

por las faltas de algunos de sus miembros, aunque éstos no hubieran recibido la mision ni obtenido siquiera el asentimiento del todo!

Concibese que haya cierta solidaridad entre los miembros de una misma comunidad para rechazar las injusticias hechas desde el exterior, que no son propiamente dirigidas contra determinada persona, sino más bien ejecutadas contra la comunidad como enemiga; pero es soberanamente injusto y bárbaro que las penas propiamente dichas alcancen lo mismo á los inocentes que á los culpables, de lo cual no se ha dado ejemplo todavía en los tiempos modernos. Algo es, no obstante, reconocer los caracteres más que bárbaros de parecidas venganzas, no bien justificadas por la frase *Derecho de la guerra*.

CAPITULO IV.

DE LA IMPUTABILIDAD DEL DELITO.—DE LAS EXCUSAS PERENTORIAS.

SUMARIO.

1. Distincion entre el delito material y el formal.—2. Consecuencias de la confusion de estas dos cosas.—3. Condiciones de la imputabilidad.—4. Dos clases de excusas: las perentorias y las atenuantes; a) La edad; b) La demencia; c) El sonambulismo; d) La embriaguez; e) La violencia fisica y la coaccion moral, f) La propia defensa y la defensa de otro; g) El cumplimiento de un deber legal y aun natural; h) La coartada; i) La ignorancia de la ley.—5. Grados en la mayor parte de estos hechos justificativos.—6. Es natural y justo tener en cuenta los grados de gravedad de los delitos.—7. Todo delito es determinado. Falsedad del principio de Dracon.—8. Marcha del espíritu humano en la apreciacion de los grados del delito.—9. Importancia de esta apreciacion, más bien relativa á la aplicacion que á la formacion de la ley.

Sólo el hombre considerado individualmente puede delinquir; pero no todo acto materialmente perjudicial es por esto un delito.

Casi en todas partes se distingue, aunque débilmente, cuando no se les da todavía nombres especiales, el delito material y el delito formal, es decir, el mal fisico y el mal moral, el perjuicio ocasionado y la intencion de causarlo, el daño para el que lo sufre, y la maldad en el que lo causa.

En todas partes, sólo se ha reconocido culpable al hombre, aunque cause daño á otro, cuando ha tenido intencion de hacer mal: siempre se ha distinguido entre sus actos voluntarios y sus movimientos fortuitos; pero no siempre ha sabido ni querido hacer la misma distincion respecto á los actos de sus semejantes. Con frecuencia se han castigado acciones involuntarias, como si hubieran sido queridas: el que mataba casualmente á un animal sagrado, era condenado á muerte en Egipto, y en el Japon se aplicaba el suplicio

del fuego ó de la rueda al homicida involuntario (1). El crimen puramente material era considerado como una mancha, como una falta contra los dioses, si no contra los hombres; prejuicio en el cual se hallaban profundamente imbuidos los antiguos. Edipo no era culpable ni de parricidio ni de incesto, y sin embargo creía serlo.

De tal manera se ha confundido á veces el homicidio material con el homicidio moral, que el ejecutor de las sentencias criminales, á pesar de la necesidad, de la utilidad y de la legalidad de sus funciones, era considerado impuro, y eran necesarias ceremonias religiosas para lavarle de esta mancha. Entre los negros de Issini dura tres dias este estado de horrible impureza, y, durante ese tiempo, el ejecutor tiene el derecho de correr como un furioso y de coger todo lo que cae en sus manos; lo que él toca es considerado tan impuro como él mismo y nadie lo querría ya. Despues de la ceremonia de la purificacion, y recobrando el buen sentido, los hombres que han tenido el atrevimiento ó la codicia necesaria para caer en esta momentánea deshonra, se glorifican el resto de su vida de los servicios que han prestado (2).

¿Por ventura el verdugo no sufre todavía una especie de reprobacion universal en los pueblos más civilizados? Á pesar de Rousseau y de Maistre, la opinion no ha podido restituirle la pureza que reconoce haber perdido, y que le restituye, en los pueblos salvajes, una ceremonia religiosa. ¿Si los salvajes son más supersticiosos, no son tambien más equitativos?

En Roma, el ejecutor vivía fuera de las murallas de la ciudad (3).

Para que haya delito imputable es, pues, necesario, como se ha dicho ya, que el agente sea una persona, y que la accion sea considerada criminal por la conciencia pública, ó mejor por la ley, que es el órgano de esta conciencia y previene la arbitrariedad aún en los casos en que parece temerla ménos. De esta manera el delito toma un carácter legal claramente determinado.

(1) Des Essarts, *Ensayo sobre la historia de los tribunales*. V.º Japon.

(2) *Historia general de los viajes*, t. II, p. 443 y 444.

(3) Plauto, *Pseudolus*, I, 3, V. 97.—Cicer., *pro Rab.*, V.

Es necesario además que la persona, obrando con voluntad, tenga suficiente conocimiento y posesion de sí mismo.

Falta la inteligencia si no hay discernimiento del bien y del mal moral, como en una edad muy tierna, en la imbecilidad ó en el idiotismo y en la completa embriaguez.

Tampoco existe la libertad moral si hay falta de inteligencia, violencia física ó moral, necesidad de la defensa, etc.

Estos principios son fáciles de consignar; pero su aplicacion presenta sérias dificultades, de las cuales debemos procurar librarnos.

Aunque las reglas propias para la práctica, no puedan nunca ser bastante precisas, y sean, por lo tanto, de escasa utilidad, no por eso es ménos precioso el reconocimiento legal de los principios. Al juez corresponde estudiar luego con cuidado los hechos y consultar su conciencia.

Los jurisconsultos distinguen con razon las excusas, en cuanto al grado de su virtud, en perentorias ó justificativas que quitan á la accion todo carácter de culpabilidad, y en excusas que sólo atenúan la falta (1).

(1) Pero perentorias ó no, están reducidas á estas tres circunstancias:

- 1.ª La inteligencia del agente: ignorancia, error;
- 2.ª La voluntad:—deliberada, espontánea;
- 3.ª Todo lo que puede influir en estas dos cosas;
 - a) Sexo,
 - b) Edad,
 - c) Condicion,
 - d) Estado de salud ó de enfermedad del cuerpo,
 - e) Estado de salud ó de enfermedad del espiritu (cólera, terror, emocion en general, embriaguez, locura, imbecilidad, manía),
 - f) Motivos de la accion,
 - g) Miseria, bienestar, riqueza,
 - h) Provocacion ó no provocacion,
 - i) Teatro del crimen (lugar solitario ó habitado, cercado ó libre, domicilio),
 - j) Cualidad y estado de las personas lesionadas (parientes, bienhechores, señores; domésticos, superiores, inferiores, jóvenes ó ancianos, enfermos ó niños),
 - k) Tiempo (de dia, de noche, en caso de ausencia cierta),
 - l) Medios que han servido para la perpetracion del crimen,
 - m) Manera como ha sido perpetrado,
 - n) Hábito ó no hábito del crimen,
 - o) Número, carácter y disposicion actual de los culpables,
 - p) Grado de perpetracion,
 - q) Consecuencias físicas, morales, privadas y públicas del crimen,
 - r) Grado de complicidad (autor principal, autor secundario, autor accesorio).

Distinguen también las excusas, en cuanto á su fuente ó á la naturaleza de su autoridad, segun que son legales ó indicadas por la ley, ó derivadas de la íntima persuasión del juez, de su conciencia, á las cuales podría llamarse *morales*.

Todas las legislaciones que han dado algun valor á la justicia y tenido un sentimiento reflexivo de ella, se han dedicado á determinar los casos en que el crimen material no debiera perseguirse ó debiera serlo con ménos rigor.

I. Así, la ley romana distinguía una edad hasta la cual no había culpabilidad legal, y sólo reconocía escasa culpabilidad desde dicha edad hasta la mayoría (1).

Si el Areópago condenó á muerte á un niño que había sacado los ojos á unas codornices, puede asegurarse que no se dictaron con frecuencia sentencias de esta índole, y que dicho tribunal se apercibió al cabo de algun tiempo, lo mismo que Quintiliano que discurre sobre este hecho, que este acto de crueldad no era sin embargo un indicio seguro de la futura perversidad de aquel niño (2).

La ley de las Doce Tablas, á pesar de su dureza, había visto al ménos en la menor edad una razon para rebajar las penas (3), y el Digesto aconseja que se tome muy en cuenta (4). El emperador Federico II dice tambien que el niño, á causa de la inocencia propia de su edad, no puede ser culpable de asesinato (5).

Las leyes de los pueblos modernos no pueden prescindir de esta obligada indulgencia: hay, sin embargo, una que se manifiesta en este punto muy severa, aunque generalmente dulce: la ley inglesa, en los delitos de muerte, sujetándose á la máxima *malitia supplet ætatem*, condena al culpable que ha cumplido 8 años (6).

(1) L. 3, D., *De injuriis; Instit., de obligat. que ex delict. nasc, etc.*

(2) Quintiliano, *Instit. orat.*, v. 9.

(3) Tab. II.

(4) Lib. XXI, tit. 1, l. 23, párr. 2; lib. XLVIII, tit. 10, l. 22; libro XLIX, tit. 8, l. 12; lib. L, tit. 17, l. 108; Código, lib. IX, tit. 24, l. 1.

(5) *Constit. sicular.*, lib. I, tit. 13.

(6) Blackstone, II, párr. I.—Por lo demás, la ley hace con frecuencia distinciones que mitigan este rigorismo del principio. Véase Handbuch des englisch. Strafrechts, etc., von Henr. J. Stephen, aus dem englisch. ubers, etc.; von Ernst. Mühry. Goetting., 1843, t. I, p. 7-8.

La ley tártara que rigió en la China desde la conquista de este país por los Mandchues, es más humana en este punto que la mayor parte de

Otras veces no le castigaba hasta despues de los 12 y aún de los 14 años. Es verdad que deja á los jurados la facultad de decidir si hay en estos casos completo discernimiento é intencion verdaderamente culpable; pero estos jurados pueden no usar de esa facultad ó hacer mal uso de ella. ¿Por qué se les ha de conceder? Así se ha visto condenar á muerte á niños de 9 y 10 años.

La antigua ley francesa no veía culpables ántes de la edad de 10 ú 11 años, y no condenaba á muerte á los que no hubieran llegado á la edad de la pubertad. El Código actual (arts. 66-69) es todavía más indulgente y justo.

Las legislaciones modernas se distinguen de las antiguas, no tanto por esta justa indulgencia á la debilidad de los años, como por extender á todos los crímenes el beneficio que de aquí resulta. No se admite ya de una manera tan absoluta que la maldad viene con los años. La suposicion de que un gran crimen material supone siempre un gran criminal, ha subsistido en las legislaciones modernas hasta el último siglo. Sin embargo, desde el siglo XIII, la ley danesa no había considerado culpables á los que aún no llegaban á los 15 años (1).

Por lo demás, segun Jousse, los menores de 20 años no deben tampoco ser castigados tan severamente como si fuesen mayores, ni aún en los delitos atroces, sobre todo cuando apénas han salido de la pubertad (2), invocando en apoyo de esta decision muchas leyes romanas. Pero esta ex-

las legislaciones cristianas. «El culpable que no haya cumplido 15 años, ó que tenga más de 70, ó que hubiese perdido un ojo ó un miembro, podrá rescatar una pena que no sea capital, pagando la multa establecida (tan pequeña que casi era ficticia).

»El culpable que no tiene más de 10 años ni ménos de 80, ó que haya perdido dos miembros, será recomendado particularmente á la comiseracion de S. M. I., para la decision de su suerte, cuando el crimen sea capital.

»En todos los casos en que hallándose las personas en las condiciones anteriormente citadas, hayan robado ó herido á alguno, delitos que no llevan consigo la pena capital, podrán siempre librarse de la que les corresponda, pagando la multa establecida: en casos ménos graves, no se les causará perjuicio alguno.

»El culpable que no tenga más de 7 años ni ménos de 90, no sufrirá pena en ningun caso.» (*Código penal de la China*, traducido del idioma chino por G. Thom. Staunton, y vertido al francés por Renouard de Saint-Croix, t. I, p. 52-53.

(1) Kolderup-Rosenvinge, *Grundriser*, etc., p. 222.

(2) T. II, p. 617.

cepcion en favor del impúber no es completa, y las leyes citadas por Jousse antes contrarian su tésis que la confirman (1). Muyart de Vouglans pretende, por el contrario, que los crímenes atroces eran castigados en los menores como en los criminales mayores de edad, y se funda igualmente en una disposicion del derecho romano (I, 7, *Cod. de pœnis*). (2).

De cualquier manera que sea, un hecho aparece probado, y es que las leyes modernas son más indulgentes con la infancia, y aún con la misma juventud, que las antiguas. Así, mientras que la ley romana no consideraba inocencia legal sino hasta la edad de 7 años, muchas leyes modernas no admiten la culpabilidad en el niño hasta despues de los 10, y aún de los 14 (3). La misma ley rusa ha aceptado este criterio (4).

Otras ventajas que presentan las legislaciones modernas respecto á este punto, son:

1.^a Haber atrasado la edad hasta la cual presume la ley falta de discernimiento, llevando así la presuncion de inocencia hasta los 14, 16 y aún 18 años.

2.^a Haber reducido la pena que puede corresponder á los menores de esta edad. Ya una antigua ley española imponía al juez la obligacion de disminuir la pena que correspondía al crimen cometido por un menor de 17 años (5).

La vejez también encontró piedad entre los antiguos, y esta piedad era de justicia. Que el anciano que delinque sea castigado, lo merece ciertamente; pero hay penas poco proporcionadas á la debilidad de sus fuerzas, y que serían para

(1) V. I, 1, parr. *Impubes. D.*, ad S. C. Silan; 1 *Excipiuntur*, D. eod. tit.; D., *De minorib.* XXV ann., l. 1, in princip.; D., *De questionibus*.

(2) *Leyes criminales de Francia*, p. 27.

(3) *Código penal general de Austria*. 1.^a parte, art. 2, y 2.^a parte, art. 4.—*Código del Brasil*, arts. 10, 11, 13 y 18.—*Código de la Luisiana* (proyecto), arts. 29 y 30.

(4) Recónoce que los niños menores de diez años no deben padecer ninguna pena y que los crímenes por ellos cometidos no deben perjudicar en nada á su porvenir. Los niños de diez á catorce años no pueden ser condenados ni á trabajos forzados, ni al knout, ni á la plecta administrada públicamente. De catorce á diez y siete años, pueden ser condenados á trabajos forzados, pero no sufren penas corporales infamantes. De once á quince años incurrén en el castigo de azotes por delitos de poca importancia; de quince á diez y siete, se les impone la plecta por la policía (correccion). (*La Rusia bajo Nicolás I*, por Ivan Golovine, p. 404.

(5) Gomez, *Tractatus de delictis*, l. 63, vers. *Sed hodie*.

él, ó un suplicio, ó una pena capital disimulada. En cuanto á la pena de muerte, sin contar con lo poco saludable que es para la moral pública ver subir al cadalso á una cabeza decrepita cubierta de canas, es necesario convenir en que los hombres de esta edad son poco peligrosos para las sociedades y no pueden ser por mucho tiempo una carga para el Estado; y si la pena de muerte debe fundarse en la necesidad de la defensa y en el interés público, estos dos motivos son aquí bastante poco poderosos. En China, la extrema vejez, como la infancia, están libres del suplicio: se hace más; se perdona en favor del anciano á un hijo criminal, siempre que el perdón no perjudica los intereses del Estado (1).

Todavía habría mucho más que hacer. No hay duda de que un menor de más de 16 años no tiene toda la libertad ni toda la reflexion de la edad madura, y por lo tanto, sería justo no castigarle tan severamente como al hombre formado, sobre todo cuando se trata de la pena de muerte (2), ó de penas perpétuas ó infamantes.

¿No sería también justo que hubiese excusas legales á favor de los sordo-mudos? (3) En verdad que no se puede por ménos de reconocer en éstos circunstancias atenuantes, pero sería mejor que la ley las determinase (4). El derecho consuetudinario anglo-sajon consideraba irresponsable al sordo-mudo, ménos quizá porque le reputase inocente, que porque no podía ser oido en su defensa (5). Hoy no existiría la misma pena, por lo ménos en igual grado, principalmente para los sordo-mudos que han recibido los beneficios de la instruccion, segun los métodos más ó ménos ingeniosos inventados por el génio de la filantropía.

II. La completa demencia ha sido considerada siempre como una excusa perentoria; pero si es fácil de reconocer el principio, su aplicacion ofrece cuestiones de hecho

(1) *Memoria sobre los Chinos*, t. IV, p. 157.

(2) Los Códigos de Parma, de los Estados romanos y de Nápoles, han entrado ya en este camino.

(3) El Código sueco los excusa cuando no ha sido capaz de apreciar la ilegalidad de la accion.

(4) Véase sobre la cuestion de la edad en el derecho penal un notable artículo de M. Ortolan, *Revue de legislation et jurisprudence*, 1843, t. I, 463.—El art. 66-69, 70, 71, C. pen.

(5) Si quis mutus vel surdus natus sit, ut peccata sua confiteri nequeat nec inficiari, emendet pater scelera ipsius. Houar, *Tratado sobre las costumbres anglo-normandas*, etc., 4 vol. en 4.^o, Paris, 1766, t. I, p. 92. Leyes de Alfredo.

y aún de derecho, en que es muy frecuente equivocarse.

En primer término, se puede muy bien ser engañado: la demencia puede ser fingida, ó exagerada siendo verdadera.

Por otra parte, ¿qué se entenderá por locura? ¿Los mismos hombres del arte tienen á la hora presente ideas bastante claras, hechos bastante numerosos y bien comprobados para que el legislador pueda proceder con acierto en esta materia? No vacilo en asegurar que no. Las observaciones y los razonamientos de los médicos y de los psicólogos sobre este asunto distan mucho de ser satisfactorios: la sinonimia de las palabras destinadas á caracterizar las diferentes enfermedades del espíritu acusa ya la imperfeccion de las clasificaciones, y quizá la de las observaciones y razonamientos que les sirven de base. Léanse los trabajos de los dos Pinel, los de Georget, de Esquirol, de Broussais, de Marc, etc., y se echará de ver muy pronto que la luz del análisis intelectual no ha disipado en estos autores la oscuridad en que está envuelta la cuestion fundamental.

¿No es ya esta ignorancia una poderosa razon para tratar con benevolencia al desgraciado que ha perdido el espíritu ó la libertad, y á veces el uno y la otra?

Indudablemente, hay grados en extension como en intensidad en estas enfermedades intelectuales y morales; pero ¿quién puede apreciarlos? ¿Y no debe la conciencia del juez precaverse, así contra la excesiva indulgencia como contra la severidad extremada? Mas, en caso de duda, ¿no es ésta ya una razon para equivocarse en sentido de la clemencia ántes que del rigor?

De cualquiera manera que sea, los jurisconsultos distinguèn hace tiempo el caso en que la locura ha precedido al crimen, de cuando es posterior á él (1).

En el primer caso hacen todavía la distincion de si el crimen se ha perpetrado en estado de locura ó en un intervalo lúcido.

Es claro que, si el estado de locura fuese habitual y notorio ántes del delito, hay la presuncion de que éste ha sido cometido en aquel estado; y si no hay pruebas contrarias suministradas por el que persigue el delito, debe declararse

(1) ¿No se podría preguntar en este caso, si el crimen era objeto de un primer acceso?

la inculpabilidad, y no há lugar á la aplicacion de ninguna pena, ni affictiva, ni infamante, ni pecuniaria.

Si se reconoce, por el contrario, que el delito ha sido cometido en un intervalo lúcido, es necesario distinguir todavía si los intervalos son más ó ménos sanos, más ó ménos distantes, ó más ó ménos largos, y si el delito está más ó ménos cercano al momento en que puede considerarse el grado más perfecto de lucidez. En todo caso habrá lugar á admitir una atenuacion en la culpabilidad, y por consiguiente en la pena, principalmente si los intervalos lúcidos no son ni muy frecuentes ni muy largos.

Las monomanías presentan otras dificultades, de las cuales no tenemos necesidad de ocuparnos. Diremos sólo que es menester no admitirlas con ligereza (1); que no se presumen, y que sólo pueden establecerse sobre un gran número de hechos morales y otros que concurren á mostrar con la última evidencia la ceguedad moral del agente ó la fatalidad de su accion. Deben igualmente examinarse el origen moral de este estado y su grado de intensidad; pero suponiendo que el individuo tocado de esta afeccion moral merezca reproche en la manera como, por decirlo así, se ha entregado ó abandonado á ella, ¿puede hacersele completamente responsable de los actos que no hubiera previsto, ó que, previéndolos, hubiera procurado constantemente evitar, hasta que, arrastrado en sus movimientos casi lo mismo que el hidrófobo, ejecuta maquinalmente un acto, cuya idea fija le sojuzga y tiraniza? No es esa nuestra opinion, aunque hubiera desaparecido el horror de este acto y se hubiera vuelto frenético su deseo. Este mismo frenesí es una parte de la enfermedad.

La manía homicida puede ser muy bien el resultado de un deseo culpable, largo tiempo alimentado en el secreto de la conciencia, y entónces ninguna muerte podría culparse en principio.

¿Pero es necesario castigar los deseos, los actos interiores, ocasionales ó lejanos, ó limitarse á aquellos que son mediata (pero con idea de la posibilidad y aún de la probabilidad de los actos) ó inmediatamente queridos? Somos de esta última opinion; porque no se es responsable sino de lo

(1) Consúltese sobre este punto á M. Elías Regnault, *De la competencia de los médicos*, etc.