

CONCORDANCIAS.

Digesto.—*De regulis juris*. 108. *Ferè in omnibus poenalibus judiciis..... ætate..... succurritur.*

Lib. XLVIII, tit. 19, l. 16.—Véase en nuestro Comentario al epígrafe de este capítulo, núm. 7.

Partidas.—*L. 4, tit. 19, P. VI.* *Si el mayor de catorce años el menor de veinte y cinco fuese acusado.... Mas de todos los otros yerros, assi como de homicidio, o de furto, o de los otros semejantes que ficiese, non se puede excusar por razon que es menor, solo que sea de edad de diez años et medio arriba cuando lo face, porque el mozo de tal tiempo tenemos que es mal sabido, et que entiende estos males cuando los face; pero non les pueden dar tan grant pena como á los otros mayores.*

L. 7, tit. 31, P. VII.—Véase la Concordancia á los números 2 y 3, artículo 8.º

L. 8, tit. 31, P. VII.—Véase en nuestro Comentario al epígrafe de este capítulo, número 8 (a y b).

Cód. aust.—*Art. 39.* *Las circunstancias atenuantes relativas á la persona, son:*

1.ª *Si el culpable no ha cumplido veinte años de edad, si es de espíritu apocado, ó si su educacion ha sido descuidada.*

Cód. napol.—*Art. 66.* *Cuando el culpable sea mayor de catorce años y menor de diez y ocho, las penas de muerte, del ergástolo (1), y de cadena en cuarto grado, se sustituirán por la de cadena de presidio.—Las demás penas criminales se aplicarán rebajadas de uno á dos grados, y la de cadena se cumplirá siempre en presidio.*

‡ *Sólo los parricidas serán castigados con la pena de muerte, cuando hayan cumplido diez y seis años.*

(1) Trabajos perpétuos y durísimos.

Cód. brasil.—*Art. 18.* *Hay circunstancias atenuantes de los crímenes:*

10.ª *Cuando el delincuente es menor de veinte y un años.*

Si es menor de diez y siete, y mayor de catorce años, podrá el juez, segun su prudente arbitrio, aplicarle la pena de los cómplices.

Cód. esp. de 1822.—*Art. 107.* *Se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito..... 1.ª La corta edad del delincuente, y su falta de talento ó de instruccion.....*

COMENTARIO.

1. Del asunto de este número hemos hablado ya en el Comentario á los 2.º y 3.º del artículo anterior. Allí vimos las relaciones que establecía la ley entre el discernimiento y la edad. Allí señalamos los cuatro periodos en que divide á esta. Allí distinguimos el tercero como el de las circunstancias atenuantes. En el primero de todos, hasta los nueve años, la ley negaba el discernimiento. En el segundo, no lo suponía, pero confesaba su posibilidad. En este tercero, ya lo supone, pero no perfecto, no absoluto.

2. Materialmente, y en la esfera de la ejecucion, no puede ocurrir con esta doctrina dificultad alguna. En tanto que no se llega á la referida edad, no es lícito imponer el todo de la pena. Se impondrá mas ó menos, segun sean las demás circunstancias. Dentro del límite de lo atenuante, el juez calificará los méritos y el discernimiento del encausado. Pero aquel límite la ley le ha prohibido que lo franquee.

3. Moralmente, y en la esfera de la crítica, si es inatacable el principio en que se funda este número, quizá no lo es tanto el mismo límite que señala. ¿Por qué diez y ocho años, y no diez y siete, ó diez y nueve ó veinte?—Estos términos son prudenciales; pero la ley debe cuidar que exista la posible armonía entre los diversos que establezca. Teniendo el propósito, como la comision de códigos lo tiene, de fijar la mayoría de la edad á los veinte años, ¿por qué no fijar en este plazo mismo el límite de las circunstancias atenuantes?—Precisamente ese límite, la responsabilidad absoluta de las acciones, y la mayoría de edad tienen un solo y único origen, la perfeccion del discernimiento. ¿Por qué, pues, diez y ocho años en un caso, y veinte años en otro?

Artículo 9.º (Continuacion.)

«3.ª La de no haber tenido el delincuente intencion de causar todo el mal que produjo.»

«4.ª»

CONCORDANCIAS.

Cód. napol.—Art. 391. *Si el culpable voluntario de heridas ó lesiones ha cometido un crimen mayor que excede en sus consecuencias el objeto del delincuente, será castigado con la pena del crimen mayor disminuida en uno ó dos grados.....*

Cód. esp. de 1822.—Art. 626. *El que mata á otro sin intencion de matarle, pero con la de maltratarle ó herirle, será reo de homicidio involuntario, y sufrirá la pena de.....*

COMENTARIO.

1. Desde el primer artículo de este Código, párrafo 3.º, encontramos ya establecido que el que ejecutase voluntariamente un hecho, seria responsable de él, é incurriría en la pena que la ley le señale, aunque el mal hubiese recaído en persona distinta de aquella á quien se proponia ofender.

2. Discurriendo nosotros acerca de ese precepto, encontramos que la variacion de persona, objeto del delito, podia alterar si no la naturaleza, por lo ménos la importancia de éste. Así como el que quisiera cometer un parricidio, podia, por efecto de aquella, cometer un homicidio sólo; así tambien, el que á sólo un homicidio se encaminara, podia de hecho cometer aquel otro delito mayor y mas horrible. La discordancia entre la intencion y la obra nos presentó un problema, que tratamos de resolver en el núm. 63 de aquel Comentario. «El grado menor, el grado mas próximo á la inocencia, es—dijimos—el que califica y determina la naturaleza del crimen. En aquel grado es en lo que convienen el

hecho y el intento. Lo que el uno de los dos tenga más que ese grado, aquello es singular, aquello ó no es accion ó no es voluntario, y por consiguiente no puede influir en la naturaleza del delito.»

3. Consecuencia de esta misma doctrina, y supuestos análogos, si no iguales, á los que allí presentábamos nosotros, son la doctrina y los supuestos que en este número nos ofrece la ley. Hay discordancia entre la intencion y la obra; y esta discordancia resulta de haber sido la obra mas dura, mas grave, mas punible que la intencion. Quiso dar un golpe, y se mató: quiso herir á un extraño, y se hirió á un hijo ó á un padre. El mal causado es mayor que el mal querido: lo material y lo moral de la obra, lo hecho y lo intentado, no han ido acordes. No pretendia hacer el agente todo el daño que hizo.

4. El número dice que en este caso hay circunstancias atenuantes: que no puede exigirse al criminal toda la responsabilidad de la accion, que realmente cometiera. Y la ley dice bien; porque la razon, porque el buen sentido, porque la conciencia pública, no consentirian que se obra-se de otro modo.

5. Ahora: en el precepto que nos ocupa, y en vista de su letra y de su espíritu, es menester que añadamos algunas breves observaciones para comprenderlo con la deseada perfeccion.

6. Primeramente, queremos advertir que la ley dice «todo el mal que produjo,» y supone por lo mismo que el actor de quien habla, se proponia causar ó producir *algun mal*. Y justamente se lo propone, y parte de tal supuesto en este caso: pues si hubiera obrado sin esa intencion; si hubiera sido en su ánimo inocente; si el mal hubiese ocurrido por casualidad tan sólo; entonces no seria aquí donde habriamos de buscar el oportuno derecho, ni serian tal vez las circunstancias atenuantes el único beneficio que sacara de su intencional inocencia.—Aquí nos ocupamos únicamente de hechos que exceden al propósito, pero que se derivan de un criminal propósito.

7. En segundo lugar, no debe perderse de vista que esta calificacion de las intenciones contrarias á los hechos, ofrece frecuentemente de suyo insuperables dificultades. Todos los medios de prueba se pueden, á la verdad, emplear para justificarla; pero á excepcion de muy pocos, de los que se derivan de la forma y accidentes del acto mismo, los demás presentarán obstáculos inmensos para aplicarse con éxito feliz. Podemos creer que quien hace uso de un palo para herir á su víctima, pudiendo hacerlo de una espada ó de un cuchillo, no tenia gran propósito de matarla; pero quien tiró, por ejemplo, con arma de fuego, difícilmente justificará que su intencion se limitaba á causar una herida, y que sólo fué accidental é imprevista la muerte que sobreviniera. Esa presuncion de tan extremada destreza, no es admisible en el mundo, porque no puede presumirse. Quien se vale de medios que ordinariamente causan todo el mal; de todo el mal, y no de una parte tan sólo, es responsable. La presuncion del derecho consiste en que hemos querido ejecutar lo que

hemos ejecutado. Para admitir otra cosa, se han menester pruebas muy completas, que en la mayor parte de los casos son harto difíciles.

8. En resumen: ninguna duda respecto al principio, pero mucha y muy grande en la ejecucion; hé aquí nuestro juicio acerca de este número en que acabamos de ocuparnos.

Artículo 9.º (Continuacion.)

«4.ª La de haber precedido inmediatamente provocacion ó amenaza de parte del ofendido.

»5.ª La de haberse ejecutado el hecho en vindicacion próxima de una ofensa grave causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, ó afines en los mismos grados.»

«6.ª»

CONCORDANCIAS.

Cód. brasil.—Art. 18. *Hay circunstancias atenuantes en los crímenes:*

4.º *Cuando el delincuente ha cometido el crimen por vengarse de una injuria grave ó deshonra, causadas al autor, ó á sus ascendientes, descendientes, cónyuges ó hermanos.*

6.º *Cuando el ofendido ha sido el agresor.*

7.º *Cuando el delincuente ha cometido el crimen excitado por amenazas.*

8.º *Cuando el delincuente ha sido provocado.*

La provocacion será mas ó ménos atenuante, segun sea mas ó ménos grave ó reciente.

Cód. esp. de 1822.—Art. 107. *Se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito..... las siguientes..... 3.ª, el haberse cometido éste por amenazas ó seducciones, aunque no sean de aquellas que basten para disculparlo.*

Art. 623. *El que mate al que le provoca por alguna otra ofensa, injuria ó deshonra grave, que fuera de..... haga en el mismo acto del homicidio, bien al propio homicida, bien á otro que le interese, sufrirá*

una reclusion de dos á diez años, y cuatro más de destierro, en los términos expresados. Iguales penas sufrirá el que mate á otro con el fin de evitar algun peligro, ultraje, violencia, ó deshonra grave, que..... tema fundadamente en el acto mismo del homicidio, sea contra sí propio, ó contra otra persona que le interese.

COMENTARIO.

1. Los dos números 4 y 5 de este artículo, que acabamos de trasladar, y el 7.º de que nos ocuparemos despues, tienen entre sí singular analogía. A decir verdad, es uno propio el principio que los ha inspirado. La ley se detiene delante de pasiones, que si no son legítimas, son concebibles, y hasta cierto punto excusables; y si no justifica á los que obran en virtud de ellas, por lo ménos los contempla con piedad, y no se muestra inexorable con lo que es más débil que perverso, mas deplorable que peligroso. No está en su mano el olvidarse de que somos hombres, ni el dejar de tener en cuenta las miserias humanas.

2. Seria una cosa bella, una cosa heroica, que la amenaza y la provocacion nos dejasen impasibles. Á obtener y á conseguir esa tranquilidad de ánimo, deben sin duda alguna dirigirse nuestros esfuerzos: la razon y la religion nos lo aconsejan concordemente. Pero esa tranquilidad deseada, ideal de lo bueno y de lo virtuoso, no siempre la poseemos, aun los mismos que proclamamos su excelencia. Bulle la sangre en nuestro corazon: enciéndesenos el rostro, cuando se nos provoca: álzase naturalmente una fuerza en nuestro espíritu, que tiende á repeler con hechos las amenazas, con males positivos las injurias y los ultrages. Tal vez el hombre mas honrado, mas inocente, se ciega en estos momentos, y se halla, casi sin pensarlo, convertido en criminal.

3. Las leyes no pueden acoger estos motivos como causa de justificacion. Sólo lo es en este género la defensa, cuando concurren á legitimarla todas las circunstancias que en su lugar le señalamos. Pero las leyes tampoco pueden dejar sin importancia alguna esos hechos de que nos ocupamos ahora. Si no son bastantes para justificar, al ménos es necesario que atenúen.

4. Surten, pues, este efecto la amenaza y la provocacion. Cuando un hombre herido por ellas se revuelve, y daña á su vez á quien le provocara ó amenazara, si no da muestra de longanimidad, no la da tampoco de una perversidad horrenda. Condenándole el mundo, puede estimarle y compadecerle. Imponiéndole castigo por el mal que ha hecho, todavía no le mira con horror como á un sér degradado. Aquel dicho «compadece al delincuente» de las escuelas sentimentales, se aplica aquí mejor que en cualquiera otro caso posible.

5. Una sola condicion establece y fija la ley, para que recaigan esas

circunstancias atenuantes: la de que la amenaza ó la provocacion hayan sido *inmediatas* ántes del hecho. La razon es muy sencilla. Lo que excusa en cierto modo, lo que atenúa los delitos de que tratamos ahora, es el arrebató que nos conduce acaloradamente á delinquir. Si pasado ese arrebató, esa pasion, ese temor, que la provocacion ó la amenaza determinan de un modo súbito, permanece todavía el ánimo de dañar; entónces, la realidad de aquellos motivos se desvanece, y el frio y reflexivo carácter del delito comun aparece con su triste forma. No es ya el criminal un objeto de lástima; eslo de temor y de repulsa. Extinguese la simpatía, y nace la alarma en los corazones de todos. Las circunstancias atenuantes han desaparecido. ¡Qué diferencia, en efecto, entre la repulsa de una provocacion, y la venganza reflexiva de esa misma muchas semanas despues!

6. Y sin embargo, tambien la venganza puede ser circunstancia atenuante. El *número* 5.º declara cuándo y con qué condiciones, cabe que se verifique este caso. Hasta tal punto lleva la ley su justa indulgencia y su reflexiva prevision.

7. Esa venganza en primer lugar, ha de ser próxima: en segundo, ha de ser de ofensa grave: en tercero, ha de ser de ofensa causada á uno propio, ó á los mas inmediatos de su familia.

8. Respecto á la primer condicion, débese observar que no se usa aquí la misma palabra de que se habia usado en el anterior *número*. En él, hablándose de provocaciones ó de amenazas, decíase que la repulsa las debia seguir *inmediatamente*, para ser excusable ó atenuable por ellas. Aquí, hablándose de las ofensas, se dice que su vindicacion ha de ser *próxima*, para alcanzar el mismo resultado. *Próximo* é *inmediato* no son una misma cosa. La inmediacion excluye toda idéa de tiempo intermedio, y supone actos consecutivos. La proximidad indica sólo que es una breve dilacion la que ha mediado. No es inmediata la obra que sigue á una precedente, al cabo de una hora; no deja de ser próxima la venganza que se dilata por dos dias. Lo primero es mas preciso y riguroso; lo segundo, mas vago y prudencial.

9. En cuanto á la justicia de esta distincion, no cabe duda en que salta á los ojos. Una provocacion no es lo mismo que una ofensa. Una provocacion hiere nuestra susceptibilidad, nuestro amor propio; una ofensa hiere nuestra honra. La primera excita sólo la cólera; la segunda toca á puntos mas delicados segun la religion del mundo, y trae naturalmente, ó puede traer la vindicacion. La ley y la moral deben ser mucho mas severas respecto á la una que respecto á la otra. Por eso, allí se exige para la atenuacion de que tratamos, que el acto que en cierto modo hemos de disculpar, no se dilate ó retarde ni un instante solo; que suceda inmediatamente: por eso, aquí, solo se demanda que sea próximo, lo cual, como hemos dicho, es vago, y se presta á apreciaciones prudentiales.

10. Segunda condicion: *gravedad* de la ofensa que ha dado causa al

delito.—La palabra *ofensa* tiene sin duda una extension demasiado grande como demasiado notoria, para que no fuese menester calificarla y fijarla en este lugar. Desde lo más fútil hasta lo más enorme, todo puede entrar en su inmenso cuadro. Una palabra mal sonante dicha en presencia de algunas personas es una ofensa, como que es una falta de respeto. Desde ahí hasta otra ofensa real, que deje vulnerado el honor, lastimada la reputacion, imposibilitado á un hombre de presentarse entre sus semejantes, que lo arroje de la sociedad: el camino, como se vé, es dilatado, y los pasos de esta escala son numerosos. Ahora bien: la ley no podia igualar todo género de ofensas, para este efecto de producir atenuacion en los delitos: puede haberlas tan débiles, que, sinceramente, no se deban estimar causas de verdadero y excusable arrebató. Es menester para ello que lleguen á cierto grado de importancia; salvo que, despues, segun sea mayor ó menor esa importancia misma, así resulte la atenuacion mas ó ménos poderosa. Es menester que sean *graves*: si no lo son, nada pueden excusar, nada atenuar.

11. Por de contado, esa expresion *grave* es una palabra vaga, variable, relativa. Ningun signo material, ninguna condicion asignable y definible, distingue y señala bien lo que es grave, en medio de lo que no lo es. Hallamos aquí una cuestión de sentimiento, é invocamos una resolucion de prudencia como en tantos otros casos. Y lo hacemos justamente, porque las razones que inspiran á la ley no consentirian otra cosa. Un mismo hecho ofensivo ó injurioso puede tener muy distintos caracteres, y ser grave ó no serlo, segun se dirija á estas ó aquellas personas, segun se realice en este ó en aquel tiempo ó lugar. Esa expresion mal sonante de que hablamos, es un hecho sin importancia entre personas iguales, es una falta de educacion con otros, es un escándalo en ciertos momentos ó en ciertos sitios, es en fin un desacato dirigiéndose á superiores. Lo que de éstos decimos, de toda ofensa y de toda injuria en general puede decirse. Por eso ha hecho bien la ley, renunciando á fijar lo que no podia fijarse de suyo, y cometiendo á la prudencia lo que ésta solo podia resolver.

12. Tercera condicion del *número* 5.º: que esa ofensa grave haya sido causada al mismo que la vindica, ó á alguno de los próximos parientes que el *número* señala

13. En efecto, las ofensas de familia, ó al ménos ciertas ofensas de familia, recaen sobre nosotros, tanto como si á nosotros mismos se nos hubieran hecho. Así está constituida la sociedad. Ese lazo que la naturaleza ha puesto entre los individuos, lleva como uno de sus misterios este resultado que no calificamos ahora. Gozamos con la honra de nuestros parientes, y somos afectados, somos deshonrados con su vergüenza. Las leyes, que á veces han reforzado esta disposicion natural, y que á veces han tratado tambien de aflojarla y limitarla, no desconocen al ménos que existe, y no pueden prescindir de ella en muchas de sus disposiciones. Tal, y una muy notable, es la que ahora consideramos. Nuestro Código

ha reconocido que ofensas graves hechas á nuestros mas íntimos parientes podían arrastrarnos, ora por impulso propio, ora por necesidades sociales, á su vindicacion. La importancia de esta excusa no ha podido ménos de serle notoria; y la atenuacion que ha pronunciado para el delito, cuando es motivado por una ofensa grave causada al que lo comete, esa misma ha pronunciado tambien para el delito propio, cuando lo es por ofensa del mismo género al cónyuge, á los ascendientes, á los descendientes, á los hermanos del que los vengó.

14. ¿No hubiera debido decirse otro tanto respecto á las ofensas hechas al amigo?—La amistad es ciertamente el parentesco de las almas; y nada habrá tan comun como el que se sientan semejantes injurias, aun mas profundamente que las hechas á un hermano ó á un hermano político. Pero ¿á dónde iríamos á parar en primer lugar, admitiendo esa doctrina, y hasta qué punto de vaguedad espantosa seríamos conducidos? ¿Qué cúmulo de improvisadas amistades no haríamos nacer?—Y por otra parte, si en semejante caso era posible una mas viva espontaneidad en el autor del delito, no debemos perder de vista que tambien faltaban las razones ó condiciones sociales, que hemos indicado en la vindicacion de los parientes. La sociedad echa sobre nosotros las ofensas que deshonoran á nuestra familia, algunas de ellas por lo ménos, pero no nos hace padecer las sufridas por nuestros amigos. Esto decide la cuestion, y justifica á la ley.

15. De todos modos, son unas interesantes causas de atenuacion las que en estos números se expresan, y una necesaria, pero muy grande autoridad la que se confia en este último á la prudencia de los tribunales. La *proximidad* de la vindicacion y la *gravidad* de la ofensa son dos puertas que se abren á éstos, para que dejen salir por ellas á la desgracia, á la irreflexion, á los sentimientos no inocentes, pero sí concebibles y generosos; para que las cierren y las obstruyan al verdadero crimen. Hé aquí la obra que la ley no puede más que indicarles: á ellos toca el ejecutarla.

16. No concluirémos este comentario sin recordar que bajo los números en cuestion, y limitados por consiguiente á su atenuacion de delito y de pena, están los casos que señalábamos nosotros como dignos de eximirse de toda culpa, en el apéndice al art. 8.º, números 11, 12, 13 y 14 (páginas 180 y 181). Nada añadirémos aquí sobre ellos, habiendo consignado en aquel lugar lo que es la ley, y lo que es nuestra opinion.

Artículo 9.º (Continuacion.)

«6.º La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuere habitual ó posterior al proyecto de cometer el delito.

«Se reputa habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces ó más con intervalo á lo ménos de veinticuatro horas entre uno y otro acto.»

«7.º

CONCORDANCIAS.

Partidas.—*L. 6, tit. 2, P. VII.—Et por ende decimos que si alguno dixiere mal del rey con bebedez..... non deve haver pena por ello, pues le face estando desapoderado de su seso, de manera que non entiende lo que dice.*

L. 5, tit. 8, P. VII.—Ocasiones acaescen a las regadas de que nascen muertes de homes, de que son en culpa et merecen pena por ende aquellos por quien avienen, por que non pusieron hi tan grant guarda como debieran, ó ficieron cosas enante por que avino la ocasion: et esto serie como si..... alguno se embriagase, de manera que por la bebedez matare a otro; ca por tales ocasiones como estas, o por otras semejantes dellas que aviniesen por culpa de aquellos que las ficiesen, deben seer desterrados por ellas los que las ficieron, en alguna isla por cinco años, porque fueron en culpa, non poniendo ante que acaesciese aquella guarda que pudieran poner.

Cód. aust.—*2.ª parte, Art. 267. La embriaguez es punible respecto al que en ese estado ha cometido un hecho que sin ella, seria considerado como delito.*

La pena es..... y se impondrá con agravacion si el delincuente sabe por experiencia que en tal estado padece acceso de violencia. Tratándose de atentados gravísimos se le impondrá la pena de.....

Cód. brasil.—*Art. 18. Hay circunstancias atenuantes en los crímenes:*

9.º *Cuando el delincuente ha cometido el crimen en estado de embriaguez.*

Para que la embriaguez sea tenida como circunstancia atenuante, es necesario: 1.º que el delincuente no haya formado el proyecto del crimen ántes de ponerse en tal estado: 2.º que no se haya embriagado para animarse á perpetrar el crimen: 3.º que no tenga costumbre de cometer crímenes cuando se halla en tal estado.