

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES DEL DELITO

Uno de los estudios más interesantes en el campo de las materias penales es, sin género de duda, el que se refiere a la determinación de las circunstancias agravantes y atenuantes del delito, ya que ella sirve sobre manera para que los jueces puedan apreciar en concreto y en su debido valor la imputabilidad moral y social de los delincuentes.

En el presente artículo nos limitaremos a analizar la doctrina que se deduce de las fuentes auténticas y ciertas del *Derecho Romano* acerca de la mencionada materia, con algunas referencias al Derecho Canónico.

Artículo 1.º—Circunstancias agravantes.

a) *La infamia.*

Tenemos sobre esta materia un texto muy claro: es del jurisconsulto griego Calistrato, y se halla inserto en el Libro XLVIII de las Pandectas, Título XIX, fragmento 16. Dice:

“Nuestros antepasados acostumbraron siempre en todo género de suplicios a castigar con mayor severidad a los siervos que a los libres, y a los infames que a los hombres, que gozaban ante sus conciudadanos de nombre y fama íntegros”.

Como se colige de estas palabras, los jurisconsultos romanos eran de parecer que los crímenes cometidos por personas ya de antes infames con la “infamia iuris” o con la “infamia facti”, perturbaban más gravemente el recto orden social establecido y, en consecuencia, debía ejercitarse contra ellos la vindicta pública con mayor severidad.

b) *La calidad de funcionario público en el delincuente.*

El texto que concierne a la materia está tomado de una constitución imperial de Constantino el Magno, y se contiene en el Código Teodosiano, Libro 10, Título IV, Ley 1. Habla el Emperador de ciertos crímenes cometidos por algunos funcionarios públicos, en relación con su cargo, y de ellos dice que deben ser muy severamente castigados; y alega como motivo jurídico de su decisión soberana: "*Quoniam gravior poena constituenda est in hos*"—porque los crímenes de los tales deben, como es natural y a todos se les alcanza, ser sancionados con penas más graves.

c) *La reincidencia.*

Los textos referentes a este punto son varios y de gran interés.

1. El primero es de Julio Paulo, uno de los jurisconsultos cumbres de la época clásica. He aquí cómo se expresa en sus *Sententiae Receptae*, Libro V, Título 21, párrafo 10:

"Los vaticinadores y adivinos que fingen hablar inspirados por Dios, deben ser sin compasión expulsados de la ciudad en que hubieren delinquido... Cuando delinquen por vez primera, antes de la expulsión, deberán ser azotados. Mas, si perseveraren en su crimen, deberán ser arrojados en las cárceles públicas, o deportados en una isla o relegados."

Como se ve, el jurisconsulto Julio Paulo sostiene que la *reincidencia* constituye una circunstancia que aumenta la culpabilidad del reo y que, por tanto, reclama la mayoración respectiva de la pena.

Por lo demás, la reincidencia, según se infiere de las palabras de Julio Paulo y de lo que se dirá más tarde, cuando refiramos un texto del jurisconsulto Calístrato, consiste en que el reo, después de haber sido condenado en juicio, comete de nuevo un delito de la misma especie que el anterior, en tales adjuntos que prudentemente se puede colegir su pertinacia y obstinación en la mala voluntad.

2. Confirma las enseñanzas de Julio Paulo el poco ha referido Calístrato. Habla el jurisconsulto de ciertos jóvenes audaces y mal criados que tomaban parte en los alborotos y asonadas públicas. Y dice de ellos que, si después de haber sido castigados, vuelven otra

vez a cometer el mismo delito, deben ser desterrados, y aun, si fuere preciso, eliminados: "*Scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquoties adprehensi, tractati clementius, in eadem temeritate propositi perseveraverint*". A saber, cuando por haber tomado parte en sediciones y alborotos, fueron aprehendidos y castigados con clemencia; mas luego, firmes en su perverso propósito, *volvieron* a delinquir en el mismo género. (D. XLVIII, 19, 28, 3).

3. Idéntica doctrina profesaron los Emperadores romanos. Constantino el Magno, (Cod. VI, 1, 4) al estudiar y resolver auténticamente el caso de quien acoge en su casa o en su campo al siervo fugitivo, sin que lo sepa su señor; y Arcadio y Honorio, al referirse a los recaudadores—concusionarios—que cobran más de lo justo a los contribuyentes, establecen que las penas aplicadas a los que reinciden deben revestir mayor gravedad (Cod. X, 20, 1).

d) *Frecuencia de ciertos crímenes en el país.*

1. "*Acontece en ocasiones, nos dice el jurisconsulto Claudio Saturnino, en su "Liber singularis de poenis paganorum", que las penas de ciertos crímenes se deben aumentar y hacerse más severas; esto sucede cuando son muchos los que en determinada región perpetran tal o cual especie de delito; por lo cual es necesario castigarlos con rigor sumo, para que no cunda y cause estragos en los otros el mal ejemplo.*" (D. XLVIII, 19 16, 10.)

2. El propio Claudio Saturnino, de acuerdo con el principio general que acaba de sentar, enseña que los mismos crímenes en algunas provincias son más gravemente sancionados que en otras. Así, por ejemplo, son muy severas las penas que se aplican en los pueblos de Africa a los que incendian las mieses, y en Misia a los falsificadores de metales que se utilizan para acuñar moneda (D. 1. c. 9).

3. La "*Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*" trae en su título once, párrafo 70, unas palabras del jurisconsulto Domicio Ulpiano en relación con la materia que venimos estudiando:

"*Acerca del castigo público de los abigeos—o abactores—escribió el Emperador Adriano al Consejo de la Bética—Andalucía—: "Los abigeos son, a veces, castigados con la última pena. Ahora bien, se les debe aplicar el mencionado castigo no en todas partes, sino sólo allí donde es más frecuente este género de crímenes—*SED UBI FREQUENTIUS EST HOC GENUS MALEFICII."

El *abigeato*, de que se hace mención en el rescripto del Emperador Adriano, era un robo calificado; y consistía, por no entrar ahora en pormenores, en sustraer animales de los potreros y de los rebaños (D. XLVII, 14, 1).

4. Por último, los Emperadores Diocleciano y Maximiano confirmaron e hicieron suya la doctrina jurídica enseñada por los referidos jurisconsultos, en una constitución imperial del año 287, en la cual encargan a un Máximo—probablemente gobernador de provincia—que se muestre ejemplarmente severo en la represión pública de aquellos crímenes que viere son comunes y frecuentes en el territorio de su mando, “*ut poenae genere deterreri ceteri possint*”, a fin de que los otros se llenen de terror ante las perspectivas de semejantes penas y no se atrevan a delinquir (Cod. IX, 20, 7).

e) *Medios empleados para la perpetración del delito.*

Es evidente que el mismo delito, por ejemplo, el robo, si se realiza a mano armada, perturba de manera especial el recto orden jurídico en la sociedad, y que, en consecuencia, exige represión así mismo especial. ¿Conocieron los Romanos y practicaron esta idea fundamental en derecho? Veámoslo.

1. La “*Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*”, aduce en el Título II, párrafo 80, unas palabras de Domicio Ulpiano. Va explicando el agudo jurisconsulto cómo las penas que se establezcan contra los *abigeos*, no deben ser rígidas e inflexibles, sino acomodadas a la variedad de los casos, de forma que se tomen en cuenta y se ponderen con esmero los adjuntos objetivos y subjetivos que rodean el crimen. En el último número observa que en el *Status-Civitas* suelen ser los abigeos gravemente castigados, y como prueba jurídica de la legitimidad de las mencionadas y severas disposiciones, alega lo que sigue:

“*Et sane qui cum gladio abigunt, non inique hac poena adficiuntur*”, y a la verdad, a los que ejercen el abigeato con la espada, no sin motivo justo y razonable, se les aplica la gravísima pena referida.

2. Basta leer con atención todo el título diez y seis del libro XLIII de Las Pandectas del Emperador Justiniano, para ver cómo, desde tiempos antiquísimos, distinguían los Romanos, en casos de robo, la simple *vis*, fuerza o violencia— de la *vis armata*, en orden a la represión de los crímenes perpetrados contra la propiedad priva-

da. Es, en particular, muy interesante en el mencionado título el fragmento tercero, cuya atenta lectura recomendamos a los amantes de la jurisprudencia romana, tal cual se colige del estudio directo de las fuentes.

3. Los Emperadores Arcadio, Honorio y Teodosio, impartieron el veinticuatro de febrero de 403 al *Praefectus Praetorio*, Adriano, un mandato referente a la persecución judicial de los que hubieren desertado del servicio en las filas regulares de la Nación. Los tres Emperadores van, como buenos juristas, haciendo diversas hipótesis, y aplican a cada una de ellas diferente tratamiento penal. La parte del mandato pertinente a nuestro asunto, es como sigue: "*Sin vero inventi resistendum atque armis obnitendum putaverint, tamquam rebelles in ipsis temeritatis suae conatibus oprimentur*", pero si al ser encontrados, resistieren y echaren mano de las armas, deberán recibir, en el acto, la pena eliminatoria como sanción justa de su temeridad (Cod. Th. VII, 18, 11).

4. En fin, Calístrato, en el número diez del fragmento antes mencionado (D. XLVIII, 19, 28, 10), al referirse a los "grassatores"—salteadores de caminos—, distingue también varias hipótesis; y al examinar la del empleo de armas en la realización del delito, dice que los que en tal forma asaltaren y despojaren a sus víctimas, deberán ser ultimados sin compasión.

En consecuencia, los jurisconsultos y emperadores romanos sí conocieron que el empleo de ciertos medios para llevar a cabo el crimen, implica circunstancia que aumenta su gravedad y culpabilidad. (Puede también verse, para mayor confirmación de lo que acabamos de decir, un texto del jurisconsulto Macer. D. XLVII, 14, 2.)

f) *Tiempo en que se cometió el delito.*

Es también claro que la circunstancia "tiempo" puede contribuir, más o menos, al aumento de la gravedad del crimen. La doctrina de las fuentes sobre el particular, es terminante.

1. Comencemos por el título de "furibus balneariis" (D. XLVII, 17, 1), en cuyo fragmento primero, que lo es de Domicio Ulpiano, se indica el procedimiento penal especial que debía observarse para castigar a los "fures nocturni"—ladrones *de noche*—. Advierte Marciano, en el segundo fragmento del mismo título, que si el hurto se cometió *de día*, no es conforme a las prescripciones legales utilizar

los rigores y severidad que el derecho sólo señala para los robos *nocturnos*.

2. El jurisconsulto Julio Paulo sienta el mismo principio general, al tratar de los “effractores”—ladrones, que para dar cima a sus proyectos de robo, descerrajan puertas, ventanas o arcas—. He aquí sus palabras:

“El derecho penal contra los effractores es muy diferente, según los varios casos. Porque se considera, y con razón, que es mucho más grave el delito de robo por efracción, cuando se comete y actúa de NOCHE. En tal concepto, los effractores nocturni, después que hubieren sido azotados, suelen ser condenados a trabajos forzosos.”

A continuación añade Julio Paulo el procedimiento penal más suave que se solía emplear contra los “effractores diurni”—de día— (D. XLVII, 18, 2).

3. El jurisconsulto Arrius Menander, en su primer libro “De re militari”, trata del castigo contra los padres que osaren evadir el reclutamiento militar de sus hijos, con detrimento del servicio que los ciudadanos deben a la Patria. Pero, según Arrius Menander, el crimen de la sustracción de los hijos a la milicia no es siempre igualmente grave, como quiera que el orden jurídico sufre en el mencionado caso mayor detrimento y perturbación pública en tiempo de guerra que en tiempo de paz. Por eso concluye que quien: “*Filium suum subtrahit militiae belli tempore, exilio et bonorum parte multandus est*”, quien sustrajere su hijo a la milicia en tiempo de guerra, debe ser desterrado, y, además, privado de *parte* de sus bienes. No determina el texto de Arrius Menander la parte de bienes de que debía privarse al padre en tales casos. Su fijación era, a lo que parece, de la incumbencia privativa de los jueces, habida, naturalmente, consideración a las circunstancias concretas e individuales. En cambio, el autor del mismo delito, en tiempo de paz, era castigado con mucha mayor benignidad (D. XLIX, 16, 3, 11).

4. En el título “De incendio, ruina, naufragio: rate, nave expugnata”, se trata de los robos llevados a realidad en tiempo de incendios y otras calamidades análogas, cuando el dueño no puede defender su patrimonio, como en épocas normales. Pues bien, los delitos perpetrados en semejantes circunstancias se castigaban con rigor especial, con arreglo siempre a la naturaleza y exigencias del crimen.

Según el Edicto del Pretor, que nos ha conservado Domicio Ulpiano en su Libro 56 sobre la referida fuente de derecho, el autor del hurto en los adjuntos que en él se contemplaban, podía ser obligado judicialmente a devolver el cuádruplo de la cosa robada, siempre que la acción se utilizara dentro del año útil; después de ese período, la acción era "in simplum", lo que significa que el dueño sólo podía reclamar el objeto robado o lo que en su valor económico-social le fuera equivalente, al arbitrio del juez.

5. El gran *Marcus Antistius Labeo*, en quien no se sabe qué apreciar más, si su sabiduría en la ciencia de las leyes o su amor desinteresado y firme a las instituciones netamente republicanas, nos dice que la injuria puede ser atroz por diferentes capítulos: en particular, por razón de las personas, del tiempo o de la cosa misma.

Domicio Ulpiano va comentando las palabras de aquel egregio jurisconsulto, y, por lo que hace a nuestro propósito, dice que el tiempo puede influir notablemente en la culpabilidad y en la responsabilidad consiguiente del malhechor. Y para declararlo, trae a colación el caso de la injuria inferida en tiempo de los juegos públicos y en presencia de todo el pueblo; y luego agrega como razón de su enseñanza estas palabras:

"Porque mucho interesa al pueblo romano, o lo que viene a convertirse en lo mismo: al orden jurídico y social, que deben hacer respetar los pretores, si la injuria en referencia se infirió a la víctima en público o en privado, porque es mucho más grave y sobre toda idea más atroz la que se infiere en público y en presencia de todo el pueblo" (D. XLVII, 10, 7, 8).

g) *Lugar en que se llevó a cabo el delito*

Sobre esto tenemos las enseñanzas claras y terminantes de Claudio Saturnino, quien en su "Liber singularis de poenis paganorum" advierte como cosa cierta y comúnmente por todos los jurisconsultos admitida, que un mismo crimen puede por diferentes razones ser, en cuanto al fondo, y considerarse más grave en unos lugares que en otros. En consecuencia, observa que no es contra la teoría del derecho penal el castigar el mismo delito con más severidad y rigor en una provincia que en otra (D. XLVIII, 19, 16, 9).

h) *La condición de la persona delincuente u ofendida*

1. Ante todo conviene hacer notar que en la época posterior al Emperador Adriano se estableció una distinción, constantemente observada, en orden a la pena, entre los delincuentes “honestiores” y “humiliores”—de condición noble o humilde—. Estos últimos eran tratados, “*ceteris paribus*”, es decir: en igualdad de circunstancias, más *dura* y *ásperamente*; en cambio, a los primeros se les solían aplicar de preferencia las penas que llevaran consigo mayor *infamia* con detrimento del buen nombre ante la sociedad.

2. Enseña Domicio Ulpiano que la injuria aumenta al compás de la indignidad y pequeñez de la *persona* que la infiere:

“*Quaedam iniuriae a liberis hominibus factae leves —nonnullius momenti— videntur, enimvero a servis graves sunt. Crescit enim contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit*” —Ciertas injurias hechas por hombres *libres* son reputadas como insignificantes; pero las mismas injurias, si quien las hace es un *esclavo*, se consideran graves. Porque *la contumelia crece por razón de la persona que la infiere*— (D. XLVII, 10, 17, 3).

3. Delitos que si los cometía un *paisano* eran mirados, por lo regular, como no muy graves; en cambio, si los perpetraba un *militar*, eran tratados con severidad suma en los tribunales.

“*Quaedam delicta, nos dice el jurisconsulto Macer, pagano aut nullam aut leviozem poenam irrogant, militi vero graviorem*” —Ciertos delitos que, si los comete un militar, son castigados con gran severidad— (D. XLVII, 19, 14).

4. Siempre se mira como crimen muy grave y desdénoso el que un militar se entregue cobardemente al adversario; pero el crimen sube de punto cuando quien lo realiza es militar de alta graduación:

“*Et augetur, ut ceteris delictis: dignitate, gradu, specie militiae*” —Y se aumenta el delito en gravedad y responsabilidad, según fuere mayor la dignidad, grado y categoría del militar— (D. XLIX, 16, 2, 1).

“*Miles turbator pacis capite punitur*”, nos dice Julio Paulo con frase gráfica y escultural: “El militar perturbador de la paz debe sufrir la pena de muerte” —aun cuando el paisano, autor del mismo delito, no siempre debería ser castigado con sanción tan severa—.

Arrius Menander agrega que no a todos los militares que desertan se les debe aplicar la misma pena, pues se deben tener en cuenta

las diversas circunstancias de tiempo, lugar y *persona*: “*Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis, et stipendiorum ratio gradus militiae*”, etc.

Así se explica por qué el crimen, por su naturaleza siempre grave, de la *deserción*, era sancionado con más severidad y rigor en los militares romanos que no en los militares latinos:

“*Nominis latini perfugae... erant securi percussi, romani in crucem sublati*” —Los desertores latinos solían ser muertos con el hacha; en cambio, a los desertores romanos se les aplicaba el horrible e infamante suplicio de la crucifixión— (Tito Livio, XXX, 39).

En conformidad a la noticia histórica referida por Tito Livio, afirma Valerio Máximo que los tráfugas romanos solían ser castigados con más gravedad que los tráfugas latinos (Valerio Máximo, II, 7, 12).

5. Domicio Ulpiano nos dice que a veces el delito aumenta en proporción, según la dignidad de la persona ofendida: “*Persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti, patrono fiat*” —La gravedad de la injuria crece cuando las personas injuriadas son magistrados, padres y patronos— (D. XLVII, 10, 7, 8).

6. Los Emperadores Arcadio y Honorio Augustos, en una constitución promulgada el año 398, fijan el derecho penal que debían observar los jueces en la punición de las injurias irrogadas a los sacerdotes y otros ministros del culto católico, único oficial del Imperio, desde el tiempo de Constantino el Magno.

De dicha constitución colegimos con certeza que para los Emperadores cristianos, los irrespetos y ultrajes a las personas consagradas a Dios se consideraban como delitos gravísimos y, en consecuencia, merecedores de las sanciones más severas (Cod. I, 3, 10).

7. Domicio Ulpiano, al hablar de las obligaciones que tienen por derecho natural los hijos para con los padres, nos dice:

“*Si el hijo osare injuriar a la madre o al padre, a quienes debe respetar y venerar como se merecen, o se atreviere a poner sus manos sacrílegas y nefandas en ellos, deberá ser castigado severamente por el praefectus urbis, quien deberá, en el cumplimiento de su alta misión, recordar que el crimen en referencia pugna gravemente con las exigencias e intereses más justos de la piedad pública*” (D. XXXVII, 15, 1, 2).

8. Julio Paulo, al estudiar las penas contra los encubridores de criminales, observa a nuestro propósito que si el malhechor es *pa-*

riente próximo de quien, más que todo por compasión y afecto natural, le da refugio y le oculta, no debe ser absuelto, pero ni tampoco castigado con gran severidad, porque su delito no se puede comparar, ante las leyes, con el de aquéllos que encubren y ocultan a los que no tienen con los mismos vínculo de parentesco próximo (D. XLVII, 16, 2).

Artículo 2.^o—Circunstancias atenuantes

a) *Juventud*

1. El juriconsulto Trifonino advierte que, con arreglo a los principios y normas generales en materia de penas, los púberes menores de edad no pueden, en caso de delito, al menos si éstos son de los más graves, acogerse al beneficio y favor de la “*in integrum restitutio*”, para, en su virtud, librarse de las sanciones fijadas por el legislador contra los referidos delitos; pero, con todo, agrega que los jueces deberán, al aplicarlas, prestar la consideración debida a la *minoría de edad*, en cuanto constituye una circunstancia que atenúa más o menos la gravedad y responsabilidad en el crimen (D. IV, 4, 37, 1).

2. Domicio Ulpiano, en su Libro VII sobre el oficio del procónsul, nos dice que los procónsules del pueblo romano, cuando tratan de aplicar en casos concretos y particulares las penas establecidas en las leyes contra el sacrilegio, deben tomar en cuenta y ponderar atentamente las varias circunstancias que rodean el crimen. En especial advierte que se debe atender a la circunstancia de *edad*, como modificativa de la capacidad jurídica de las personas, toda vez que no es justo y conforme a razón usar de la misma severidad y del mismo rigor en los mayores que en los menores de edad (D. XLVIII, 13, 7).

3. Claudio Saturnino sienta con toda claridad y resolución el principio, para él axiomático, de que en materias penales: “*in eius rei consideratione, aetatis quoque ratio habeatur*” —al actuarse en forma concreta la punición de los delitos, debe tomar en cuenta el juez la circunstancia de la *edad*, en el delincuente—, pues de ello podrá colegir la culpabilidad consiguiente, mayor o menor, de los malhechores.

b) *La razón de sexo*

1. Es notable por varios conceptos el siguiente pasaje del juris-

consulto Julio Paulo, tomado de su obra titulada “Liber singularis de iuris et facti ignorantia” —Libro singular acerca de la ignorancia del derecho y del hecho—:

“*La regla general sobre esta materia es, nos dice el gran jurisconsulto, que no se admite en los juicios, como excusa buena y legítima, la ignorancia del derecho establecido, pero sí, al menos con facilidad relativa, la ignorancia del hecho —máxime si éste es ajeno*”. (Para explicar las palabras de Paulo, observaremos que ignora el *derecho* quien no sabe, por ejemplo, que la ley prohíbe los matrimonios entre tío y sobrina; y que ignora el *hecho* quien, conociendo la mencionada ley, no sabe que es tío de fulana). “*Veamos, pues, en qué casos puede admitirse, al modo dicho, la excusa de la ignorancia, como buena y legítima, pero advirtiendo antes que nuestras leyes admiten la ignorancia del derecho, tratándose de los que no han llegado aún a la mayor edad. Lo cual debe también aplicarse, al menos en determinados casos, a las mujeres, aun a aquellas que han pasado de los veinticinco años: propter sexus infirmitatem, por razón de la debilidad mental propia del sexo; y por eso suelen ser tratadas en los tribunales, encargados de la tutela del orden público, con mayor benignidad que los varones*” (D. XXII, 6, 9 pr.).

La misma doctrina repite Domicio Ulpiano al establecer la base jurídica de que los jueces, en el procedimiento contra los sacrílegos, “*debent, pro qualitate sexus, vel severius vel clementius statuere*” —deben, según la calidad del sexo, inclinarse más a la severidad o a la clemencia en el proferir la sentencia— (D. XLVIII, 13, 7 (6) pr.).

c) *La embriaguez*

1. El gran orador y filósofo romano Marco Tulio Cicerón, en su preciosa obra “De inventione”, en la cual viene dando instrucciones muy a propósito a los jóvenes abogados sobre la manera como deben proceder en el foro, dice por lo que hace a nuestro caso:

“*Las conjeturas se pueden tomar del motivo del acto, de la persona y del hecho mismo en sí considerado. En cuanto a lo primero, se debe distinguir, ante todo, entre pasión y premeditación. La pasión es un afecto violento del ánimo que nos induce a ejecutar un acto, sin darnos tiempo suficiente para reflexionar. Tales son el amor, la ira, ciertos estados morbosos anímicos o somáticos, la embriaguez, y en general todo aquello que nos puede privar, en grado mayor o menor,*

de la calma y atención necesarias para examinar con la diligencia debida las cosas, pudiendo decirse que en tales casos nuestros actos son obra más bien de un impulso violento y ciego que de la reflexión pausada y diligente” (Cic. “De Inventione”, Lb. II, capítulo 50).

2. El jurisconsulto Marciano nos enseña que el delito puede realizarse de tres maneras diferentes.

Es la *primera*, cuando se comete el crimen a sabiendas y de propósito. —En este primer caso, la culpabilidad y responsabilidad del delincuente, son, como se ve, plenas—.

Es la *segunda*, cuando el hombre, al obrar contra la ley y en daño de terceros, lo hace arrebatado por el impetu torrentoso de la pasión, sin la calma y reflexión suficientes. Este es el caso de los ebrios: “*cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur*” —cuando por causa de la embriaguez vienen los hombres a las manos o al hierro—. En este caso la culpabilidad y responsabilidad del delincuente sufren disminución y a veces hasta se anulan—.

Es la *tercera*, cuando el “*factum alteri damnosum*” llega a la realidad por caso fortuito, como cuando la flecha disparada contra un venado viene a matar a un hombre. —En este caso —suponemos ausencia de culpa jurídica— no habrá culpabilidad ni consiguiente responsabilidad ante las leyes— (D. XLVIII, 19, 11, 2).

Concuerdá en un todo con Marciano el jurisconsulto Arrius Menander, como puede verse en un pasaje suyo inserto en el Título “De re militari” en las Pandectas del Emperador Justiniano (D. XLIX, 16, 6, 7).

3. Es de supremo interés para los que viven consagrados al estudio del derecho penal, una constitución de los Emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio, publicada el año 393 de nuestra era.

En ella nos dicen los tres Emperadores mencionados que los jueces, para cumplir bien con su oficio, deben ponderar atentamente y con pausa las circunstancias y condiciones *subjetivas* del reo, en que se realizó el hecho material delictuoso.

En particular, y por lo que concierne a nuestro estudio, observan que los que profieren en público palabras gravemente injuriosas contra la persona sagrada de los Soberanos, dado caso que lo hicieren en estado de *embriaguez*, no deben ser castigados con las penas que las leyes señalan en general para tales crímenes: “*Eum* vienen hablando los Emperadores del ebrio— *poenae nolumus subiugari neque durum aliquid nec asperum sustinere*”.

Recomendamos a nuestros lectores el estudio del canon 2201, párrafo 30, del actual Código de Derecho Eclesiástico. En dicho canon se expone con precisión y profundidad maravillosas la doctrina jurídica de la Iglesia sobre la embriaguez, como circunstancia atenuante del delito. Difícil será encontrar un texto legal en el cual se proponga con tanta exactitud y claridad la doctrina del derecho natural acerca de esta importante materia.

d) *Impetu de la pasión*

1 El jurisconsulto Domicio Ulpiano nos dice que el marido que sorprende en crimen de adulterio a su esposa, y luego, arrebatado de cólera, le da muerte, no incurre en responsabilidad penal. Sin duda se hallaba persuadido Domicio Ulpiano de que en semejantes casos el autor del delito material carece de calma y reflexión suficientes para realizar un *acto humano*, en la significación técnica y filosófica de esta frase. (D. XIX, 5, 33).

2. Más preciso que Domicio Ulpiano es sobre esta materia Julio Paulo:

“Debe saberse, nos dice este gran jurisconsulto, que en virtud de un rescripto promulgado por los Emperadores Marco Aurelio y Lucio Aurelio Cómodo, el marido que diere muerte por su propia autoridad y, en consecuencia, contra lo que ordenan las leyes, a los adúlteros, debe ser castigado, porque esto exige el recto orden jurídico, pero con penas más suaves que las que sancionan las leyes contra los reos de homicidio. Más aún, el gran Emperador Antonino Caracalla ordenó que el marido que tal hiciere —arrebatado del ímpetu de la pasión y sin saber lo que se hace— debe ser absuelto: sed et magnus Antoninus pepercit, si qui adulteros inconsulto calore ducti interfecerunt” (Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio, IV, 3, 6).

Véase el canon 2.206, en el cual se resume la doctrina de la Iglesia Católica acerca del ímpetu de la pasión, como circunstancia atenuante del delito. Dicho canon refleja con fidelidad absoluta las prescripciones del derecho natural relativas a la materia en que nos ocupamos.

e) *Simple tentativa o conato*

Hemos de confesar ante todo que los expositores no convienen en determinar la manera cómo el derecho romano considera el “conatus

delinquendi” o el “delicti conatus”; expresión de que se sirve el actual Código de la Iglesia Católica.

1. Unos afirman que en el derecho romano se castigan con las mismas penas el delito consumado y el “conatus delinquendi”. ¿Razones en favor de esta primera sentencia? Parecen ser bastante graves y sólidas. Nos limitaremos a exponerlas con toda imparcialidad.

a) En el título de Las Pandectas “ad legem Corneliam de sicariis et veneficis” se contienen varios pasajes de jurisconsultos eminentes, que parecen prestar su apoyo nada despreciable a esta opinión. (D. XLVIII, 8):

“*El Emperador Adriano, se nos dice en uno de esos pasajes, estableció que quien no mata a un hombre, pero sí le hiere con la intención de matarle, debe ser tratado en los tribunales como VERDADERO HOMICIDA*” (D. l. c. 3).

“*En virtud de la Lex Cornelia de sicariis et veneficis, deben ser castigados no sólo los que dan muerte a un hombre, sino también los que con ánimo de quitársela andan armados, aunque no logren la meta de sus anhelos criminales*” (L. c. 1 pr.).

“*In lege Cornelia dolus pro facto accipitur*” —En la ley Cornelia el dolo —en cuanto implica voluntad de consumir el crimen— se equipara al hecho consumado— (L. c. 7).

“*Según un rescripto del Emperador Adriano: “IN MALEFICIIS VOLUNTAS SPECTATUR, NON EXITUS”* —En materia de delitos, ha de considerarse la “voluntad de consumir el hecho criminal”, no su consumación— (L. c. 14).

De todos estos pasajes tomados del Digesto del Emperador Justiniano parece inferirse como cierta la sentencia de los que afirman que en el derecho romano el “conatus delinquendi” es tratado, en punto a penas, como el “delictum summatum”.

b) Los Emperadores Arcadio y Honorio contemplan, a su vez, el caso de quienes entran a formar parte de una conspiración encaminada a producir la muerte de alguno de los miembros que integran el Consejo o Consistorio del Emperador, de alguno de los senadores o de cualquiera de los que militan en los ejércitos imperiales; y establecen como principio general de derecho que los tales deben, aunque la conspiración no haya tenido efecto, ser muertos por la espada, en calidad de reos de lesa majestad, y todos sus bienes adjudicados al fisco imperial”:

“*Eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri*

iura voluerunt” —Porque las leyes ordenan que la voluntad de cometer el crimen —ya se entiende que se trata de voluntad manifestada en algún acto externo que pueda considerarse como camino para la meta— sea castigada con la MISMA SEVERIDAD con que lo es el hecho consumado— (Cod. IX, 8, 5pr.).

No parece menos evidente el argumento que se puede tomar de estas palabras tan claras y terminantes, como para probar la verdad de la primera sentencia, o sea: de que en las leyes romanas se castigan del mismo modo el hecho consumado y el conato.

2. Otros en cambio sostienen que, según la concepción romana, sólo se castigan los delitos consumados y nunca el “conatus delinquendi”. Veamos los fundamentos en que se apoya esta segunda sentencia opuesta, como se ve, radical y diametralmente a la primera.

a) Domicio Ulpiano estudia el caso del juez que pretende aplicar contra una de las partes en juicio una ley, que en realidad no existe: ésta es la figura jurídica propia del delito en examen. Pues bien, nos dice Domicio Ulpiano que no basta que el juez haya *intendado* delinquir, sino que se requiere la *consumación* del hecho pretendido, a tenor de las cláusulas legales, para que el juez incurra en las penas señaladas en la ley. Y para probar su aserto, aduce unas palabras terminantes que parecen demostrar la verdad de la segunda sentencia:

“*Quid enim offuit conatus*, dice uno de los jurisconsultos más grandes de Roma jurídica, *cum iniuria nullum habuerit effectum*” —Lo que significa que el simple conato, a pesar de la intención dolosa y criminal de su autor, no alcanza de hecho a perjudicar a otro. De donde se deduce que no es justo aplicar al “conatus delinquendi” las sanciones que el legislador sólo estableció para el delito consumado.— De esta manera discurre el agudo jurisconsulto (D. II, 2, 1; 2).

b) Julio Paulo concuerda con Domicio Ulpiano, pues en su comentario al *Senado-consulto Liboniano* dice expresamente que, cuando hay conato de delinquir, pero no se consuma en realidad el delito, como lo hubiera deseado el autor del “conatus delinquendi”, no habrá lugar a la aplicación judicial de las penas fijadas por las leyes tan sólo contra los delincuentes:

“*Dicamus eum poenae eximendum esse*” —Es claro que quien intentó delinquir, mas de hecho no delinquirió, no debe sufrir las penas establecidas en la ley contra los autores de hechos consumados— (D. XLVIII, 10, 22, 4).

c) El mismo Julio Paulo, en su estudio sobre el *Furtum*, defiende la teoría de que sólo son sujetos de la ley penal los que hayan llevado a perfección el acto criminal por aquélla contemplado:

“*Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi intraverit. Quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique iniuriarum*” —El que con ánimo de consumir el delito de hurto entrare en una pieza del edificio ajeno cerrada con llave, no es ni puede llamarse ante las leyes *ladrón*, aunque haya entrado con la intención cierta y comprobada de robar. Por lo cual no se le podrán aplicar las acciones establecidas contra los verdaderos y formales “fures” —ladrones—. Con todo, se le deberá aplicar la “*actio iniuriarum*”, porque es evidente que en el caso propuesto se consuma, ya que no el robo, la figura jurídica del delito “*injuria*” (D. XLVIII, 2, 21, 7).

De todos estos pasajes tomados de los jurisconsultos más notables de Roma parece inferirse la conformidad absoluta de la segunda sentencia con las fuentes legales.

3. Hay quienes piensan que, por regla general, en el Derecho Romano sólo se castiga el delito consumado, y el “*conatus delinquendi*” sólo en ocasiones y por vía de excepción. De esta manera quieren los patronos de la tercera sentencia establecer armonía y consorcio entre los textos que alegan en su favor los defensores de la primera y segunda sentencias, tan abiertamente opuestas entre sí.

Mas ¿cómo armonizar esta tercera sentencia con el alcance y matiz universales de las palabras de las fuentes antes referidas:

“*In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*” —En materia de delitos debe considerarse la *voluntad* de consumir el hecho, y no precisamente su consumación—;

“*Eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri iura voluerunt*” —Las leyes ordenan que la *voluntad* de cometer el crimen —una vez manifestada exteriormente— sea castigada con la *misma* severidad con que lo es el hecho *consumado*?

Por donde esta tercera sentencia, aunque sean muchos y de gran renombre los autores que la defienden, no parece hallarse provista de fundamentos graves y sólidos en las fuentes.

4. Por último, el afamado penalista italiano Enrico Pessina, en su célebre obra “*Diritto penale*”, párrafo 98, trata con la profundidad y competencia que caracterizan sus escritos, de conciliar las sentencias primera y segunda, que, según se acaba de explicar, parecen gozar del

firme apoyo de las fuentes. He aquí cómo se expresa Enrico Pessina en el lugar referido:

“Nosotros tenemos un criterio particular sobre este punto, y creemos que, a pesar de la carencia de una doctrina general sobre el conato, pueden reconocerse en las fuentes del Derecho Romano, por las varias formas que adoptó la justicia penal, las siguientes determinaciones:

”1) En los más graves entre los “*delicta publica*”, como el homicidio y el crimen de lesa majestad, en virtud del principio político o de la intimidación, siempre que el propósito criminoso fuese manifiesto, la acción reveladora de tal propósito, por débil que fuera en su contenido, era equiparada al propósito realizado: *eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum iura puniri voluerunt* (Cod. 1. c.).

”2) Con relación a los “*delicta privata*”, por el contrario, el evento realizado era condición especial para la responsabilidad del agente: *quid offuit conatus cum iniuria nullum habuerit effectum* (D. 1. c.).

Pero ni esta cuarta sentencia, a pesar de ser tan sugestiva y hallarse tan bien elaborada, satisface por completo.

En efecto, la proposición “*eadem enim severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri iura voluerunt*” y la otra “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*” parecen, según el sentido obvio y natural de las palabras, al que no es lícito repugnar para sacar verdadera una opinión, parecen, digo, tener alcance *universal*, y no particular y restringido, como quiere Pessina, a los casos más graves, como son los de homicidio y los de lesa majestad.

Además, deben ponderarse muy bien los siguientes textos:

“*Si quis non dicam rapere, sed vel attemptare matrimonii iunjendi causa sacratas virgines vel viduas ausus fuerit, capitali sententia ferietur*” —Si alguno no digo RAPTARE, con miras al matrimonio, las vírgenes sagradas o las viudas —dedicadas al servicio divino—, pero aun intentare hacerlo —he aquí el *conatus delinquendi*—, deberá sufrir la pena capital— (Cod. Th. IX, 25, 2).

“*Ordenamos que nadie intente —conetur— de noche celebrar REUNIONES de carácter religioso prohibidas por las leyes. De lo contrario, quien fuere descubierto y convicto, deberá ser castigado con penas convenientes. Así lo mandamos por esta nuestra Constitución, cuyo valor deseamos que sea perpetuo*” (Cod. Th. IX, 16, 7).

Los Emperadores Valentiniano y Valente: “*Ut omnes latronum conatus debilitati conquiescant*” —Para reprimir todo conato de los

SALTEADORES de caminos—, establecen “*ut ii qui nostrae mansuetudinis statuta temperaverint violare*” —que los que *intenten* —he aquí de nuevo indicado el *conatus delinquendi*— sean castigados con aquellas sanciones que las leyes determinan para los *abactores*, reos de abigeato (Cod. Th. IX, 30, 2).

La misma doctrina acerca del “conatus delinquendi” repiten los Emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio (Cod. Th. XVI, 10, 12, 3); Graciano, Valentiniano y Teodosio (Cod. V, 7 pr.); Arcadio y Honorio (Cod. IX, 8, 5, 2); Constancio y Juliano (Cod. XI, 1, 3).

En consecuencia, no parece que se pueda sostener la sentencia del ilustre profesor napolitano, por hallarse en pugna manifiesta con muchos textos legales.

* * *

No queremos resistir a la tentación de transcribir íntegros los cánones 2212 y 2213, en los cuales propone la Iglesia Católica, en forma concisa pero acabada, la doctrina jurídica acerca del “conatus delinquendi”:

“*Canon 2212.*— 1. El que pusiere u omitiere actos que por su naturaleza conducen a la ejecución del delito, pero no lo consumare, ora porque desistió a tiempo de su primer propósito, ya porque no pudo darle cima por la insuficiencia o ineptitud de los medios, comete el “delicti conatus”.

”2. Cuando se pusieron u omitieron todos los actos que por su naturaleza conducen a la ejecución del delito y bastan para su perfeccionamiento, mas no llegaron a surtir los efectos deseados, por causas independientes de la voluntad del agente, el “delicti conatus” se denomina con propiedad “delictum frustratum”.

”3. Se acerca al “delicti conatus” la acción de aquél que procuró inducir a otro a cometer el delito, pero ineficazmente.

”4. El “delicti conatus” constituye verdadero y formal delito, cuantas veces se hallare sancionado con penas peculiares en la ley.”

“*Canon 2213.*— 1. El “delicti conatus” tiene su imputabilidad tanto mayor cuanto más se acerca a la consumación, aunque siempre menor que el delito consumado, salvo lo prescrito en el párrafo tercero de este canon.

”2. El “delictum frustratum” es más culpable que el simple “delicti conatus”.

"3. Se libra de toda imputabilidad el que espontáneamente desiste de la ejecución ya comenzada del delito, siempre que del conato no emergiere daño o escándalo."

Para explicar la doctrina precedente con un ejemplo sencillo, sea el caso de Ticio, que propina a Cayo una bebida venenosa, de suyo mortal. Si antes de que la tome Cayo, Ticio se la quita, habrá simple "delicti conatus"; en cambio, si Cayo la toma, pero luego con una pócima adecuada lograre contrarrestar el efecto del veneno, habrá "delictum frustratum".

f) *Simple complicidad*

1. Quintus Mucius Scaevola, comentando la "lex Pompeia de Parricidiis", en la cual se establece la pena capital contra los autores de los crímenes en ella contemplados, dice que los cómplices son, por lo menos en ocasiones, castigados con penas menos severas, v. g., con la de relegación. Dije *en ocasiones*, pues reconoce el propio Scaevola que puede ser a veces la complicidad tan grave, que constituya por sí sola, título bastante para la aplicación del último suplicio (D. XLVIII, 9, 2).

2. Julio Paulo, refiriéndose al crimen del ejercicio de las artes mágicas, tan aborrecidas del legislador romano, distingue entre el autor principal del crimen y sus cómplices: del primero nos dice que era quemado vivo; en cambio, de los segundos, que solían ser arrojados a las bestias o crucificados. Ahora bien, es de todos sabido que la muerte por fuego era considerada, entre los romanos, como suplicio más grave que los otros dos géneros de muerte.

3. El Emperador Constantino, en su Constitución "Si Quis" del primero de abril del año 320, estudia el caso de rapto, en el cual va distinguiendo cuidadosamente el crimen del raptor y el de sus cómplices, y señala penas a propósito tanto para aquél como para éstos. De dichas penas, unas las fija Constantino en su especie átoma, y otras las deja al prudente arbitrio del juez, para que él las determine con arreglo a las circunstancias concretas del caso (Cod. Th. IX, 24, 1, 5, 6).

4. También los Emperadores Arcadio y Honorio establecen el principio general de que los cómplices y cooperadores en el crimen deben ser castigados por los jueces, según la medida de su culpa (Cod. Th. IX, 14, 3).

g) *Influencia del superior en el inferior*

1. Es preciosa por varios títulos la Constitución “Servos” de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio. En ella se trata del crimen de violencia cometido por esclavos. Y para apreciar su culpabilidad en concreto, se establecen dos hipótesis: a) Si lo cometieron “*in scio domino*” —sin que lo supiera el señor—, se les aplicará el último suplicio; b) Si por su mandato y por temor de incurrir en su indignación, siempre serán castigados, pero con mucha mayor suavidad (Cod. Th. IX, 10, 4).

2. Esta misma doctrina repite el Emperador Constancio en una de sus Constituciones, inserta en el Código Teodosiano:

“*Si quis in demoliendis sepulchris fuerit adprehensus, si id sine domini conscientia faciat, metallo adiudicetur; si vero domini auctoritate vel ilusione urgetur, relegatione plectatur*” —Si alguno fuere cogido en el acto de demoler mausoleos, caben dos hipótesis: porque o lo hizo sin el conocimiento del superior de quien dependía, o por su autoridad y mandato. En el primer caso, deberá ser condenado a trabajos forzosos; en el segundo, bastará que sea relegado— (Cod. Th. IX, 17, 1).

3. Cornelio Tácito nos refiere en sus “*Annales*” (Cornelio Tácito, *Annales*, Libro III, Cap. 17), que el Emperador Tiberio absolvió a un joven de cierto crimen, porque lo cometió para obedecer el mandato de su padre: “*patris quippe iussa*, nos dice el referido historiador, *nec potuisse filium detrectare*” —porque es muy difícil al hijo resistir a las órdenes y mandatos que le diere su padre—.

h) *El haberse prolongado el proceso criminal o el haber pasado el reo mucho tiempo en la prisión preventiva*

Este doble hecho se considera en las fuentes, según lo vamos a ver, no como circunstancia que atenúa la gravedad del delito, sino como razón para que el juez proceda con mayor benignidad.

1. “*Si alguno, acusado de crimen*, nos dice Sexto Pomponio, *ha estado por largo tiempo en calidad de reo, en los tribunales, y fuere condenado por sentencia del juez, es muy justo que se le disminuya algo la pena establecida en la ley: “aliquatenus poena eius sublevanda*

erit"; igualmente, es muy conforme a las normas de la justicia vindicativa que los condenados en juicio, después que hubieren pasado mucho tiempo en la prisión preventiva, sean tratados con más suavidad en la pena que los otros" (D. XLVIII, 19, 25).

2. Los Emperadores Honorio y Teodosio sientan en frases elocuentes y sonoras la misma doctrina jurídica en una comunicación oficial dirigida al *Praefectus Praetorio*, Antemio: "*Si Cayo fuere condenado en juicio al destierro por tanto tiempo, deberá ser puesto inmediatamente en libertad, si pasó ese mismo tiempo en la prisión preventiva: "solutus poena vinculisque laxatos custodia liberari praecipimus, nec ullas exilii postmodum misereas formidare"*. Basta, agregan los mencionados Emperadores, con lo que ha sufrido en la cárcel, y por tanto no se debe pensar en mandarle al destierro: "*sit satis immensorum cruciatum semel eluisse supplicia, ne qui aurae communis haustu et lucis aspectu diu privati sunt non intra breve spatium catenarum ponderibus praegravati, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur"*".

Epílogo.—Oyese y léese a cada paso que hasta que vinieron los *Positivistas*, máxime Cesare Lombroso, Raffaele Garoffalo y Enrico Ferri, nadie pensó, en el campo de las ciencias jurídico-penales, en el estudio del elemento *subjetivo* del delito. Las páginas precedentes bastan y sobran para demostrar que la afirmación rotunda de los *sabios* tiene un grave inconveniente, y es el de no tener respaldo en los hechos históricos y positivos. Los jurisconsultos más grandes de Roma elevan su protesta airada contra sus osados calumniadores.

José M. URÍA, S. J.,

Profesor de Derecho Romano en la Universidad Javeriana, Bogotá.