atiende perfectamente á dichas reglas generales, y si las facultades concedidas por el mismo á los tribunales de justicia son bastantes para los fines que buscamos.



V

Aplicación de la doctrina expuesta á las disposiciones
del Código penal.

No es nuestro ánimo hacer un estudio detenido de cada uno de los artículos del Código penal, como parece que en rigor debiera hacerse, para inquirir si la pena señalada á cada delito es realmente proporcionada á la gravedad del mismo; y no llevamos á cabo este minucioso examen, en primer término, porque en la generalidad de los artículos nada notable habríamos de señalar, porque tampoco lo consienten los límites siempre reducidos de una Memoria, y porque no podemos abrigar la pretensión de que nuestras observaciones fuesen todo lo atendibles y acertadas que serían de desear, pues en esta materia no es posible que la opinión individual prevalezca en todos los puntos, aun siendo aquella más ilustrada y competente que la nuestra, y únicamente por medio de un estudio continuado, con los dictámenes repetidos de los Tribunales y Cuerpos consultivos, con un concienzudo examen de los datos que arroje la estadística criminal y con el concurso de verdaderos hombres de ciencia, es como el legislador puede emprender este detallado trabajo, según demuestra la experiencia y según ha debido hacerse al intentar modernamente la reforma de la legislación penal en los reinos del Bélgica é Italia.

No pudiendo, por consiguiente, tener la pretensión de intentar una reforma completa de nuestro Derecho constituido en los extremos que la necesitan, hemos de concretarnos á aquellos puntos que sean más salientes y sobre los que han dado su autorizado parecer los más eminentes tratadistas del derecho penal, razonando sumariamente los fundamentos en que respecto á cada uno de ellos nos apoyamos para sostener una doctrina distinta de la que sanciona el Código.

Una de las circunstancias más dignas de notarse al examinar el Código de nuestro país, es la del gran número de penas de que consta la escala penal que en el mismo se comprende, y que la diferencia de todos los que en el resto de Europa se han publicado con posterioridad á su promulgación.

Ya al aparecer el Código del año 1848 observadores muy respetables, y especialmente el Colegio de Abogados de Madrid, hicieron presente la imposibilidad material de que tantas penas pudieran cumplirse por el gran número de establecimientos que para ello se requerían, y para cuya construcción eran necesarios unos gastos que en manera alguna podrian sufragarse, atendido el estado del Tesoro, aun existiendo una normalidad y una firmeza en la Administración pública que desgraciadamente no existen, y exigiéndose además el transcurso de muchos años, que se calcularon en más de un siglo, todo lo cual patentiza la imposibilidad de que la justicia punitiva tuviera cumplido efecto en nuestro país, dado que la ciencia considerara conveniente esta multiplicidad de penas.

Por fortuna, tal multiplicidad, no solamente es innecesaria, sino que antes bien debe rechazarse en buenos principios de Derecho, como hubo ya de consignarse en el referido informe del Colegio de Madrid, informe que constituye un monumento imperecedero de los notables jurisconsultos que lo redactaron y del estado de la ciencia en nuestro país, ya que adelantándose á su época sentaron opiniones y doctrinas que hoy se nos presentan como la última palabra de las investigaciones especulativas en esta materia y el resultado de los progresos obtenidos en la ciencia del Derecho penal.

Es de creer que la gran extensión dada por los autores del Código á la escala general de penas tuvo por principal objeto el conseguir que, en conjunto, la penalidad obtuviese el mayor número de las cualidades que debe reunir, procurando especialmente que se estableciera la mayor analogía posible entre el delito y la pena, y la ejemplaridad, con preferencia á la corrección, aun cuando debe reconocerse que tampoco desconoce en absoluto este último carácter de las penas; pero si el ejemplo

que nos dan los Códigos promulgados modernamente, todos los cuales, según antes hemos indicado, tienden á la simplificación de la escala penal; si la consideración de que este resultado no se ha obtenido sino después de muy largos y meditados estudios; si este precedente no nos satisficiera y pretendiéramos huir del espíritu de imitación, habríamos además de tener en cuenta que la necesidad de dar más importancia al principio de la correjibilidad del delincuente, principio admitido hoy como indiscutible; la consideración de que las penas privativas de la libertad pueden reducirse, y en su esencia se reducen, á una sola, sin que las diferencias de intensidad que distinguen unas de otras varíen su modo de ser, y sí únicamente su forma; la anomalía de admitir como penas ciertos deberes legales, como la caución y el pago de costas, que en el verdadero sentido jurídico no pueden constituir medios racionales de la penalidad; la proscricción, hoy también admitida como indiscutible, y en el fondo aceptada por nuestro Código, aunque figuren en su escala, de las penas perpetuas, y la conveniencia, finalmente, de facilitar el conocimiento de la ley y de su sanción penal, no ya á los que deben aplicar ésta, sino á los que deben guardar aquélla; todos estos razonamientos nos hacen convencer de cuán conveniente sea la simplificación de la escala general de la penalidad, ya que las condiciones de momento ó las dificultades de cualquier otro género que puedan ofrecerse no permitan la adopción de la pena única.

La pena de muerte, ínterin por las circunstancias del país no se crea conveniente su abolición, la reclusión, la prisión, el destierro, la interdicción de ciertos derechos civiles y políticos, la multa y quizá la vigilancia de la autoridad, creemos debieran ser las penas que figuraran en la escala del Código en lugar de las veintiseis que como principales señala actualmente, y que en el fondo vienen todas ellas á reducirse á las seis que primeramente indicamos.

Hemos ya dicho que en buenos principios de Derecho no puede considerarse como pena el pago de costas, que constituye simplemente la obligación natural y civil de satisfacer aquellos

gastos ocasionados por causa ó culpa del actor; pero es aún menos admisible, bajo el punto de vista de la proporcionalidad entre el delito y la pena, la disposición de los artículos 47 y 48 del Código, puesto que, según ellos, esta pena resulta completamente arbitraria, toda vez que su cuantía se regula sólo por el número de actuaciones y diligencias que en cada proceso se practiquen, pudiéndose dar en su virtud el caso de que sea mayor la gravedad de esta pena en un delito leve que en otro de mayor importancia, y así sucede en efecto, pues basta recordar que los delitos privados, y en particular los de injuria y calumnia son en los que mayores gastos se producen, por la intervención que en ellos tiene el acusador privado, para comprender la anomalía que resulta de considerar indebidamente dicho pago como pena, cual es la de que ésta sea más grave en una injuria que tratándose de un homicidio ó de cualquier otra agresión armada; anomalía que no podría tener lugar si se conceptuara sólo como una obligación civil, reconocida como tal en las leyes de procedimiento.

Y esta diferencia tiene importancia hasta el punto de constituir, como decimos, una falta de justicia, corroborando á la vez una nueva reforma que creemos debiera asimismo hacerse en los artículos 49 y 50, en atención á que, según ellos, si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias, quedará sujeto á la personal subsidiaria á razón de un día por cada 5 pesetas; responsabilidad personal que, por razón de costas, no nos parece admisible abolida como está la prisión por deudas, que es el carácter que realmente tiene la falta del referido pago, cuya consideración nos parece bastaría para justificar dicha reforma, aun sin alegar la razón jurídica de que no es posible, por circunstancias independientes del delito y de la voluntad de los que en él intervienen, cual es la insolvencia del reo, variar la naturaleza de la pena, hacerla mucho más dura, faltar á la necesaria regla de la proporción, y como ha dicho un eminente criminalista, penar al pobre por su misma pobreza. Si esta sustitución es necesaria, no por la insolvencia de costas, en la que no es admisible, sino por la

falta de pago de multa, caso único en que es imprescindible para que la Ley se cumpla y no quede impune el delito dejándole de aplicar una pena correspondiente, conceptuamos preferible que la sustitución consista en una prestación ó trabajo personal equivalente al importe ó cuantía de la multa no satisfecha, ó que cuando menos se rebaje la relación actual de cinco pesetas á un día, pues en general aparece desproporcionada esta diferencia de pena, faltándose así al principio capital de la igualdad ante la Ley.

No tenemos para qué decir que no creemos convenientes las penas perpetuas, ni aun las de muy larga duración, y que la adopción de un buen sistema penitenciario y la seguridad de la pena, evitando el que los culpables se sustraigan á la acción de los Tribunales, son los más sólidos fundamentos del Derecho penal, dejando sin razonar estas afirmaciones por su misma evidencia y por ser en rigor ajenas á nuestro particular estudio.

En lo relativo á la aplicación de la pena con referencia al grado del delito, somos de opinión que su gravedad es muy distinta, y mucho menor en la tentativa que en el delito frustrado, pues aquélla, si bien tiene uno de los elementos del delito en toda su integridad, porque siempre presupone la resolución de cometer una infracción determinada, en cambio el daño ó perjuicio material, y por consiguiente el social, son muy pequeños ó quizá nulos, y por esta causa, y para alentar á la vez al delincuente á que se detenga antes de llevar á efecto otros actos de ejecución, es conveniente y justo que la pena se rebaje considerablemente, y en tal concepto creemos que lo procedente sería aplicar aquella inferior en dos ó tres grados á la señalada para el delito consumado, dejando dentro de estos límites libertad á los juzgadores para precizarla según las circunstancias del caso, cuya mayor extensión de atribuciones, si no produciría resultados prácticos en los delitos leves por la poca divisibilidad que admiten las penas inferiores, los producirían en cambio en los delitos graves, y esta amplitud para apreciar

las circunstancias de hechos cuyo mal material es muy diverso, pero casi siempre insignificante, parécenos habría de conducir á la justa proporción que investigamos.

Igual grado de penalidad habría de señalarse á los encubridores, dejando la misma libertad á los Tribunales, ó cuando menos habría de hacerse la debida distinción en el Código de los actos que constituyen el encubrimiento; pues si el grado de la pena actualmente señalado parece propio para el que auxilia ó se aprovecha de los efectos del delito, no consideramos que tenga igual gravedad la culpa del que oculta los instrumentos del mismo ó la del que niega la entrada en su domicilio para aprehender al delincuente, porque en estos casos no es mucho el daño material que por ellos se sigue, ni lo es tampoco el moral, toda vez que en la mayoría de ellos tal encubrimiento responde á sentimientos de conmiseración, de parentesco ó de amistad.

Otra reforma indicada asimismo por la observación y la conciencia, se refiere á las penas en que, según la legislación vigente, incurren los que quebrantan las sentencias; pues si se considera que es un sentimiento innato en el hombre el de la libertad, que al privársele forzosamente de ella ó de alguno de sus derechos por la sociedad, reconoce ésta que la obligación impuesta al reo no puede ni debe ser cumplida voluntariamente por éste, sino que la sociedad misma es la que se impone el deber de hacerla cumplir por los medios coercitivos que posee, ha de deducirse que jurídicamente no hay verdadera infracción constitutiva de delito ó materia del mismo, y, por lo tanto, es improcedente, según lo reconocen los más autorizados tratadistas de Derecho penal, el que tal quebrantamiento sea reputado punible, y si solamente una falta disciplinaria sujeta á una corrección de esta especie, sin perjuicio de que sean judicialmente castigados aquellos actos que se ejecuten para conseguir la evasión, que ya de por sí constituyan delito.

También en las disposiciones del Código referentes al con-

curso de delitos se presenta como necesaria una innovación, á pesar de que en este punto se han consignado en el Código de 1870 reglas mucho más racionales que las establecidas en el de 1850; mas, esto no obstante, considerando que si bien, bajo el punto de vista de la justicia estricta, todas las infracciones cometidas separadamente merecen cada una su pena, también es cierto que, prácticamente estudiada la cuestión, el cumplimiento simultáneo de penas es frecuentemente imposible por la especial naturaleza de ellas, y que de cumplirse sucesivamente aquellas cuya indole lo permita resulta en las más de las veces desproporcionada la penalidad, especialmente en el estado actual de la legislación, que establece un término largo en la duración de la pena; atendiendo á estas consideraciones, es lógico el deducir que en este particular debe aceptarse la acumulación de penas con la agravación conveniente y no la imposición de todas ellas. En este concepto, huyendo de las dos teorías extremas que existen sobre el particular, expresadas por los aforismos: *Pœna major absorbet minorem*, y *nullus delictus sine pœna*, y adoptando un término de proporcionalidad más propio, á nuestro entender, que el admitido por el Código vigente, deberían reformarse los artículos 88 y siguientes, en el sentido de que al culpable de dos ó más delitos se le impondrá en el grado que corresponda la pena inmediatamente superior á la señalada por la Ley al delito más grave, excepto el caso en que ésta resultara más rigurosa que si se impusieran separada y sucesivamente las dos ó más penas en que se hubiera incurrido por cada delito, y también cuando dicha pena superior fuese la de muerte, pues entre la vida y la privación de ella no cabe término alguno de relación, y menos cuando ésta había de provenir de causas independientes de los hechos punibles, los cuales en concreto, y atendiendo á sus propias circunstancias, no merecerían tan irreparable penalidad. A pesar de esta reforma, creemos debiera conservarse la disposición del art. 90, según la cual los preceptos contenidos en dicho Código (y asimismo los reformados del modo que pretendemos) no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más

delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro, casos estos á los que sólo debe imponerse la pena correspondiente al delito más grave, aplicándolo en su grado máximo, porque en realidad esta concurrencia no indica una dirección distinta de la impulsión criminal, constituyendo preferentemente una circunstancia que agrava el delito principal.

Inútil creemos decir, atendidas las teorías que hemos enunciado, contrarias á toda dureza excesiva de la pena y á la necesidad de atender, juntamente con la idea de justicia, á la de corregibilidad del culpable, que somos opuestos á las adherencias de carácter infamatorio ó de sufrimiento material que se prescriben para la ejecución de ciertas penas, como son la cadena, el grillete y alguna otra, siendo como es bastante para la seguridad social la privación de libertad del culpable; prefiriendo no sólo como más justo, sino también como más útil, el que se le someta á la ley del trabajo, introduciendo como complemento de la reforma penitenciaria que se iniciara, y la cual debería estar conforme, no sólo con los principios cuya bondad ha sido reconocida por la ciencia, sino también con lo que exigen el carácter y condiciones de nuestro país, el sistema ya admitido en principio en el art. 29 del Código de la *liberación condicional*, según lo cual, pasado el tiempo que prudentemente fijase la Ley, y que podría ser la de dos terceras partes de condena sufrida, en las penas llamadas hoy afflictivas y la mitad en las correccionales, pasados dichos términos, se daría la libertad á los penados cuyo arrepentimiento y buena conducta se hubiesen hecho manifiestos repetidamente, sujetándoles después á la vigilancia de la autoridad encargada de proponer ó disponer la continuación de la condena si al ser libres no diesen iguales muestras de honradez y confiándolos al patronato de personas caritativas y competentes, asociadas con este fin.

Réstanos advertir, por lo que respecta á la materia de la penalidad en general, que debiendo tenerse en cuenta para la aplicación de la multa, por la especial naturaleza de esta pena,



no sólo la gravedad del delito, sino el estado de fortuna del delincuente, parece debiera dejarse más amplio arbitrio á los Tribunales de justicia, extendiendo en determinados casos de uno á veinte la proporción hoy establecida en el Código, que es de uno á diez, para que de esta manera pudiese equipararse en la generalidad de los casos esta pena, que siendo la más susceptible de ser proporcionada al delito, es la que con más frecuencia pierde este carácter, por la diferente posición de los reos, y en la creencia de que en este, como en otros puntos, habrían de hacer los Tribunales el más prudente uso de la facultad que se les concediera, aplicando á los reos pobres los grados más inferiores de ella para que la responsabilidad subsidiaria personal por insolvencia no se agravara é hiciera contraproducente esta reforma, aun rebajada la relación de cinco pesetas ó un día que hoy rige, y que, como hemos ya manifestado, debe también reformarse.

En cuanto á la designación de las penas correspondientes á cada delito, ó sea á las disposiciones del libro segundo del Código, hemos ya manifestado la imposibilidad de hacer un estudio detenido de las mismas, y que sólo después de largos trabajos verificados por los Centros y personas competentes es como podría llegarse á una prudente y saludable reforma que no hiciera temer los trastornos que lleva siempre consigo cualquiera innovación impremeditada, y que ha de tener además por base la escala de penalidad que en definitiva se adopte y el régimen penitenciario á que se sujete el cumplimiento de aquélla. Sin embargo de eso, no podemos pasar en silencio que en algunas disposiciones la pena designada actualmente al delito aparece evidentemente desproporcionada, y que la opinión pública se ha declarado en contra de tal desproporción; así sucede, entre otros, en ciertos delitos contra la Constitución cometidos por medio de la imprenta, que si dignos siempre de represión, se hallan, no obstante, penados con extremada dureza, dada la precipitación y la pasión de momento con que se redactan los escritos publicados por medio de la prensa periódica, que quitan

la gravedad que en otras circunstancias revestirian , disminuyéndose la responsabilidad moral y social, y siendo la consecuencia que, si se reprimieran con penas de las llamadas correccionales, parecería justo y razonable el castigo, al paso que, reprimiéndolas con más severidad, resulta aquél excesivo é injusto.

La conveniencia de separar, para el efecto de la represión, los atentados contra la autoridad de los cometidos contra sus agentes, en atención á la diferencia del daño causado, distintas circunstancias en que se verifican unos y otros delitos, y condición diversa de los que en ambos figuran como sujetos pasivos del mismo , son causas todas de que, ni social ni moralmente considerado, se presenten como iguales las infracciones, y antes bien como merecedoras de menor pena la segunda clase de aquéllas, cuyo grado de culpabilidad se presenta siempre más reducido.

La insignificancia del mal material que revisten los pequeños delitos contra la propiedad en cantidades menores á las de cinco pesetas, ó de quince si se tratase de semillas alimenticias, frutos ó leñas cuando no mediare violencia, patentiza la injusticia de tratarlos como tales delitos y aplicarles en este concepto una pena relativamente grave y la conveniencia de considerarlos simplemente como faltas; temperamento que igualmente debiera adoptarse para las lesiones leves, extendiendo algo más el plazo de curación designado para graduar su entidad, pues siendo éste un tanto arbitrario, hay que reconocer que es deficiente, atendida la dificultad de que en ocho días cure una lesión , por pequeña que sea.

La frecuencia, alarma y resultados que producen la explosión de aparatos ó sustancias inflamables, han determinado las manifestaciones de la conciencia pública en un sentido contrario hasta el aquí referido, reclamando una represión más enérgica y tanto más necesaria en cuanto la repetición de actos ha aumentado la gravedad en el elemento social de este delito.

Como general apreciación de los hombres de ciencia y de la opinión pública , creemos que los casos relatados son de aquellos

en que la proporcionalidad no se halla ajustada á lo que exigen las reglas de relación ya mencionadas entre el delito y la pena, debiendo, esto no obstante, reconocer y consignar que con un examen más científico y más detenido de la materia fueran otras muchas las desproporciones que se notaran; y aun dentro siempre de este terreno creemos también del caso añadir, como final de lo expuesto, que somos de parecer que para quitar todo rigor excesivo, y mirando á su naturaleza especial, debiera separarse del Código penal el libro referente á las faltas, formándose de él un nuevo Código de policía correccional, como modernamente se ha hecho en el reino de Italia.

VI

Atribuciones de los Tribunales de justicia para el señalamiento de penas.

Que la designación de las penas no puede dejarse en absoluto al arbitrio judicial es una teoría, ó mejor un axioma que hoy ya no tiene contradicción en la ciencia del Derecho penal, pues si en algún caso dado podría con este sistema aplicarse una pena estrictamente proporcionada al delito, en general esta proporción se destruiría por su base, toda vez que, no existiendo una norma fija, ni más regla que la conciencia del juzgador, no cabe siquiera imaginar que Tribunales distintos aplicaran iguales ni aun análogas penas para los mismos delitos, ofreciéndose, por otra parte, el inconveniente, más grave todavía, de que se abandonarán á las impresiones, á los juicios más ó menos ilustrados, y hasta á las pasiones del juzgador, los más sagrados intereses de la sociedad y la suerte de los particulares; la primera, porque se la dejaría desarmada usando de lenidad; los segundos, porque ni su propiedad, ni su libertad, ni aun su vida, habría garantía alguna de que fuesen respetadas, y por esto el aforismo de Bacón: *Si judex in legislatorem transiret omnis ex arbitrio penderet* constituye el principio ya reconocido como dogmático en Derecho penal.

Si estas razones puramente jurídicas no nos bastaran, habríamos de alegar también la conveniencia social, en atención á que, consistiendo principalmente la eficacia de la pena en el previo conocimiento que de la misma tengan los ciudadanos y en el temor de su imposición, se debilitaría ó quizá se extinguiría por completo este efecto preventivo de la Ley.

Pero aunque es una necesidad jurídica el que las penas se hallen preestablecidas, necesario es también que en su aplicación se dé la conveniente latitud á los juzgadores, para que, sin variar la sustancia de la pena, puedan adaptarla á las circunstancias especiales que en cada delito concurren, y que aumentan ó disminuyen su gravedad, toda vez que las Leyes no pueden fijar, según hemos demostrado, la exacta cantidad de pena aplicable á los casos singulares de un mismo hecho punible, en los que la imputabilidad ha de ser y es realmente distinta; siendo en su virtud necesario, como dice Mr. Trebutien, «introducir en cada acusación el derecho absoluto de rectificar, por la apreciación circunstanciada de la conciencia, la apreciación general de la Ley».

Combinando ahora estos dos principios, que son capitales, en este punto del Derecho penal, podemos deducir una regla para determinar el límite de las facultades que han de concederse á los Tribunales de justicia; y si bien, como idea relativa que es, debe adolecer de cierta vaguedad, debemos, no obstante, dejar sentado, como consecuencia de lo expuesto y origen de nuestras investigaciones, que las atribuciones judiciales no pueden tener tal amplitud que lleguen á variar la naturaleza de la penalidad adoptada en el Código como típica de cada delito, ni deben hasta tal punto restringirse que no tenga el Juez facultad bastante para aplicar la pena con la extensión que exigen las múltiples circunstancias que en infracciones de la misma clase concurren, y que sin variar su esencia le dan, sin embargo, una gravedad muy distinta.

De aquí es que considerando, como consideramos, de todo punto preciso que la Ley fije previamente el máximo y el mínimo de la pena imponible, creemos asimismo que es de imprescindible

necesidad el conceder á los Tribunales la facultad de imponer la pena dentro de dichos límites, sin más sujeción que la que les dicte su conciencia.

Sentado este precedente, es lógico el declarar que la forma más conveniente de realizar esta doble misión de la Ley y del juzgador consiste en conceder á éstos la más amplia libertad de apreciar todas las circunstancias de atenuación que, según su leal saber y entender, concurren en cada hecho punible de que conozcan sin sujeción á regla alguna fija y taxativa, que, como sucede en nuestra actual legislación, habría de encerrar todos los móviles y accidentes en un plan que puede ser artístico, pero que indudablemente no es justo ni útil, ya que en tan estrecho límite no pueden abarcarse circunstancias tan múltiples y variadas.

Á pesar de esto, hay que confesar que los autores de nuestro Código no fueron tan exclusivistas que creyeran que podían abarcar los infinitos detalles que distinguen unos hechos de otros, aun siendo de la misma clase, y sin duda alguna á este conocimiento obedece la disposición 8.^a del art. 9.^o del Código penal, la cual deja la facultad á los Tribunales de atender cualquier circunstancia atenuante, siempre que sea de igual entidad y análoga á las demás que taxativamente en el propio Código se mencionan.

Y para suponer que ésta, y no otra, fué la mente de nuestros sabios legisladores, preciso es recordar las diversas fases por que, con anterioridad á la época de la promulgación de nuestro Código, pasó la legislación penal europea, y no será temerario en su vista deducir la consecuencia de que queda hecho mérito.

Basado en los principios de la escuela utilitaria habiase publicado el Código francés de 1791, que admitía el sistema de las penas fijas, inflexibles, no graduables, estableciendo tal igualdad que, como dicen los comentaristas Chaveaux y Helie, constituía la más odiosa de las desigualdades. Contra esta excesiva severidad que resultaba de aplicar estrictamente las disposiciones del Código surgió el espíritu de reacción, y aun los

mismos Tribunales preferían faltar á ellas antes que á los impulsos de su conciencia, refractaria á la aplicación de una pena dura y casi siempre desproporcionada al delito, demostrándose, así que no impunemente se puede faltar á este principio de externa justicia. Por consecuencia de esta reacción y á remediar dichos males vino la revisión del Código, efectuada en 1832, por la que en su art. 34 se concedió á los Tribunales la más amplia facultad de apreciar las circunstancias de cada delito y aplicar en su virtud la pena correspondiente.

Promulgado nuestro Código algunos años después, hay razón para creer que los autores del mismo no olvidaron estas lecciones de la experiencia y que la disposición citada no tuvo otro objeto que el evitar la inflexibilidad de la Ley, si bien para impedir que el arbitrio judicial pudiera hacer inútiles, y aun produjeran resultado contrario al que se proponían, consideraron necesario fijar todas aquellas circunstancias que evidentemente atenúan los delitos en que concurren, dándoles, digámoslo así, un carácter de *preceptivas*.

Esta es la razón por la que en nuestro sentir el Colegio de Abogados de Madrid, en su célebre y ya mencionado informe, consideraba justas y adecuadas las facultades concedidas por el Código á los Tribunales, siendo nosotros también de opinión que si dicha disposición no ha producido satisfactorios y útiles resultados ha sido por la restricción con que siempre ha sido interpretada por la Jurisprudencia, hasta el punto de haberse declarado por el Tribunal Supremo de Justicia que ni la confesión espontánea del reo dada á raíz del suceso y con evidentes señales de arrepentimiento, ni la miseria en los delitos contra la propiedad, son causas de atenuación ¹, cuando sin duda alguna indican un estado en el reo modificativo de su criminalidad y que rebaja á ésta respectó á otros delitos de igual clase consumados por móviles y con sentimientos más perversos; y no solamente se ha hecho esta declaración, sino que no se ha

1 Sentencias de 16 de Diciembre de 1870, 21 de Abril de 1871, 23 de Febrero de 1872 y otras.

admitido nunca por el propio Tribunal, según creemos, circunstancia alguna atenuante como de igual entidad y análoga á las consignadas en el Código; de modo que ni se han tenido presentes los fines de tal disposición, ni se ha admitido, siquiera en este punto, una regla de interpretación favorable al reo, á pesar de que la interpretación favorable es como dogmática en Derecho penal.

Si atendemos á que un delito no es nunca exactamente igual á otro, porque en cada caso es distinta la impulsión criminal, el sentimiento ó pasión con que procede el reo, las condiciones en que éste se hallaba, sus relaciones con el ofendido, los medios empleados para el crimen, las condiciones de lugar y tiempo, auxilio de personas extrañas, cantidad del daño inferido, alarma producida y hasta el carácter del mismo ofendido, habrá de convenirse en que no hay modo de reducir á casos determinados todos aquellos detalles que determinan la gravedad en cada especie de delitos, y reconocer que las circunstancias de atenuación son por su naturaleza indefinibles é ilimitadas.

La educación del reo, así como los efectos de la opinión ó costumbres públicas, la posición social, el perjuicio real del delito, sus consecuencias en el orden público, el sexo, el temor reverencial, la buena conducta ó servicios anteriores del acusado, son circunstancias que, además de la confesión y miseria ya referidas, atenúan en muchos casos la gravedad del delito, y creemos que alguna de ellas podrá y deberá considerarse como atenuante en unos casos y no en otros; pero siempre demostrará el anterior relato que, además de las circunstancias taxativamente fijadas en el Código, son en gran número y muy variadas las que en los delitos pueden concurrir.

Y no se diga, como quieren objetar algunos, que concediendo á los Jueces esta libertad de apreciación se le da el arbitrio en la aplicación de las penas; porque debiendo estar reguladas y fijadas en la Ley la norma y la naturaleza de las correspondientes á cada infracción, no es de temer la arbitrariedad; y, sobre todo, aunque ésta fuera temible, no es de olvidar que debe preferirse siempre á la comisión de una injusticia; que dada la graduación

de la pena no pueda haber verdadera contradicción de fallos, pues dicha graduación es limitada; y que, si bien los Jueces son falibles, la Ley los ilumina y no puede suponerles ni ciegos ni perversos.

Nosotros comprendemos la restricción de la Ley en esta materia rigiendo el sistema inquisitivo en el procedimiento criminal y habiendo la tasa de la prueba para juzgar del hecho, así como comprendemos también que hubiera cierto reparo en permitir esta libertad de atenuación en los primeros años de regir un Código ordenado y artístico, basado generalmente en un espíritu de benignidad compatible con la justicia, y que contrastaba notablemente con la dureza, arbitrariedad y desorden de nuestras leyes recopiladas, que regían antes de la promulgación de dicho Cuerpo legal; pero no juzgamos que la restricción pueda continuar, y que no se conceda libertad de apreciación á los Tribunales después de planteado el sistema acusatorio y el juicio oral y público; pues si en él se permite que los juzgadores adquieran el convencimiento racional de la comisión del delito y de la culpabilidad del delincuente sin más reglas que las que les dicte su conciencia, es rigurosamente lógico se les atribuya también el poder de apreciar las diversas circunstancias que concurren en cada hecho punible sometido á su libre é ilustrado juicio, que modifican la imputabilidad del reo; y de no hacerse así notaríamos la anomalía de que quien puede lo más no pudiera lo menos.

A pesar de que algunas de las consideraciones expuestas serian pertinentes para admitir que la facultad indicada debiera también extenderse á la apreciación de circunstancias agravantes, no creemos, sin embargo, debiera dárseles esta extensión, porque si tal facultad no ofrece graves inconvenientes y da mayores ventajas limitada á la atenuación, pugnaria en este caso con el principio de Derecho penal, según el que no pueden interpretarse en contra del reo las disposiciones de la Ley, y el legislador no puede sin exponerse á grave daño autorizar al Juez para franquear el grado máximo de culpabilidad que para cada delito establece.



Respecto á la división de grados, optamos por los tres de mínimo, medio y máximo que establece el Código; porque de este modo, permitiendo la suficiente latitud á los Tribunales, evita el que éstos pudieran penar más duramente á quienes tengan menor grado de participación en el delito que á los que lo tengan mayor, como sucedería adoptando el sistema de multiplicidad de grados, atendida la extensión que se da á cada uno de ellos, según puede verse en el proyecto del Código presentado á las Cortes por el Ministro de Gracia y Justicia en 11 de Abril de 1882, pues basta leer lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de dicho proyecto, conforme á los cuales á los autores de delito frustrado ó cómplices del consumado se impondrá una pena inferior de *uno á tres grados* á la señalada para los autores del delito consumado, y á los autores de tentativa ó encubridores de delito consumado y cómplices del frustrado la inferior de *dos á cinco grados* á la señalada para el mismo delito consumado; téngase además en cuenta que el art. 75 del propio proyecto concede á los Tribunales la facultad de imponer discrecionalmente la pena que estimen conveniente dentro de los límites señalados para el caso cuando en él delito no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, y combinando estas disposiciones habrá de deducirse que si por una parte esta libertad concedida á los Jueces puede convertirse en una verdadera arbitrariedad y no responde al espíritu racional de la facultad por nosotros propuesta, por otra parte permitiría que al encubridor de un delito consumado se impusiera una pena inferior en *dos* grados á la designada para dicho delito, y en *tres* grados al cómplice, concediendo así la Ley el que pudiera faltarse al principio de la proporcionalidad, lo cual no puede suceder con la base por nosotros propuesta.

Estas consideraciones, por tanto, nos confirman más y más en la creencia de que la reforma más conveniente para obtener la proporción entre la gravedad del delito y la de la pena correspondiente consiste en permitir que los Tribunales de justicia aprecien las circunstancias del hecho, con lo cual la sociedad tampoco se perjudicaría, ya que el límite dentro del cual habrían de moverse

no consiente asomo alguno de impunidad, y en tal concepto resolveríamos el problema, si bien dejaríamos en el Código las circunstancias que ahora figuran como atenuantes, en primer término para evitar el que algún Tribunal pudiese hacer caso omiso de ellos, siendo así que indudablemente atenúan los hechos cuando concurren, y en segundo término para que sirvieran de norma en todas las demás que se apreciaran, separándonos en este punto del sistema francés, que concede la libertad más amplia para la designación de atenuantes sin sujeción á regla alguna.

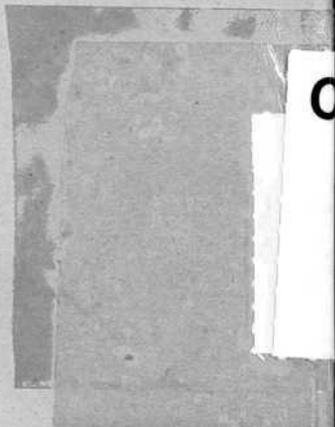
A este efecto dejaríamos subsistente el art. 9.º del Código, suprimiendo el número 8.º del mismo, y añadiríamos otro á continuación que dijera: «Además de [las circunstancias consignadas en el artículo anterior, que los Tribunales deberán tener necesariamente en cuenta para graduar la pena siempre que concurren, podrán también apreciar cualquiera otra que se derive del móvil, medios, lugar y tiempo en que se verifique el delito, de la calidad y extensión del mal causado por el mismo y de las condiciones especiales del reo.»

De esta manera se conseguiría que los juzgadores, sin extralimitarse de la tasa penal, fijada previamente por la Ley, pudiesen atender asimismo á las manifestaciones de la conciencia pública, la cual, si bien en otro tiempo mantuvo los más horribles suplicios y los procedimientos más extravagantes, siendo, por otra parte, de difícil apreciación, atendida la diversidad de pareceres que caracteriza á la humanidad, no ha de olvidarse que á pesar de todo, constituye la única regla para graduar en una época determinada el mal social del delito y el de la pena correspondiente, y que en su virtud ha de dársele la debida importancia al efecto de lograr la justa proporción entre la infracción legal y los medios adoptados para reprimirlas, materia que nos ha servido para nuestro especial y modesto trabajo.



INDICE.

	<u>Páginas.</u>
Introducción	7
I. De la relación cualitativa entre el delito y la pena... ..	9
II. De la relación cuantitativa entre el delito y la pena.....	14
III. Imposibilidad de que se señalen exactamente en la Ley todos los grados de los delitos y de las penas correspon- dientes.....	18
IV. Elementos que determinan la gravedad de los delitos....	21
V. Aplicacion de la doctrina expuesta á las disposiciones del Código penal.....	26
VI. Atribuciones de los Tribunales de Justicia para el señala- miento de penas.....	36



0



2