

gobierno. Cuando tales cosas se mandasen, el hijo y el subordinado no deberían obedecer. Obedeciendo, no se eximirían por ello de responsabilidad. No les era permitido anular su personalidad hasta tal punto.

6. La verdad es, como hemos dicho en otra ocasión, que los derechos y los deberes se limitan unos á otros en este mundo. La verdad es, que no hay ni puede haber nada absoluto, ni en la razón ni en la sociedad. La verdad es, que esa conciliación de principios diversos es la ley moral de nuestra vida.

7. Es un deber la obediencia á los superiores, en todo aquello en que los superiores tienen derecho para mandarnos. Dentro de esa esfera, no debemos permitirnos exámen alguno, porque no lo podemos hacer, no es á nosotros á quien toca el hacerlo. El soldado no ha de examinar los planes estratégicos de sus jefes: el dependiente de justicia no tiene que ver con la rectitud de las providencias que ha de ejecutar. Pero si el jefe político dictase fallo de derecho judicial, si el juez tomase disposiciones gubernativas, ninguno de sus súbditos tendría obligación de obedecerlos, y ninguno, por consiguiente, se eximiría de responsabilidad por su obediencia.

8. Tal es el derecho riguroso; y por eso ha dicho la ley *obediencia debida* en el número que examinamos.

9. Pero aquí, como en todas las situaciones legales, hay presunciones á que atender. Aquí, como en tantos otros casos, la conducta práctica que se ha de observar, mas bien depende de esas presunciones mismas, que de lo que consigna ó declara el riguroso derecho.

10. La presunción es que toda persona constituida en autoridad obra dentro de los límites de ésta, y por consiguiente que le es *debida* la obediencia de sus subordinados. Toda vez que se llenan las formas exteriores pertenecientes á cada clase de preceptos, es de suponer que éstos corresponden á la esfera en que aquella persona los podía dictar. No compete á sus subalternos el ir á buscar razones mas ó menos especiosas, para eludir ó negarse á obedecer lo que contienen. Esos motivos de exámen no han de ser nunca de propósito inquiridos: basta, y no es poco, con que se les atiende, cuando espontánea y vivamente ocurra: basta con no rechazarlos, en vez de complacerse en su investigación. Cuando es menester inquirirlos, desde luego dudamos de su legitimidad. Los casos en que es permitida la desobediencia, saltan desde luego á la vista de todo el mundo: el sentido íntimo y la conciencia, sublevándose á pesar nuestro, nos los señalan.

11. Infiérese también de aquí, que siempre que hubiere dudas, por leves que sean, la obediencia es nuestra obligación. Para eximirnos de ella, para contrarestar legítimamente el deber y las consideraciones de pública utilidad que nos las preceptúan, es menester algo más que un ánimo dudoso acerca de su derecho. Necesítase que el deber contrario sea muy claro y de muy superior orden, para que aquella no sea el recurso mas seguro, y de consiguiente el que se deba elegir.

12. Y sobre todo, en el orden militar es mas indispensable que en ninguna otra esfera ese carácter obediente y pasivo de los subordinados. La milicia no vive sino por la severidad de la disciplina; y aun la suposición de la desobediencia abstracta es en ella de malísimo efecto. En sus leyes no se puede admitir ni aun la posibilidad de que el inferior se exima de ejecutar las órdenes superiores; porque no puede admitirse que el superior ordene lo que no esté en sus facultades. En la milicia el que manda más, sabe más, y lleva siempre razón. Habrá excepciones, pero no pueden decirse ó preverse en las leyes. De otro modo no habría ejército.

13. Por fortuna, no nos ocupamos aquí en las leyes militares. El orden civil no necesita ser tan riguroso; y nuestra ley ha podido hablar de acuerdo con la razón y con el buen sentido, en la forma que lo ha hecho. Eximiendo de responsabilidad al que obra por obediencia, ha podido decir la palabra «por *obediencia debida*.» Los fueros de la libertad y de la subordinación todos se han salvado.

14. *Obediencia debida* es la que está fundada en las leyes: la que prestan los subordinados á sus superiores, los hijos á sus padres, los vecinos á su autoridad, los súbditos al gobierno. *Obediencia debida* es la que procede en legítimos mandatos. *Obediencia debida* es la que no infringe ningún otro derecho, la que no pugna con ningún otro deber directo y de mas importancia. Cuando en virtud de tal obediencia se obra, el agente no puede ser responsable. «El se torna en cierto modo en instrumento de acción ajena; y lejos de serle imputable la suya, y de recaer sobre su frente el cargo de la misma, elevárase ésta á la persona cuya voluntad movió su brazo, la cual habrá de contestar ante Dios y los hombres acerca de las causas y de las circunstancias de su precepto.»

Artículo 8.º (Conclusion.)

«13. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima ó insuperable.»

CONCORDANCIA.

Digesto.—*De regulis juris*, 185.—*Impossibile nulla obligatio est.*

COMENTARIO.

1. Todos los *números* anteriores se aplican á una sola clase de los actos punibles, á los que consisten en hacer lo vedado. Mas en la definicion del delito (art. 1.º) se vió que tambien hay omisiones merecedoras de este nombre. Cabe, pues, que tambien sea la omision punible; y segun el sistema que vamos siguiendo, corresponde decir en qué caso esas omisiones vedadas están exentas de responsabilidad.

2. La ley no señala más que un género: las que proceden de impedimento por causas legítimas ó insuperables. Estas omisiones no son efectivamente voluntarias; y no siéndolo, por el mismo art. 1.º salen de la esfera del delito.

3. ¿Cómo se ha de hacer cargo, en efecto, á cualquier persona de no haber ejecutado lo que la ley le manda ejecutar, si ora sea por accidente, ora por culpable voluntad ajena, se ha visto impedido para la accion que en otro caso debiera ejercer? ¿Cómo se nos ha de hacer cargo de una falta, cuando la falta no proviene de nuestra resolucion, sino de un obstáculo invencible?—«No hay obligacion de las cosas que no pueden hacerse»—ha consignado el derecho romano. Antes de él lo habia establecido la razon; y su precepto es de tal modo evidente, que ni aun necesidad concebimos de que en términos expresos lo declaren los códigos.—Por eso no lo encontramos dicho en ninguno moderno; no porque tal doctrina no sea siempre la de la humanidad toda.

4. Nuestra ley habla de causas legítimas y de causas insuperables. Por esta última expresion seguramente se quieren dar á entender las que materialmente no podemos sobrepujar: por aquella, las que moralmente nos impiden y embarazan en nuestros hechos. El resultado es el mismo. La doctrina jurídica ha proclamado de muchos siglos acá que *id tantum possumus quod jure possumus*.

Apéndice al artículo 8.º

1. Hemos concluido el exámen del art. 8.º: hemos recorrido todas las causas que señala la ley como circunstancias exentivas de responsabilidad en los casos que ordinariamente pena; las hemos explicado, las hemos justificado en su principio y en su expresion. Fáltanos ahora únicamente el ver si el artículo ha sido completo y feliz en su obra, si ha llenado plenamente el cuadro que se proponia, si no ha olvidado algunas causas ó circunstancias que debieran encontrarse entre las que inclu-

ye. Si puede decirse que nada tiene de más ¿podemos decir tambien que no tenga nada de ménos?

2. Echemos para ésto una ojeada sobre sus *números*. Veamos cuáles son los principios que en ellos se han desenvuelto; y reflexionemos enseguida si hay alguno otro, que no se haya recordado, ó si en el análisis de cada cual ha quedado por deducir ó referir alguna de sus elementales circunstancias.

3. Los trece *números* comprendidos en este artículo se derivan de seis principios solos. El primero es la falta de inteligencia ó de razon en el agente: el segundo, la falta de discernimiento: el tercero, la falta de libertad: el cuarto, la existencia de un derecho contrario: el quinto, la existencia de un deber positivo: el sexto, en fin, la ocurrencia de un accidente ó de un acaso irremediable. Del primero de estos principios se deriva el primer *número*: del segundo, los *números* segundo y tercero: del tercero, los noveno, décimo, y décimo-tercio: del cuarto, los cuarto, quinto, sexto y sétimo: del quinto, los undécimo y duodécimo; del sexto, por último, el octavo. Hablamos aquí en general, y sin descender á consideraciones minuciosas: porque, en todo rigor, hay algunos *números* que no se derivan de un principio solo. El undécimo, por ejemplo, se deriva del cuarto y del quinto, á la vez; y así podria tambien decirse de algunos otros.

4. Descompuesto de este modo el artículo que nos ocupa, continuemos nuestro análisis para juzgarlo.—Nada, á la verdad, se nos ocurre en cuanto á los principios que le inspiran, como no sea completa aprobacion, completa alabanza. Fuera de esos seis orígenes de inculpabilidad, confesamos sinceramente que no concebimos otros verdaderos y reales. Cuando no falta ni inteligencia, ni discernimiento, ni libertad; cuando no se obra por razon de un derecho ni de un deber; cuando no ocurre algun impensado accidente, y á pesar de todo se ha cometido una accion punible; no sabemos por qué otra causa haya de ser inculpable el que la cometiera.

5. Pero descendamos á la aplicacion, y veamos si esos principios no se resuelven en mas circunstancias que las expresadas.

6. Por falta de inteligencia ó de razon, exime sólo la ley de toda responsabilidad al que se halla demente ó loco. ¿No debería tambien eximir al que obra con completa ignorancia, por error de hecho, ó en estado de hecho, ó en estado de embriaguez? ¿No es cierto, por ventura, que en semejantes casos falta la inteligencia de lo que se hace?

7. Reservemos hablar de la embriaguez para el siguiente artículo, pues que allí es donde la menciona la ley; pero digamos algo de la ignorancia y del error, de los cuales no se habla en ninguna parte.—La legislacion antigua los habia admitido como legítimas excusas: la razon tendria que admitirlos tambien, si esa ignorancia fuese invencible, si ese error fuese inculpable de todo punto. La razon, de acuerdo con la ley, inspirando su artículo 1.º, dice que no hay delito en donde no se encuentra una accion ú omision *voluntaria*.

8. Mas al hablar de la ignorancia y de los errores, debemos confesar que pocas veces se encuentran en el mundo con esas condiciones que acabamos de exigirles. Lo comun es que nazcan de descuido, de abandono, de negligencia y de faltas propias. Aparte los privados de razon, y los niños que carecen aún de discernimiento, esa ignorancia y esos errores casi siempre tienen un origen de culpa. El imperito debe abstenerse de lo que no sabe; porque si no se abstiene, se expone á obrar mal, y no procede en ello con segura inocencia. La ley no puede eximirle de la responsabilidad de sus hechos.

9. Si á pesar de todo, se nos presentase alguna vez un notorio efecto de inculpable ignorancia, los tribunales no podrán olvidar la definicion del delito, y habrán de admitir que en semejante caso faltó la voluntad, faltó la intencion, faltó consiguientemente el delito propio.

10. Respecto al segundo principio, el de carencia de discernimiento, y al tercero, el de la carencia de libertad, nada tenemos que añadir á lo expuesto en sus *números* respectivos (2 y 3; 9, 10 y 13). Tampoco nos ocurre dificultad alguna acerca de las acciones que proceden de acaso, ó que nacen de un deber legítimo, en contraposicion con la letra de las leyes penales (*números* 8, 11 y 12). En lo que sí pueden ofrecerse dudas es en los casos dados por el artículo como procedentes de un derecho. ¿Son por ventura esos solos casos los que tenemos de tal naturaleza? Permítasenos examinar algunos otros.

11. Toda nuestra legislacion antigua ha eximido de responsabilidad, al marido que daba muerte á su muger adúltera con el cómplice de su crimen: al padre que cometiese igual accion con su hija, casada, hallándola en su casa misma ó en la del yerno. La ley constituia este derecho, y daba fuerza á ese arrebato del decoro y de la honra. Y semejante suceso no era por cierto imaginario en nuestras costumbres. Mil veces ha acontecido: en todas ellas cumplieron los tribunales el precepto legal.

12. ¿Qué sucederá ahora con el nuevo Código? ¿Se eximirán de responsabilidad el marido ó padre que tal hicieren? ¿Podrá decirse que han obrado en el ejercicio legítimo de un derecho?

13. Esto último no se puede decir, toda vez que la presente ley no consigna esa facultad otorgada en las anteriores. Existía tal derecho segun la antigua, porque expresamente aquella lo declaraba; no existe, segun ésta, porque no lo menciona, y no es semejante autoridad de las que pueden inferirse por deduccion. Segun nuestro código, lo que habrá únicamente serán circunstancias atenuantes, con arreglo al artículo 9.º, *número* 5.º Tendremos una ofensa grave; mas el efecto de la ofensa no pasa de tal atenuacion del delito realizado.

14. Hablando sinceramente, dudamos que la ley haya hecho bien en no repetir las antiguas disposiciones. Una cosa es que ella no pueda penar el adulterio como se penaba en los pasados siglos, y otra que no trate de conservar indirectamente, y del modo posible, la tradicional severidad de las costumbres. Hay sentimientos que, en nuestro juicio,

debe respetar siempre la legislacion. El derecho consignado en las leyes 13 y 14, tít. 17 de la Part. VII, nos parece uno de esos restos de honor y caballerosidad, que deben acatarse y permanecer ilesos. Como no existió sino porque la ley hiciera tal homenaje á las costumbres, para conservarlo era indispensable volverlo á escribir en las nuevas leyes. Nosotros lo hubiéramos escrito (1).

15. Otro punto sobre el cual tambien hablaban las antiguas, y se ha guardado silencio en la moderna, es el del facineroso nocturno. Aquellas daban grande facilidad para hacer armas contra él. Estas, no mencionando el caso, le sujetan á las reglas generales del ejercicio de la defensa, del uso comun de un derecho. Para emplear la fuerza contra tal agresor se necesitan las mismas circunstancias que respecto al que nos acomete de dia. La noche por sí sola no es una nueva y mas favorable circunstancia para el que se defiende. Podrá serlo, si los tribunales la estiman así; pero la ley no se la señala con ese carácter.

16. Reconoceremos, si se quiere, mas exactitud filosófica en este proceder; pero juzgamos que la idéa contraria, la idéa tomada de nuestro derecho antiguo, la idéa de que la noche, por sí, era un signo de esa necesidad que moviera al agente, y una justificacion de la defensa intentada por él; esta idéa, decimos, no nos parece disconforme con el estado de nuestra patria, ó de una gran parte al ménos, de las provincias que la constituyen. Cuando se hacen códigos para pueblos determinados, es menester tomar á éstos como son, con sus bienes y con sus males. En donde quiera, el acometimiento nocturno justifica mas libertad, mas amplitud en la repulsa: en nuestra España particularmente, seria un delirio el no reconocerlo así. Por fortuna, los tribunales lo reconocerán en cada caso: la ley no se lo prohíbe.

17. Esto por lo que hace á casos particulares. En una esfera mas amplia, tambien creemos que se debia haber hecho mencion de otros sucesos posibles, de aquellos que la *necesidad* por sí sola autoriza. La necesidad puede ser origen del derecho; y no sabemos si habria estado de más el reconocerlo explícitamente. Cierto es que se puede abusar de esa palabra: pero de todas puede abusarse, sin duda; para impedirlo estan ahí los tribunales.

18. No hablemos de la necesidad que nos conduzca á apoderarnos de cosas ajenas; necesidad, que bien comprobada, que reducida á sus justos, estrechísimos límites, es á manera de una violencia incontrastable, y eximiria de todo delito á los que sujeta en su cadena poderosa. A un mendigo hambriento, que no encuentra trabajo, que no encuentra limosna, y que hurta un pan para libertarse de estado tan horroroso, la sociedad puede encerrarlo en un hospicio é imponerle una labor de la que viva; pero no puede encerrarlo en una cárcel, ni enviarlo á presidio por tan triste y dolorosa accion.

(1) El Colegio de Abogados de Madrid opina en su informe como nosotros.

19. Mas no es ésta sola la obra de la necesidad. Amenázanos un naufragio, zozobra el buque que nos conducía, y no queda más que un pequeño bote, donde caben poquísimas personas. Si yo cojo y lanzo al mar á uno de los que lo llenaban, para ocupar el puesto de que él se habia apoderado, ¿soy por ventura culpado de homicidio, en razon á que él se ahoga y perece?—Ninguna conciencia lo podrá decir: ningun tribunal lo podrá fallar. Mi conservacion era para mí lo primero; y la necesidad me autorizó á cometer aquel hecho horrible. Han dicho algunos que se obra por razon de defensa en este caso. No nos lo parece á nosotros. No cabe defensa donde no hay agresion. Como se obra allí es por *necesidad*, por esa necesidad que moralmente constituye un derecho, y que no seria malo ni ocioso que la ley hubiese reconocido.

20. Por lo demás, cualquiera que sea la leve censura que estas observaciones autoricen, seria bien injusto que la exajeráramos, ni que la convirtiéramos en crítica formal de la ley. Esos casos rarísimos que la imaginacion concibe, muy difícilmente se presentan en la historia del foro. Aun suponiéndolos, no es de temer que se les aplique el excesivo rigor de las leyes. Siempre tenemos ahí la garantía del artículo 1.º, definición fundamental del delito. Siempre tenemos en los *números* de este 8.º analogías preciosas, que no dejarán en su caso de ser salvadoras para la inocencia. Y no se nos diga que las analogías no sirven en la esfera de las leyes penales: no sirven para condenar; pero sirven sin duda para absolver.

CAPÍTULO TERCERO.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1. Tras de las circunstancias que eximen de responsabilidad al agente de una obra prohibida, vienen las que atenúan la responsabilidad de ese agente mismo: tras de lo que hace que no sea criminal una accion generalmente penada por la ley, síguese lo que, aun dejándola como delito, la rebaja en este carácter. Pasamos de la esfera de la inocencia á la de la culpabilidad; pero nos detenemos en lo que la hace mas leve, y vamos á considerar lo que la fija en sus grados inferiores.

2. Es el hecho que un mismo delito, que una propia accion criminal, no siempre es igual consigo misma, ni merece una propia pena, por más que sea idéntico el nombre que la distinga en todos los casos. La muerte de cualquier persona se llama homicidio, y es uno de los actos condenados y penados por las leyes humanas; pero de homicidio á homicidio puede haber y hay continuamente gran diferencia, y no es una pena sola la que ha de castigarlos ó reprimirlos á todos, sin consideracion á sus circunstancias particulares.

3. Nace ésto de que el delito no es una cosa simple, sino una cosa compuesta; de que no es una unidad, sino un número. Todos los hechos

que concurren en él, sirven para modificar su importancia. De parte del agente, de parte de la víctima, por los accesorios extraños, por el tiempo, por el lugar, por los causantes, por la forma; todos son motivos que influyen en su lenidad ó en su gravedad respectiva. No hay dos hechos iguales; no hay dos homicidios que no se diferencien el uno del otro. Tal es la ley de nuestra naturaleza.

4. Prever y definir cada caso particular hubiera sido una pretension imposible, ridícula, absurda. Los códigos no pueden hacer otra cosa que presentar los grupos de las acciones punibles, describiendo sus caracteres generales, y dándoles los nombres sintéticos que unas de otras las separan. Los códigos forman la lista de los delitos, como el botánico forma la lista de las especies. Los individuos están allí, pero no particularmente, sino colectivamente, bajo la fórmula y la definicion general.

5. Mas en seguida de hacer esto, esos mismos códigos tienen que reconocer el poder y la influencia de las circunstancias, que modifican en cada caso esa definicion y esa fórmula. Fijándose en el aspecto de la gravedad, la razon les inspira que esas circunstancias rebajan á veces, y á veces aumentan la idéa típica y fundamental, que habian formado del delito abstracto y comun.

6. Así, los códigos proclaman, y no pueden ménos de proclamar, que respectivamente á cada crimen, hay ó puede haber circunstancias que le atenúen como hay ó puede haber circunstancias que le agraven. Sobre su estado fundamental, hállanse esos dos estados, uno superior y otro inferior. Aun en cada mal de estos, pudieran señalarse á voluntad otros muchos, siguiendo una escala indefinida; mas esa escala, y la division que de ella resultase, serian completamente hechos arbitrarios. Lo que no lo es, lo que no es indefinido, lo que es real, aunque sea vago dentro de cada uno de sus términos, es esa primer division que acabamos de consignar ahora: delito fundamental ó comun; delito atenuado por circunstancias accesorias; delito agravado por las mismas circunstancias.

7. Y no es un adelanto de la teoría moderna la primitiva concepcion de estos principios. Eran tan obvios y tan naturales, que no hubieran podido oscurecerse, aun á los mas sencillos legisladores. En el derecho romano aparecieron ya en una completa luz, y nuestras leyes de la edad media los proclamaron abiertamente. «*Parè in omnibus poenalibus iudiciis, et aetati et imprudentiae succurritur*»—decia el Jurisconsulto Paulo, citado en la 108 de las reglas del derecho—«*In omnibus quidem, maxime autem in jure, aequitas spectanda sit*»—habia dicho el mismo en la regla 90.—Por último la ley 16.ª, tit. 19, lib. XLVIII del Digesto, explicando las diversas formas y los distintos grados que puede tener el delito dice: «*aut facta puniuntur..... aut dicta..... aut scripta..... aut consilia..... Sed haec quatour genera consideranda sunt septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu..... Persona dupliciter spectatur, ejus qui fecit, et ejus qui passus est: aliter enim puniuntur ex iisdem facinoribus servi quam liberi; et aliter qui*