

ella podrá facilitarse la inteligencia de una materia, acaso, ninguna otra mas árdua, y encrespada.

20. Contrayéndome á la primera, (en que se dijo, que para ser punible el delito ha de ser efectivamente cometido, sin ser bastante el conato, ó el haberse solo maquinado); el delito es emanacion de la voluntad del delincuente, y no puede decirse, que ella existe, cuando reside solo en la potencia, y no en el acto; antes por el contrario, es muy propio de la facultad mental contener los intentos malos á que inclinó el pensamiento y la misma voluntad; y por lo mismo en tal funcion, si lejos de complacerla, la aprehension, el juicio, y discurso, la resisten, dejando de hacer lo que habia intentado, será virtud, en vez de estimarse delito. La duda puede estribar (en medio de la conformidad de este sistema) en el lance de venir el arrepentimiento del criminal despues que habia empezado á poner en obra el delito intentado sin llegar á su consumacion; á causa que aquel puede ser *motu proprio*, como obra del entendimiento, y puede ser dependiente de algun accidente que se cruzó en la ejecucion; y dista tanto lo uno de lo otro, quanto va de la virtud al vicio. Por eso en tal ocurrencia, ha de resolverse el asunto por esta expuesta distincion, y por otra que estrechamente lo rige; cual es: si el tal arrepentimiento reside en transgresion atroz, ó en la que no lo es.

Siempre que el ánimo criminal persiste reacio en llevar á efecto el hecho criminoso que se propuso se

tiene por delito, aunque el proyecto se frustre por causa independiente despues de adelantadas diligencias en su cumplimiento; pues es visto que no faltó por él la expuesta consumacion, sino por el acaso que la malogró (1). Pero es de advertir con referencia á la última distincion que nos conduce; que en los delitos atroces, de traicion al Rey, homicidio, raptó de Monja, ú otros iguales, ó mayores, no rige la propuesta regla; pues indistintamente, sea casual el arrepentimiento, es punible la criminalidad intentada, no quedando entero el intento (2). De modo que llegando á calificarse por hechos inductivos; como, si el que maquinó la traicion, se confedera con otros para ejecutarla, se confabula por cartas, ó por otro cualquier medio pone en obra el intento: si el que pensó matar á otro le acecha armado, esperándole á traicion; ó le acomete con arma, ó instrumento: si siendo de fuego, la dispara: si siendo veneno, lo tiene preparado, con ánimo resuelto de propinarlo: si para extraer la religiosa del convento se arriman escaleras ó dan otros pasos; en todos estos lances, así figurados, y otros semejantes, aunque no se realice enteramente la intencion, ó deje de conseguirse el fin, son tan culpables las obras en que consisten, como los mismos delitos si se hubiesen consumado; y sus penas las ordinarias. Bien que

(1) Aut. acord. 19. tit. 11.
lib. 8. Recop.

(2) Ley 2. tit. 31. part. 7.

ello no obstante, han de considerarse los grados de malicia de los hechos, la proximidad de su efecto, el conato del delincuente, su edad, estado, y condicion (1). En los demas delitos menores, tiene lugar el número que seguimos; no obstante que el hecho en que el efecto no sigue al afecto por ocurrencia involuntaria, tambien se castigue con penas ligeras, y extraordinarias (2); como no sea el de hurto, así intentado y no consumado, que se escarmienta con la de azotes, galeras ó presidio (3).

21. Sin apartarnos de la primera ilacion expuesta, son disimulables aquellos acasos perpetrados sin dolo, y que fueron partos de un justo temor (4), un justo y racional dolor, un error ó ignorancia invencible, ó un moviento primero insuperable (5).

22. No menos lo son, en apoyo de este idéntico discurso, aquellos que se cometen para evadirse de la muerte ó violento insulto que acosa, ó que su defensa es lícita: no excediendola inmoderadamente (6); y sobre todos pide particular reflexion, aquel, que

(1) Dicha ley 2. D. Matth. de Re crim. cont. 32. n. 23.

(2) La misma ley 2. al fin. D. Matth. dict. cont. 32. n. 20. et cont. 11. n. 13.

(3) Aviles, in c. corret. 12. Véase la obs. 11. cap. 14. aut. acord. 19. cit. Cev. com. q. 196. n. 18 et 19.

(4) Véase la obs. 1. n. 4.

(5) Lex si Adulterium 38. §. Imperator ad L. Julian. de Adult. ley 2 tit. 31. part. 7. Aillon, lib. 3. Variar. cap. 3. n. 35. Véase n. 35 y 36 de este capítulo.

(6) Gom. et Aillon, loc. prox. cit. ley 6. tit. 15. part. 7. Véase n. 33 de este capítulo.

dirigido el tiro ú ofensa contra uno, hiere equivocadamente á otro. En él (especialmente cuando de la direccion equivocada resulta homicidio) ha de distinguirse, si el agresor infirió el daño siendo fomes ó principal causa, obrando en hecho ilícito; ó si fué con ocasion de defenderse del que otro intentaba hacerle. Si lo primero, el agresor ó dañador está tenido, en puesto de derecho, á las penas ordinarias del delito, no obstante su efecto contrario al intento; las que ha moderado la práctica con otras arbitrarias. Y si lo último, de ninguna resulta debe responder el que daña ú ofende, recaiga el golpe ú ofensa contra el mismo que la motivó, ó contra otro tercero que intercedia, ó acaso estaba parado, ó al pasar la recibió. Serálo del mismo principal motor, pues la operacion suya ilícita y criminosa la produjo, ó por lo menos fué causa de ella (1).

23. Que un hombre no deba satisfacer el delito cometido por otro, con respecto á la conclusion segunda de las tres del n. 19 que vamos explicando, es como un dogma ó principio irrefragable de derecho. La satisfaccion del delito está en la pena; y por instituto y fin de esta puede afirmarse, que no es dable hallar caso en que el no culpado deba ni pueda responder de los hechos ajenos.

En verdad, el tal instituto es (como se dijo en la

(1) Gom. et Aillon, ubi prox. n. 23. Véase cap. 13. obs. 11. ibi n. 34 y 35. D. Matth. const. 34. del daño.

observacion 1.) el perseguir al autor del delito para purgar la culpa contraída : y como esta sea efecto del querer del hombre , era preciso para satisfacerla uno por otro , que aquel fuese capaz de ejercitar las potencias libres de este , ó que hubiese facultad de imponer la pena en donde no hubiese causa material de aquella culpa. Asi , pues , á presencia de este axioma se insiste , que en él no hay excepcion ; porque si se hallase , podria decirse , que habian declinado en confusion y trastorno las leyes de la criminalidad y de la inocencia ; ó que se habia invertido el buen orden de la justicia distributiva. Y aunque es cierto que el padre viene tenido , bajo las limitaciones que son de otro período (1) , á satisfacer pecuniariamente por el hijo el estupro cometido ; esta disposicion no da ejemplo ; pues la concurrencia de aquel en tal caso no es por sí , sino por respecto de su hijo ; quien deberá (en prueba de esta certeza) computar esta partida , cuando se trate de dividir y partir entre los demas interesados la herencia del primero. Lo mismo sucede en la infamia transcendental á los hijos del incurso en el delito de ofendida Magestad ; porque ella se difunde en estos , no como pena impuesta á ellos , sino como descendientes de un padre vicioso ó miembro podrido y privado de los derechos y bienes comunes de la sociedad de los hombres.

24. La culpa del delito que comprime al delincuente

(1) En la obs. 11. cap. 23. y en la obs. 10. cap. 7. punt. 4.

como principal , y como cómplice tiene grados infinitos , sobre los cuales y su obligacion de satisfacerla (con relacion al tercero de los corolarios del n. 19.) solo podrá tomarse alguna idea volviendo á dividirlo de este modo.

El reo aparece afecto á la culpa del delito , como autor , ó como cómplice , segun se ha sentado. Como autor , bajo estos predicamentos diferentes ; á saber , unas veces promueve y ejecuta el delito : otras él lo promueve y algun tercero se hace tambien responsable : otras procede ú omite con malicia : y otras opera y permite sin esta calidad ; siendo siempre criminosa su conducta. Lo demostraré por el orden sucesivo en estos números siguientes hasta el 3o inclusive. Es muy frecuente , que aquel que fraguó el delito él mismo lo consume , sin faltarle el dolo en su comision ; pues esta circunstancia de derecho se presume ; y para desvanecerla , exige prueba en contrario (1). Así propio lo es , que los arranques violentos del hombre atroz otro haya de satisfacerlos por su culpa. Tal como estos se cuenta aquel , que estando cerciorado un sujeto que va á cometerse algun delito no lo evita ó revela , pudiéndolo hacer (2) ; (bien que esta doctrina es limitada al delito de traicion contra el Rey ó república ; y al hijo ú otro descendiente , que sabiendo la ofensa que ha de recibir su padre ó ascendiente , ó por

(1) Véase la obs. 1. n. 2. Gom.

(2) Gom. ibi n. 4.

Variar. lib. 3. cap. 3. n. 17.

el contrario, la disimulan), quedando tenidos por su connivencia culpable á las mismas penas que serian sujetos, si ellos cometiesen la tal disimulada ofensa (1); no obstante que los mas juiciosos Escritores la moderan con otras arbitrarias, por lo que respecta á los últimos citados (2). Tambien liga esta obligacion á los hermanos y parientes dentro del cuarto grado; y si callaron cuando debian hablar, ó si dejaron de impedir el progreso al designio malo ó al daño que sabian se iba á hacer á los suyos, se castigan del propio modo; con la particularidad que no excusa á unos ni otros el decir, que la noticia que de ello tenían, era reservada y sin prueba alguna, en que afianzar su delacion, supuesto que es compatible el denunció sin encargarse la obligacion de probarlo (3), y en este caso, es bastante diferir á este medio para cumplir con su deber (4); fuera de que, cuando las fuerzas se reconocen inferiores á los inconvenientes que lo impiden, tambien lo es el gritar y clamar por el socorro publicando el atentado, y el valerse de otros medios compatibles con el estorbo de la maldad que va á cometerse (5). Mas esto no obstante, para conmensurar la culpa de la desidia é inaccion de aquellos obligados, ha de atenderse á las remo-

(1) Gom. loc. cit.

(2) Farin. q. 120. ex. n. 113. á 55.

P. Molin. ubi. prox. tom. 4. disp. 26. n. 11.

(3) En la obs. 6. cap. 1. n. 53

(4) Gom. ubi prox. D. Larrea alegat. fiscal 65. n. 74.

(5) Gom. ubi prox.

ras que les detuvieron, como la natural pusilanidad, cobardía, vejez, infancia, falta de poder, y otras capaces de sufragarles.

25. Otro tanto mayor será la culpa de todos los referidos, cuando presenciando los hechos violentos y criminosos contra personas de tanta afeccion, se portaron indolentes. No menos lo será la del siervo, criado, sirviente ó dependiente, si viendo asesinar, herir, ú ofender á su señor, gefe ó superior, ó á las consortes é hijos de estos no hacen frente al insulto, sacrificando en su defensa y vindicta todos los esfuerzos posibles (1). Lo mismo cuando observan en ellos un arrojo ó despecho resuelto á matarse, precipitarse ó hacerse algun gran daño, ó intentan matar, ó hacerlo á alguno de sus hijos ó muger, y lo consienten (2). Y lo propio si los súbditos de un Juez ven maltratarle, herirle, ó matarle, y se hacen pasivos; especialmente estando en el tribunal, ó pidiendo ayuda en nombre del Rey; pues cuanto está en su mano, deben hacer de obligacion para socorrerle; no con ademanes simulados y fingidos, sino con lealtad, prontitud y denuedo. De suerte que echándose de ver, que á fuerza de su brazo ó de su valor, les era dable evitar el riesgo, no quedarán exentos de culpa, valiéndose de gritos ú de otros medios ineficaces, socolor de cumplir con aquel debido auxilio (3). En todo

(1) Ley 16. tit. 8. part. 7. ley 3. tit. 20. lib. 6. Recop.

(2) Ley 16. tit. 8. part. 7.

(3) Dicha ley 16. Véase la observ. 11 y 12.

caso la falta de libertad, de edad, ú de posibilidad, serán excusas idóneas para zafarse (1).

26. No incurrén en pena alguna los extraños é independientes, que con la expuesta indiferencia se portaron á vista del estrago, tropelía ó maldad, que en su presencia se cometió (2). Pero no quedarán indemnes aquellos, que lejos de mostrar su desagrado y remedio, son el alma del impulso, inspirando aliento, intrepidez y corage al agresor (3). Ni menos deberán quedarlo los que sufren que otro, tomando su defensa, se exceda y ensangriente, hiriendo, atropellando, ó matando al que le ofendió.

27. Bajo este concepto el padre, gefe, tutor, curador, y el que es cabeza de una familia; deben precaver que esta, sus hijos, criados, sirvientes, súbditos, pupilos y domésticos delinquan, haciéndose criminales ellos mismos, cuando indolentes toleran los delitos de aquellos, cometidos con su anuencia, ó á vista suya sin evitarlos (4); y si por suerte consisten en precepto, es ocioso persuadir la mayor gravedad de su culpa; por ser notorio, que así como su autoridad es capaz de contener los arrojamientos de los que están á su mando, son de una tension é influjo poderoso sus órdenes y mandatos para cometerlos.

(1) Dicha ley 16.

(2) Gom. Variar. lib. 3. cap. 2. n. 9. Pat. Ameno, tom. 1, tit. 5. q. 3.

(3) Anton. Faber. in instituc.

§. 1. de Noxali, 2 column.

(4) Gom. loc. cit.

28. En medio de ser inexpugnable la verdad de estas proposiciones, no es lícito decidirse tan absolutamente en ellas, como se han expuesto; es preciso adoctrinarlas con esta distincion. El súbdito que obediénte al precepto del padre ó superior, contraviene las leyes y prohibiciones del derecho natural, en materia grave, se hace reo; y él, con el mandante deben purgar la culpa: este con la pena ordinaria del delito; y aquel con la extraordinaria (1). Por el contrario, en materias leves; (ó aunque graves, si el súbdito criminal es impúbere, ó es demente) solo el último es obligado (2). Si estos preceptos delinquentes son de una derivacion independiente, insubordinada, desautorizada y libre, á entrambos liga la resulta, al que adhirió á su cumplimiento, y al que lo mandó (3), sea en delito leve, ó sea en el de mayor suposicion (4). Si fuere el Juez el que ordena el ímprobo mandato, solo él se carga la culpa y resarcimiento del daño (5). Bien que no quedará indemne el súbdito que lo obtempera, si el delito es grave, atroz, y del género de los intrínsecamente malos y prohibidos; pues en tal caso debe negarse á su cumplimiento (6), anteponiendo la ley de Dios á

(1) Plaza, in Epitom. delict. cap. 15. n. 23. n. 42 y 43. ibi Aillon, dich. II. precit.

(2) Plaza, ibi. Clar. in §. fin. q. 60. n. 12. Botius, de Mandat. ad homicidium, n. 12.

(3) Ley 5. tit. 15. part. 7.

(4) Gom. ubi prox. cap. 3.

(5) En la prox. ley 5. tit. 15. part. 7.

(6) Farin. q. 97. Véase el capítulo 2. de la obs. 4.

los preceptos del hombre. Y si teme ser obligado con penas ó reiterados mandatos consiguientes á la desobediencia, puede cautelarse, implorando al Rey ó á sus Tribunales supremos la Real proteccion; así como en yusiones notariamente injustas, que acaso bajen del Rey, ó de sus mas altos Magistrados, es adaptable el hacer consulta á su misma Real Persona, antes de entrar en diferencia alguna (1). Por este ejemplo aquí concretado, no quiera entenderse que es facultativo escudriñar la justicia, ó injusticia de los Reales mandatos, antes de cumplirlos; pues lejos de seguir tan reprobado sistema; defendiendo constante, que solo en el caso de aparecer en ellos un error, ó infirmitad intolerables puede disimularse la dilacion y suspension del expuesto cumplimiento mientras se consulta (2).

29. Aquellas transgresiones, que su efecto tiene por apoyo el consejo y sugestion, difieren mucho de las de precepto decantadas, y son impunibles faltándoles un influjo real, eficiente, y que tenga relacion á cosa mala. De modo, que si en virtud del estímulo se cometió el delito, no obliga al persuasor, si aquel fué con lisura y sinceridad, ó el delincuente estaba arrojado y resuelto á cometerlo, fuera de la expresada persuasion. Esto no obstante, aun faltando al influjo y consejo, aquella calaña proterva y estu-

(1) D. Matth. cont. 71. n. 21.

(2) D. Matth. cont. 21. n. 55.
Véase el cap. 12. obs. 11.

diosa que caracteriza el dolo, será comun el reato del delito, al aconsejador y al exequador, cuando este consejo fué la causa de su efecto y consumacion; como en el caso que estando solo propenso, el último nombrado á perpetrarlo, la instancia del primero movió su ánimo criminal, ó le inspiró la resolucion de llevar á efecto lo que solo estaba en afecto, y á faltar aquel aliciente, no se hubiera verificado. En este punto es regla, que siempre que la sensacion ó consejo es causa ó motivo del delito, sea con dolo, ó sea sin él, la culpa de la criminalidad se atribuye al que lo da; y se mide por los grados de imperio, influjo y poder que tiene sobre el propio delito y delincuente (1).

30. Aunque el que manda cometer un delito, merece mayor pena que aquel que lo aconseja: se halla entre ellos la notable diferencia, que revocando el mandato el primero, cuando *res sit adhuc integra* no queda obligado; y el último siempre lo está, por mas que se retracte de las máximas que indujo. Y la razon consiste, en que estas máximas, ó la virtud y eficacia de la persuasion, fueron el aliciente, la causa y origen del delito, y ellas son de tal poder, que indelebles del ánimo criminal acompañan al delincuente hasta el fin de la consumacion del delito, superándose á las reflexiones y disuasionen que le sobrevienen. Lo que no es así en el mandato, respecto

(1) P. Sinistrar. de Ameno, tom. 1. tit. 5. q. 3. pag. 158.

que en su cumplimiento no obra francamente la voluntad del mandatario, sino la obediencia, y revocándolo, si no obstante la revocacion se procede, ya no opera esta, sino aquella con despotismo é independencia del mandato. Y por esto mismo el consejo malo se tiene por mas pernicioso que el mismo mandato (1).

Importa á la entereza del presente discurso no confundir este mandato que le ocupa (pues propiamente no es mas que comision, órden ó precepto) con el mandato pagado, que constituye otro delito, supuesto que no es corta su distancia; como á la satisfaccion lo convencerá el especial tratado de este punto (2).

31. Aspirando á la propuesta demostracion del segundo miembro estampado en el n. 24. contribuye á la gloria de esta empresa, la mencion de aquellos excesos cifrados en las acciones que empeñan al hombre en obsequio de la defensa de otros; pues justamente en esta incidencia se da el lance, que el delito movido por uno, llegue á comprometer al que en él no hizo parte, que es el tema. Dada por sentada la licitud de ocurrir al desaliento de aquel que no puede superarse á los acometimientos improvisos de su adversante ofensor; y dado por supuesto que la permission se extiende hasta el homicidio, que im-

(1) Ameno, loc. cit. n. 57.

(2) En la obs. 11. cap. 7. del.

homicidio, y en el Juicio práct. por todo, obs. 12.

punemente puede cometerse, careciendo de otro remedio, para elidir la invasion; y que esto procede, tanto en el caso de ser la defensa pedida, como en el de ser oficiosa y compasiva; tanto en el caso de dispensarla á favor de un pariente, de un amigo, ó de un obligado, como en el de ser en socorro de un extraño, de un enemigo, ó del que no la quiere; y tanto se verse para libertar la persona ofendida, como para preservar el honor y bienes que peligran; pues vige en tales ocurrencias el favor de la causa pública, cuyo fomento á todos obliga (1). Supuesta toda esta licitud, puede el rogado ó comedido defensor, á pesar de tanta procedencia, hacerse culpable por omision ó por comision. Por omision, cuando su oficio ó calidad le obligan en justicia á propulsar el delito que amenaza á la persona de su tutela y custodia, como el soldado, el criado, el vasallo, el tutor, curador y demas relatados en los nn. 24. á 29. precedentes; quienes por su desidia y flojedad voluntaria, vendrán tenidos á los daños causados, y á las demas penas en dichos lugares individualizadas (2). Y por comision, cuando su denuedo es inoficioso y desmesurado, excediéndose en el modo y fines de la defensa, llegando á extremos

(1) Farin. q. 51. n. 38. 58 et q. 125. ex n. 267 et seq. P. Molina, tom. 4. disp. 16. Plaza, lib. 1. cap. 28. Clar. in §. Homici dium. n. 22.

(2) Barbosa, in Colect. cap. 2. Homicidium, n. 7. Salgad. de Protect. part. 1. cap. 1. prel. 3.

sangrientos, cuando con otros suaves podia recabar el remedio que se propuso : cuando los medios de que se valió son mas agravantes y escandalosos que la misma pendencia ú ocurrencia que quiso aplacar : y cuando este oficio benéfico es fingido, ó es la capa que abriga la ira, odio, venganza, ú otros afectos que le conducen (1).

32. Si los pródidos auxilios que ejercita un hombre por otro, cuando le avista agobiado, á manos de la crueldad, del ultrage y de la agresion, no solo son lícitos, sino que en ciertos casos son obligatorios; y tanto, que en el fuero de la conciencia se condena á culpa mortal al que pudiendo socorrer buenamente al que así esta opreso y en peligro, no lo hace : es incomparablemente mayor el derecho y obligacion de cautelarse uno mismo, y el de volver por su vida, honra y hacienda, evadiendo por todos los medios extremados y violentos los ataques y ofensas que le acechan. Sea en obsequio de un extraño la defensa, ó séalo por propio interés, siempre es justa y razonable (2); mas con todo, es de relativo mas estrecho la últimamente indicada que la primera. Aquella tiene por principio el derecho público mediante la ofensa que infiere el transgresor con su arrojamiento á toda la sociedad, y el cargo é interés que tiene cualquiera de sus individuos, de vindi-

(1) Farin. Plaza et Clar. ubi prox.

(2) P. Molina, loc. cit. tom. 4. disp. 18. n. 2.

carla, evitarla y remediarla. Y esta otra, la naturaleza, la ley y la razon, que sugieren al hombre, aquel natural cuidado de guardarse y hacer resistencia á los males que le amenazan (1); siendo de tal fuerza el vínculo que le liga, que es comun al hombre y al irracional. De modo que está prescripto, que si defendiéndose un bruto de otro que le acomete, con el fin de hacerle daño, le hiere ó mata, no está tenido el dueño de aquel, de la nojal accion (2).

33. Con este supuesto, que no tiene contestacion, no hay arbitrio que no se dispense al hombre invadido. Le es lícito matar el invasor, para triunfar de la muerte : valerse de otra arma é instrumento mas ventajoso que el que anima la invasion : servirse de estos medios, aunque el invasor amenace desarmado : le cabe la facultad de arrollarle, para salvar la honra y bienes (3), y puede, (sin perdonar en todos estos casos al clérigo ó fraile, al padre ó superior, al fátuo, demente, y al que se mueve dormido, si ellos fuesen los invasores) : ofender antes de ser ofendido, y cortar el criminal designio, antes de verlo consumado (4). En suma, es tan soberano este albedrío, que en dictámen no de un solo Autor, puede el reo

(1) Ley 2. tit. 8, part. 7. ley 3. tit. 23. ley 8. tit. 16. lib. 8. Re-
cop. D. Matth. cont. 22.

(2) Ley 1. Cum. Arietes, ff. Si qua pauper fecerit.

(3) Gom. ibi, cap. 3. n. 22. Farin. q. 120. n. 186. et q. 191. n. 91. et 116. Lop. in leg. 2. tit. 8 part. 7.

(4) Dich. 2 tit. 8. part. 7.