

que no lo quiso matar, no puede ser sin culpa, porque fué trabajar en lugar de no debía.....

Nov. Recop.—*Lib. XII, tít. 21, l. 1.<sup>a</sup>*—Es la 1.<sup>a</sup>, tít. 17, lib. IV del Fuero Real.

Cód. aust.—*Art. 2.<sup>o</sup> Ninguna accion ú omision constituye delito:*

3.<sup>o</sup> *Cuando el mal proviene de un caso fortuito, de una negligencia, ó de no saber las consecuencias de la accion.*

Cód. brasil.—*Art. 1.<sup>o</sup> Tampoco serán considerados como criminales:*

4.<sup>o</sup> *Los que accidentalmente cometan algun crimen en el ejercicio ó práctica de algun acto lícito, ejecutado con la atencion ordinaria.*

### COMENTARIO.

1. Lo que sucede por acaso, no sucede con intencion, no es obra de la voluntad. Así, desde las definiciones del art. 1.<sup>o</sup>, eso que por acaso, que fortuitamente ocurre, no puede entrar en la idea del delito. El delito es una accion voluntaria, hija de la libertad, de la inteligencia y de la intencion.

2. Mas al desenvolver en este número la ley ese principio que desde su primer línea habia indicado, entra en algunas explicaciones muy justas, muy recomendadas por la razon, muy aceptables á nuestra conciencia. No exime meramente de responsabilidad los males causados por acaso: dice que se hallan sólo en esa circunstancia los que (a) ocurren en el acto de ejecutar alguna obra lícita,—emprendida (b) con la debida diligencia,—y que causan un mal (c) por puro accidente, sin que haya la menor culpa ni intencion de causarlo.

3. Como se vé, la ley ha rodeado de precauciones, y de justas precauciones, su disposicion.

4. Primeramente, ha puesto como base (a) que la accion que se pensaba cometer habia de contarse entre las lícitas. Ha querido y ha dispuesto que, cuando se emprende una criminal, no sea causa que justifi-

que la del *acaso*, aun suponiendo que lo hubiera en lo que resultó. La inocencia absoluta de lo intentado, es una precisa condicion, segun ella, para justificar lo sucedido.

5. Y ciertamente tiene razon la ley. El que estaba cometiendo un robo, y hacia uso de su escopeta para cometerle, no puede invocar para su justificacion el *acaso*, si, contra su designio, hirió ó mató á la persona que robaba ó queria robar. Todo lo que podrá haber en su defensa, respectivamente á la herida, serán circunstancias atenuantes; pero no exencion de responsabilidad completa, cual la que declara este artículo. Lo mismo decimos del que corria un caballo donde estaba prohibido que se corriese: lo mismo, en fin, de cuantos casos pueden ocurrir de este género. Si en ellos no habia intencion de verificar lo que se verificara, habia empero una intencion ilícita, y se marchaba por el camino del crimen, del peligro, y de la desobediencia á la ley. No se puede rectamente pretender la absolucion de lo que era sólo un paso más en la via por donde se andaba. Quien de su voluntad se acerca á males notorios, no se queje si perece en ellos.

6. Dice despues la ley, como segunda condicion para esta irresponsabilidad (b), que la obra lícita de que acaba de hablarse, ha de haber sido intentada con la debida inteligencia. Quiere decir en esto que cuando ella es por su naturaleza peligrosa, cuando por acaso ó accidente puede producir malos resultados, no se la debe emprender sin haber tomado ántes las precauciones usuales y necesarias, á fin de que no los produzca. El que va á descargar una escopeta, porque necesita limpiarla, no lo debe hacer sin mirar ántes hácia el lugar á donde debe dirigir el tiro. El que va á manejar las armas con otro, no lo debe empezar sin asegurarse ántes de que los botones están fijos en el florete. El que va á correr un caballo, por gusto, debe considerar si en el espacio que se propone por carrera, hay ó puede haber personas á quienes se atropelle.—El que juega con una pistola debe asegurarse primero de si está cargada.—Estos preceptos que inspira la razon, estas precauciones racionales que toman los hombres prudentes, es á lo que la ley llama debida inteligencia; y claro está que tiene motivo para pedirla; como que en otro caso se ha procedido á lo ménos con una inteligencia vituperable. Para ello se le ha dado al hombre la inteligencia y la prevision; ese es el discernimiento, de que hemos hablado en los anteriores números. Nosotros sabemos que un tiro puede matar, que un florete puede herir, que un caballo á escape puede atropellar cuanto se le presente en su carrera. Pues bien: cuando vamos á ejecutar tales acciones de suyo peligrosas, es menester que no las ajustemos como si fueran de todo punto inofensivas. Por eso requiere la ley el debido esmero, ó sean las precauciones racionales: por eso, á quien no lo ha tomado, deniega el intento de justificacion. Su culpa podrá ser mas ó ménos excusable; pero siempre habrá culpa, nunca podrá declararse su absoluta y omnímota irresponsabilidad. Ni su conciencia ni la ley darán á tal hombre por inocente.

7. La tercera idea (c) que expresa nuestra fórmula legal, es la de que el hecho suceda plenamente por acaso. Emprendida una acción lícita y con las precauciones oportunas, todavía en el curso de ella puede ser voluntaria la obra del mal. Aquel principio de inocencia y de cuidado con que se comenzó, es necesario que se lleve hasta el fin, y que no se tuerza en el curso del hecho, cuando éste no es instantáneo sino sucesivo. Por eso se añade, como complemento de esta doctrina, que no sólo no ha de haber intención, pero ni culpa siquiera en el que produce la desgracia. Esa diligencia debida, de que hablábamos antes, y que ha de preceder á la acción, no ha de faltar ni siquiera un momento. La culpa, esto es, la negligencia que sobreviniere, viciaría é impediría la justificación, como la que hubiera precedido á la obra.

8. Es esta la primera vez que encontramos usada en nuestro Código la palabra *culpa*, y debe ocurrir la dificultad de si tiene en él alguna significación especial y técnica. Puede recordarse que la tuvo en el de 1822, donde se había expresamente definido en su art. 2.º, y donde muy frecuentemente se empleaba. Aquí, volvemos á repetir, no la hemos encontrado hasta ahora, aunque sí hemos encontrado la de *culpable*, y es menester fijarnos de una vez en lo que exprese, para evitar todo motivo de duda. Dirémos, pues, que esa palabra no tiene en nuestra ley otro significado que el que lleva generalmente en todas las obras de derecho desde la legislación romana. *Culpa* jurídicamente es negligencia, ni ménos, ni más. *Culpa* y *culpable* se toman por lo común en mas graves sentidos, y no siguen la índole y alcance del sustantivo que los engendra. Pero aquel *culpa*, expresa sólo lo que acaba de referirse. Los autores de derecho romano la habían dividido en lata, leve, y levisima: nuestra ley, cuando se sirve de ella, indica sólo el término medio de esos tres. *Culpa* es para nosotros la *culpa leve* de las aulas: la que se opone á la diligencia racional y común, la que contradice á ese cuidado ordinario y prudente que es la regla de la humanidad. De esa es de la que se habla en este artículo; por eso sigue y concuerda con la otra expresión *diligencia debida*. Cuando no se observa ésta, entónces es cuando se cae en la *culpa*.

9. Todavía puede ocurrir una duda en esta materia de que tratamos. La acción que se pretende ejecutar es lícita, y su autor pone en ella toda la diligencia de que es capaz. Mas por desgracia es imperito en aquella materia; y no por descuido, sino por impericia le ocurre un doloroso accidente. Monta á caballo, sin tener la competente instrucción para dirigirlo: se entretiene en experimentos químicos, y es principiante en esta ciencia: maneja las armas, y no tiene fuerza ni destreza para ello. El resultado es que sucede una fatalidad, que, suponiéndole perito, no ocurría. ¿Hay culpabilidad, hay responsabilidad por su parte?

10. La ley romana había resuelto explícitamente este caso. En su título de las reglas del derecho encontramos estatuido que *imperitiam adnumeratur culpae*. Quien no era capaz de hacer alguna cosa bien, no

obraba convenientemente dedicándose á ella. Había culpa donde no existía plenitud de capacidad.

11. Si nuestra ley no ha declarado eso mismo en tan explícita forma, no por eso dejará de regir para nosotros lo que la razón de todos los tiempos aconseja y dispone. La impericia es siempre un argumento contra el que se pretende irresponsable: la impericia es siempre un género de culpa en las cosas que están rodeadas de peligro. No lo serán en buen hora, cuando se trata de hechos que jamás pueden tener tales resultados, toda vez que de la torpeza del agente sólo puedan seguirse la risa y la diversion de los que le contemplan; en esos casos en que el mal es todo para él, nada importa verdaderamente que un imperito se entretenga en lo que no domina, ó no conoce. Pero cuando de esa falta de conocimiento, de esa falta de dominio, puede seguirse alguna cosa grave; entonces, esa misma impericia ya lo es, y la audacia del que con ella obra, es un hecho que le expone á corrección. Quien no entiende de algo, debe abstenerse de hacer lo que no sabe. Quien hace lo que no sabe, no puede decir que sólo ha sucedido por acaso la desgracia. Ha sucedido porque él no sabía lo que estaba haciendo: hay culpa, hay responsabilidad de su parte. La regla romana, no por romana, sino por racional, debe tener curso entre nosotros: *imperitia culpae adnumeratur*.

12. Entendemos que basta con lo dicho acerca de este número. Á nosotros nos parece perfectamente clara, y absolutamente justa su disposición.

#### Artículo 8.º (Continuacion.)

«9.º El que obra violentado por una fuerza irresistible.

»10. El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor.»

«11. . . . .»

#### CONCORDANCIAS.

Instit. de Cayo.—*Vis majos est ea quae consilio humano neque providere neque vitari potest.*

Digesto.—*De regulis juris*, 184. *Vani timoris iuxta excusatio non est.*

Partidas.—L. 7, tit. 33, P. VII..... *Otro si decimos que metus en latin tanto quiere decir en romance como miedo de muerte, o de tormento del cuerpo, o de perder libertad, o las cartas por la que podrie amparar, o recibir deshonra por que fncarie enfamado; et de tal miedo como este, o de otro semejante fablan las leyes deste nuestro libro quando dicen que pleito o postura que ome faga por miedo, que non debe valer; ca por tal miedo non tan solamente se mueven a facer..... algunas cosas los omes que non flacos, mas aun los fuertes et los poderosos: mas otro miedo que non fuese de tal natura, a que dicen vano, non excusarie al que se obligase por el.....*

Cód. franc.—Art. 64. *No hay crimen ni delito cuando el presunto reo..... ha sido impulsado por una fuerza irresistible.*

Cód. austr.—Art. 2. *Ninguna accion ú omision constituye delito:*

.....  
5.º *Cuando el hecho es la consecuencia de una fuerza insuperable.*

Cód. napol.—Art. 62. *No hay crimen, cuando el autor ha sido impulsado por una fuerza á que no podía resistir.*

Cód. brasil.—Art. 10. *Tampoco serán considerados como criminales:*

.....  
3.º *Los que cometan crímenes, impulsados por una fuerza ó un miedo irresistible.*

Cód. esp. de 1822.—Art. 21. *En ningun caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la accion con su voluntad,*

*forzado en el acto por alguna violencia material á que no haya podido resistir.—Compréndese en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar.*

## COMENTARIO.

1. La accion que se ejecuta por virtud de una violencia irresistible, no es seguramente una accion humana: quien así obra no es en aquel acto un hombre, es un instrumento. Aquí, no sólo falta la voluntad, sino que naturalmente existe la voluntad contraria. No se fuerza á nadie á hacer una cosa, sino porque dejado á su espontánea voluntad se sabe que no ha de hacerla.

2. Este caso de la ley es sumamente sencillo. En él no puede ocurrir dificultad alguna. Sus términos son claros: su precepto no da lugar á ninguna cuestion. El que es violentado materialmente,—no amedrentado, no cohibido, sino violentado de hecho,—ese obró sin voluntad, obró sin culpa, no cometió delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.

3. Pero añadamos tambien una cosa: que semejante caso es rarísimo en la sociedad humana, y que difícilmente se presentará en la práctica del foro.—El caso comun no es el de esa violencia material, sino el de la violencia moral; no es el de la fuerza, sino el del miedo. Siempre que hemos oido hablar de personas á quienes se compeliere á hacer algo, hemos encontrado de hecho que la coercion ha sido sobre el espíritu, que se las ha amenazado con un mal terrible, tal vez con la pérdida de la vida, y que se las ha precisado á obrar para libertarse de ese gran peligro que les amagaba. No han sido instrumentos; han sido realmente actores.

4. Mas actores, sin duda alguna, justificables. La violencia moral cae en el hombre de la misma suerte que la material, pues que el hombre es un compuesto de materia y de espíritu. La violencia moral fuerza su voluntad, como la material fuerza su mano. Si aquella voluntad es voluntad todavia—(*voluntas, etiamsi coacta, voluntas est*)—por lo ménos no es la voluntad libre, propia, responsable, que Dios concedió á los hombres, á fin de que los guiara en el sendero del mundo. En esa perturbacion y en sus consecuencias, ni hay imputabilidad, ni hay por consiguiente crimen. El miedo, cuando es justo, insuperable, de un grave mal, obliga naturalmente al hombre, decide sus actos, y descarga y tranquiliza su conciencia.

5. No quiere decir ésto que no pudiéramos, absolutamente hablan-

do, resistir á la violencia que él nos irroga. Despreciando la muerte y los dolores, podemos reirnos de las amenazas. Seríamos héroes, seríamos mártires del deber, como ha habido mártires de la religion. Pero eso es un extremo que la conciencia puede sublimar cuando se le ofrece, y no puede pedir como regla en todos los casos. El hombre es débil, por lo comun, y el martirio no es su destino. Los héroes son raros: los confesores son poco numerosos. En eso se funda precisamente su gloria. La ley no ordena, ni puede ordenar tamaña perfeccion: mucho ménos puede suponer que sea la conducta del mayor número. Tiene que considerarnos como somos, y no puede pedirnos sino lo natural, lo ordinario, lo posible.

6. De aquí es que el miedo nos hace obrar á veces de distinto modo que lo que quisiéramos; que el miedo nos fuerza, y por tanto que el miedo nos justifica.

7. Pero no basta todo miedo para llegar á este resultado. La conciencia humana no puede admitir que cualquier temor nos exima con justicia del cumplimiento de nuestros deberes. La conciencia humana absuelve á Lucrecia entregándose á Tarquino, porque Tarquino tenia en su mano el matar irreparablemente su honra. Si no hubiese podido amargarla mas que con un encierro, por ejemplo, Lucrecia se hubiera reido de él, ó, en otro caso, el mundo habria condenado á Lucrecia. Y lo que en este caso sucederia, eso mismo acontece ó puede acontecer en todos.

8. Hay, pues, un miedo grave, que exime de responsabilidad, y hay otro que no lo es, y que, cuando más, la atenúa. Las expresiones consagradas para designar á ambos, son vano, hablando del segundo; y que cae en varon constante, hablando del primero. Dicho se está que es á ese al que hace relacion el artículo con las expresiones «*insuperable*» y «*de un mal mayor*». No es un miedo cualquiera, sino éste sólo, al que atribuye el poder de eximirnos de responsabilidad.

9. La última circunstancia, sin embargo, esa expresion de *un mal mayor* con que acaba la ley, es una expresion que en nuestro concepto hubiera debido sustituirse con otra mas exacta. Á nosotros nos parece que ella no lo es. *Mayor* es por su índole y significado una palabra comparativa; como tal se ha usado en este artículo, y de seguro no debe usarse aquí en un sentido diverso. Pero si es así, ó no encontramos el término en que esa comparacion recae, ó si le encontramos, se nos figura que no es admisible la condicion pedida; que hay error en el precepto de la ley.

10. Veamos con varios ejemplos lo que dice ésta. Unos sublevados se apoderan de mí, y me mandan acompañarlos en su insurreccion, pena de la vida si no lo hago. Aquí se me obliga á ejecutar una accion punible, conminándome con un mal sumamente grave. Este mal es de seguro, ó casi seguro, mayor que el otro: porque de acompañarlos, no es probable que incurra en un caso capital, y ellos sí me amenazan con la muerte. La ley, pues, me autoriza para que los siga, y encuentra buena

la razon que me ha movido, y por la cual quiero eximirme de la pena lanzada contra los rebeldes.

11. Pero me cojen esos mismos sublevados, me cojen unos facinerosos, y me ordenan ir á pegar fuego á una casa habitada, á clavar un puñal en el pecho de un prisionero. La amenaza es tambien de muerte; mas la pena del hecho que voy á cometer es la muerte misma. Aquí no hay mal mayor. El uno es igual al otro. El que evito es el propio en que incurriria segun la ley. Y sin embargo, nadie dirá que no he tenido el derecho de matar á un hombre, de incendiar un cortijo ó una casa, por salvar mi vida que se hallaba en peligro.

12. Hay todavía más. No me amenazan con la muerte; me amenazan sólo de mutilarme, me van á cortar una mano, si no pongo fuego á la casa condenada. El mal con que se me amenaza no es tan grande como el que prepara la ley al incendiario. Con todo, por evitar ese mal menor, que está próximo, realizo el incendio. ¿Quién será el juez que me condene, á pesar de las palabras del artículo? No es el miedo de un mal *mayor* el que me ha hecho obrar, pero ha sido el de un mal grave, el de un mal próximo. Esto basta para la conciencia: ésto debia haber bastado para la ley.

13. Aquí, como en otros puntos, la prudencia judicial no puede ménos de ser soberana. Tanto lo es, cuanto que la gravedad de los motivos que determinan el miedo, no ha de ser la misma para todas las personas. Una mujer se afecta más fácilmente que un varon; un jóven cae en él por ménos motivos que un hombre formado. La serenidad del ánimo es distinta segun mil circunstancias; y lo que la imaginacion presenta á algunos con vivísimos y espantables colores, es para otros poco ménos que objeto de desprecio y de burla.

14. Echamos, pues, de ménos en la ley algo que correspondiese en este punto á lo *racional*, con que ella misma calificaba la *necesidad* de la defensa, en uno de sus anteriores párrafos. Esa vaguedad que allí nos pareció bien, en este lugar la quisiéramos del mismo modo. Tanto más nos afirmamos en este juicio, cuanto que el principio de la justificacion es uno propio en el caso del miedo y en el caso de la defensa. Siempre se obra, no por la libre voluntad de obrar, sino por la precision en que uno se halla de hacerlo, para evitar que caiga un daño sobre él. Quien obedece á los facinerosos en cuyo poder está, si tuviese fuerzas, de ellos se defenderia. Iguales causas, pues, deberán exigirse para justificacion en uno y otro caso. Y así como al que se defiende, no se le pregunta, ni se le obliga á considerar, si es mayor el mal que evita que el que comete, tampoco creemos que deben hacerse tales investigaciones cuando se trata de una accion cometida por miedo.

15. En lugar, pues, de las palabras «*un mal mayor*,» nosotros habríamos puesto un «*mal grave y próximo*.» Con esto diria la ley todo lo que á ella le corresponde decir, y pondria á los tribunales en el buen camino que sólo ellos pueden andar. Porque al cabo, y por mas que se pre-

tendiese otra cosa, ha de ser un acto de racional prudencia el decir si hubo miedo fundado, y si ese miedo, ó perturbó justamente la razon, ó compelió y arrastró naturalmente la libertad. Y cuando esto sucede, sean mayores ó menores los males de que se trata, el agente no puede ménos de ser irresponsable.

Artículo 8.º (Continuacion.)

«11. El que obra en cumplimiento de un deber, ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio ó cargo.

»12. El que obra en virtud de obediencia debida.»

«13. . . . .

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*De regulis juris* 55.—*Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur.*

Partidas.—*L. 5, tit. 15, P. VII. Fijo que estudiase en poder de su padre, o vasallo o siervo que estudiase en poder de su señor, o el que fuese menor de veinte y cinco años que oviese guardador, o el fraile, o el monge, o otro religioso que estudiase si obediencia de su mayoral, cada uno de estos que ficiese daño en contra dotro, por mandato de aquel en cuyo poder estudiase, non serie él tenuto de facer enmienda del daño que assi oviese fecho, mas aquel lo debe pechar por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno destos deshonrase o friese o matase a otro, por mandado de aquel en cuyo poder estudiase, non se podrie escusar de la pena, por que non es tenuto de obedecer su mandado en tales cosas como estas: et si lo obedeciese, et matase, o ficiese alguno de los otros yerros sobredichos, debe por ende haver pena, tambien como el otro que lo mandó facer.....*

*Lib. 13, tit. 33, P. VII.—Et aun decimos que el que face alguna cosa por mandado del juzgador a quien ha de obedecer, non semeja que lo face á mal entendimiento, porque aquel face el daño que lo manda facer.*

Cód. esp. de 1822.—*Art. 21. En ningun caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que cometa la accion..... por alguna orden de las que legalmente está obligado á obedecer y ejecutar.*

COMENTARIO.

1. Reunimos estos dos números del artículo de la ley, porque es una sola la idea que los inspira. Por ellos se exime de responsabilidad al que en el caso ordinariamente punible, sólo ha ejercido un derecho, ó cumplido un deber. Ahora bien: el que usa de su derecho no injuria á nadie; el que cumple con su deber, si algo merece por ello, es elogio, que no pena.

2. El soldado que fusila, el alguacil que prende, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal, á pesar de que causen daño. Y es tan claro este punto, que muchas legislaciones no han hecho ninguna mencion de él, por no conceptuarla necesaria.

3. Lo único que merece llamar nuestra atencion es el contexto del número 12; no ciertamente por el principio, en que no cabe dificultad, sino por sus aplicaciones, que algunas veces la presentan. La cuestion de la obediencia, que ciertamente ofrece peligros como todas las cuestiones morales, pero que tambien se ha exagerado por resultas de las preocupaciones políticas, aparece aquí de lleno delante de nosotros. Es menester considerarla sin pasion, aunque sin otra importancia que la que justa y merecidamente tiene.

4. Nuestras antiguas leyes la resolvieron ya en el mismo sentido en que la resuelve el Código; y á decir verdad, no se concibe que legislacion ninguna pueda resolverla de otra manera. Es fácil declamar en un discurso sobre los inconvenientes del derecho de exámen por parte de los inferiores ó subordinados: es fácil decir en tésis general que todo el oficio de éstos ha de estar reducido á enterarse bien de lo que sus jefes ó superiores les mandan, para ejecutarlo sin vacilacion, y sin la menor desviacion de sus preceptos. Pero cuando se llega á formular las leyes y á fijar los casos, al ménos, y principalmente en el órden civil, siempre se toca la necesidad de reservar los derechos del hombre; siempre es imposible reducir á éste á la completa situacion de una máquina, anulando de todo punto su razon y su responsabilidad.

5. La obediencia es ciertamente un deber: pero no la obediencia absoluta, sin ninguna condicion, sin ningun contraste que la compruebe. Un padre no puede mandar á su hijo que cometa crímenes: una autoridad no puede mandar á sus subordinados que se subleven contra el