

que se prevee y se quiere con conocimiento directo ó indirecto; porque, de lo contrario, hallaríanse el legislador y el juez en el peligro inminente de hacer entrar la moral en el derecho, y una moral por cierto muy severa; y en fin, porque hay algo misterioso para los hombres en esa relacion de las inclinaciones, de los deseos, etc., con los actos.

¿No se debe tener tambien en cuenta otro origen, posible algunas veces, de la manía homicida, del infanticidio, por ejemplo? Asalta á una madre la idea de matar á su hijo: al principio la horroriza y es violentamente afectada, rechazándola con espanto; pero la idea se le representa de nuevo; el horror será el mismo; la idea concluirá por convertirse en una obcecacion; la imaginacion quedará subyugada, resultando de ello una especie de fascinacion interior; la libertad desaparecerá casi por completo, y se consumará el infanticidio.

Si hay aquí causa próxima ó lejana, ¿no hay tambien enfermedad, ó una gran desgracia? ¿Y no sería demasiado duro aplicar en este caso el *máximum* de la pena?

¿Y qué diremos del fanatismo? ¿Deberá castigársele como si el juicio estuviera sano? No lo creemos, aunque el error sea imputable por muchos conceptos.

Los criminalistas distinguen todavía las épocas en que aparece la locura despues del delito. ¿Es ántes, durante ó despues de la instruccion, ántes del juicio ó despues del juicio? Ya se comprenderá toda la importancia de estas distinciones.

En general, no se puede castigar más que á un culpable, y nadie lo es hasta despues del juicio: por otra parte, no hay juicio posible sin instruccion, debates y, por consiguiente, defensa: si no pueden verificarse todos estos actos del procedimiento criminal, no hay condena posible. Es verdad que pueden suspenderse y reanudarse luégo en los intervalos lúcidos, pero esto es riguroso y no carece de peligros para la inocencia ó la salud intelectual del acusado. Lo mejor, más humano y más seguro, sería, por lo tanto, esperar una completa curacion. Sólo faltaría saber cuándo tenía lugar ésta; pero podría presumirse fácilmente, segun la naturaleza y la marcha ordinaria de la enfermedad, y consultando ademas á los hombres de ciencia.

Si la accion pública ó la pena debían prescribir, tampoco habría en esto una derogacion de los preceptos legales,

puesto que el derecho romano admitía con razon que el loco está bastante castigado con su misma locura: *furius furore ipso punitur*.

Pero si el condenado ha recobrado el buen juicio ántes de prescribir la pena, nadie duda que le puede ser aplicada, aunque sea la de muerte. Habría, sin embargo, excesivo rigor, si se aprovechase un momento lúcido para aplicar la pena de muerte, y sería bárbaro ejecutar á un hombre demente, como quería Rousseau de la Combe para el crimen de lesa-majestad (1). ¿Qué efecto moral se alcanzaría con semejante ejecucion? Sólo la compasion se apoderaría del público, y si pudiera despertarse otro sentimiento, sería el de la indignacion antes que el del terror.

Las legislaciones antiguas y las modernas han tenido para la demencia casi la misma equidad (2); pero la humanidad no ha sido en todas partes la misma. Ademas, no siempre se ha tenido la misma idea de la demencia, particularmente de esa demencia parcial que se conoce con el nombre de monomanía; demencia que reconoce la ciencia médica de nuestros dias y que ha sido admitida por la práctica jurídica. La locura es hoy mejor comprendida que otras veces, á pesar de lo mucho que resta todavía por conocer de ella para descorrer por completo el velo que cubre esta afliccion.

En una época en que las penas eran arbitrarias, el juez, como hoy el jurado en los países donde existe esta institucion, podía apreciar todas las circunstancias propias para reducir la culpabilidad, y, por lo tanto, la locura.

Los antiguos criminalistas habían querido tambien que, en caso de duda, la presuncion estuviese á favor del acusado (3); pero no se veía una afeccion moral en todas partes donde realmente la había. La medicina moderna, con sus observaciones y sus análisis, tiende claramente á hacer más equitativa la apreciacion de los delitos, dando á conocer

(1) Y como lo ordenó el sanguinario Enrique VIII, cuyo estatuto fué reproducido por los estatutos 1 y 2 de Felipe y de Maria, c. 10. Véase Blackstone, *Código crim. de Ingl.*, t. I, p. 21.

(2) L. 3, párr. 1., D., *De injuriis et fam. lib.*; *Constit. sicil.*, I, 13;—*Cód. prus.*, arts. 16 y 18;—*Cód. pen. de Austr.*, art. 2, párr. 1 y 2;—*Cód. ingl.*—J. Stephen, *Summary of the crim law*, c. 2, p. 8, t. I, ed. alem.—*Los Códigos de los Estados-Unidos*;—*Cód. de Nápoles*, de las penas y de las reglas, art. 61;—*Cód. del Brasil*, tit. 1, art. 3;—*Cód. pen. franc.*, art. 64.

(3) Farinacius, *quest.* 38, núm. 8.



cada día más la inmensa variedad de enajenaciones y sus numerosos grados (1).

III. Entre las excusas perentorias ó hechos justificativos ponían también los jurisconsultos el sonambulismo: *dor-miens furioso æquiparatur* (2). La ley romana compara al loco con un hombre sumido en el sueño (3): pero ¿compara al sonámbulo con el hombre demente ó con el que duerme un sueño tranquilo? Eso es lo que no vemos claro.

Carlo-Magno, en sus Capitulares, resolvió la cuestion afirmativamente: el sonámbulo homicida no sufría ninguna pena; era asimilado al niño ó al hombre demente (4).

La antigua jurisprudencia hacía distinciones: si el sonámbulo conocía su estado, y no se ponía en la imposibilidad de ejecutar un crimen haciéndose vigilar, era responsable de sus actos: lo era igualmente si ratificaba su acción criminal en estado de vigilia. Esta segunda hipótesis no ofrece ninguna dificultad; pero la primera sólo puede sostenerse excepcionalmente, es decir, en el caso en que el sonámbulo se creyera expuesto al peligro próximo de cometer un delito y pudiera tomar las precauciones necesarias para impedirlo. Pero además de que el sonámbulo no es siempre un gran señor que pueda tener á su lado un ayuda de cámara para espiar todos sus movimientos y vigilarlo, ¿no puede suceder que el crimen se conciba y cometa durante el estado de sonambulismo, ya voluntaria, ya accidentalmente?

(1) V. los tratados de medicina legal de Esquirol, Georget, Orfila-Guislain (holandés) y Stande (inglés). Sedillot en su *Manual*, p. 97-219, considera las pasiones violentas como estado de locura.—Packbuschius, J. F., *De homicida delirante ejusque criteriis et pœna*, Lips, 1723; Mittermaier, *De alienationibus mentis*, oratio dicta Heidelbergæ, 1825: disertación publicada en el diario (*Zeitschrift*) de Hitzig, núm. 10, página 394; Howitz, *Om affindighed og tilsegnelse, y Bidrag til psycologite og retsaeren* en el *Juridisk Tedskrift* de Oersted, t. VIII, núm. 1, 1824; y sobre todo la *Enciclopedia del derecho público*, en danés, en donde se encuentra una disertación de Schlegel sobre este punto, p. 549, vol. de 1825. Hállanse otras indicaciones bibliográficas preciosas sobre esta materia, como sobre todas las partes del derecho criminal, en J. M. F. Birbaum, *De peculiari ætatis nostræ jus criminale* reformandi studio, etc., Lovan., 1828. No hablamos de los *Archivos del derecho criminal* (en alem.), de M. Mittermaier, obra la más rica que existe en documentos de este género.

(2) Farin, *quest.* 98, núm. 76; Jul. Clar., q. 50, núm. 13.

(3) L. 2, párr. 3, D. *De jure codic.*; l. 1, párr. 3, D. *De acq. vel amitt. possess.*

(4) *Cap. si furiosus*. Extr., *De homicid.* vol. *vel casu*.

¿Por ventura la voluntad del sonámbulo es imputable al hombre despierto? Tal es la cuestión. Según las modernas observaciones sobre el estado de sonambulismo y sus afinidades con el sueño magnético, parece que los fenómenos del estado de vigilia y los del sueño forman como dos corrientes distintas, paralelas, que pueden ser muy diferentes la una de la otra, y entre las cuales no establece lazo alguno la memoria, á diferencia de los ensueños en el estado de sueño ordinario. Si así fuera, como todo lo hace creer, no se podría castigar en el hombre despierto los crímenes cometidos por el sonámbulo.

Pero compréndese también cuán delicada es la aplicación de este principio, y cuán difícil sería probar que un criminal no se hallaba en el estado de sonambulismo. ¿Qué testimonios invocan? ¿Los de la familia; los de los amigos? Estos serían favorables ó nulos. Y por otra parte, ¿se podrían invocar con otro título que con el de simples referencias? ¿Y qué se iba á decidir con tan débiles pruebas?

Corrpondería, pues, al acusado probar que se hallaba en estado de sonambulismo. Él puede afirmarlo; ¿pero cómo lo probará, á menos que sea notorio á todo el mundo que se halla sujeto á esta especie de enfermedad? ¿Y no podría también haber concebido y cometido su crimen simulando su estado habitual?

En vista de tan serias dificultades compréndese: 1.º que el Código penal francés no haya querido establecer una presunción en favor del culpable en estado de sonambulismo; 2.º que haya guardado en este punto un completo silencio, puesto que en todo caso el acusado que se dice sonámbulo está obligado á probar que se hallaba en ese estado cuando cometió el crimen.

Aun suponiendo que no haya relación, mediante la memoria, entre los estados de sonambulismo y los de vigilia, ¿no hay otros que conservan las ideas, los sentimientos y las pasiones, y que permiten considerar al criminal sonámbulo como participando de los sentimientos que experimenta en el estado de vigilia, y por consiguiente, como continuando hasta cierto punto este mismo estado? En otros términos: es posible que no se sepa en el estado de vigilia lo que pasa en el estado de sonambulismo; pero la recíproca no es probable: se reconoce en psicología que la imaginación, aún en los sueños en general, no inventa ninguna



percepcion, y que sólo reproduce, modifica y combina las percepciones de la vigilia. La vida intelectual del sonámbulo, no puede ser, por lo tanto, otra cosa que la del mismo hombre en el estado de vigilia con modificaciones más ó ménos considerables. ¿Quién creería, por ejemplo, que un individuo que tuviese un enemigo á quien profesara un odio mortal, sería tan poco culpable, si llegara á matarle en estado de sonambulismo, como si no le hubiera conocido jamás, ignorase su paradero, etc.?

Todo lo que se podría alegar en su descargo, es que no había gozado de plena libertad y que tiene derecho á alguna indulgencia.

IV. Montesquieu ha hecho observar muy bien que el uso de bebidas embriagadoras no es igualmente imperioso, ni igualmente peligroso en todas partes, y que si la ley castiga la borrachera y áun la embriaguez voluntaria, hay razones para que la pena varíe con los climas y los usos de los países.

También las hay para que sea castigada con más ó ménos severidad en un mismo país. Es más reprehensible embriagarse si se pueden comprometer en este estado otros intereses que los suyos propios, y principalmente cuando se han solicitado funciones que hacen al individuo responsable en más alto grado de la gestion de los intereses ajenos. No debe, pues, extrañar que la más leve sospecha de intemperancia, fuese obstáculo suficiente para la admision de un arconte en el seno del Areópago, y que otro arconte, sorprendido en público en estado de embriaguez, fuese condenado á muerte (1), por más que la pena hubiera sido excesiva.

Sin embargo, la embriaguez no es más que una falta contra la moral y una ocasion propiamente dicha de delito, no siendo por lo tanto penable más que, á lo sumo, con una pena de simple policia.

Los antiguos jurisconsultos no estaban de acuerdo sobre si la embriaguez debía excusar ó no. Algunos filósofos, tales como Aristóteles, precedido en esto por Pittacus, rey de Corinto, y seguido por legisladores y criminalistas modernos, llegan hasta decir que hay una doble culpabilidad

(1) Athen., lib. XIV; id. X; Plutarco, Vida de Solon.

en los delitos cometidos en estado de embriaguez: la falta de haberse puesto en ese estado, y por consiguiente, el haber querido implícitamente el acto culpable derivado de él, y la falta de haberlo realmente cometido.

Esta es una decision que no sería justa ni áun bajo el punto de vista puramente moral. Indudablemente el que se embriaga sin tener la intencion de cometer un crimen y sin embargo tiene la desgracia de cometerlo despues de haber perdido la razon, es apénas culpable de haberse expuesto á ello sin haberlo previsto ni querido: de otra suerte sería menester castigar al borracho por todos los crímenes que podría cometer en aquel estado.

La ley romana, que veía en la embriaguez una circunstancia atenuante (1), era, pues, más razonable que el edicto de Carlos V (2) que castigaba doblemente el delito de un hombre borracho, como querían Aristóteles y Balde.

Francisco I fué tambien muy severo contra la embriaguez (3), ordenando que, si alguien cometía un crimen en ese estado, se le impusiera la pena correspondiente al delito, y además por razon de la embriaguez se dejaba al arbitrio (4) del juez (5).

Segun esta misma ordenanza, la embriaguez que no iba seguida de ningun otro delito, era castigada en sí, no ya al arbitrio del juez, sino con penas determinadas en dicha ordenanza (6).

(1) L. 6, §. Qui se vulner., D., De re militari; L. 2, D., De penis; L. 12, Cod., De custod. et exh. reor.

(2) Año 1531; Damhonderius, Prat. crim., c. 84, núm. 20.

(3) Orden del 31 de Agosto de 1536, c. 3, art. 1.

(4) A imitacion de los criminalistas de los siglos XVII y XVIII se podría conservar á la palabra arbitrio el sentido de apreciacion concienzuda ó de poder discrecional del juez, aunque no se trate de fallar entre intereses opuestos ó en materia de policia. La palabra arbitrario no es muy propia para expresar esta idea.

(5) Filangieri, que dista mucho de ser cruel, quiere tambien que el crimen cometido en estado de embriaguez, sea doblemente castigado, lib. III, part. 5, c. 13. Scienza della legisl.

(6) «Al que se encuentre borracho, sea inmediatamente detenido y preso á pan y agua por primera vez; si fuere cogido por segunda, además de la pena anterior, se se le dará de palos en la cárcel, y á la tercera, será azotado públicamente, y si fuese incorregible, se le castigará con la amputacion de una oreja, con la pena de infamia y de destierro. Y si despues de esto es enviado á los jueces, cada uno en su territorio y distrito debe vigilarle diligentemente.» V. Teoria del cod. pen., t. I, y p. 514, por MM. Chauveau y Helie.



En Inglaterra la embriaguez es castigada con multa; y si en este estado se comete algun delito, se considera como circunstancia agravante. Un hombre borracho, dice Ed. Coke, es un demonio voluntario, responsable de todo el mal que pueda hacer en el calor del vino (1).

La ley romana era, pues, más sabia que estas leyes modernas. El Código austriaco decide que «ninguna accion u omision constituye delito cuando el autor se halla en plena embriaguez, á no ser que se haya puesto en él con la intencion directa de cometer el delito, ó cuando tienen lugar otras perturbaciones de los sentidos durante las cuales no es dueño de su accion (2).

Esta excepcion, prevista ya por los antiguos jurisconsultos, me parece poco razonable en la manera de concebirla: supone, por una parte, que es completa la embriaguez, y por otra, que la presencia de ánimo es bastante grande para que el proyecto concebido ántes de la borrachera persista en el espíritu y vaya seguido de la ejecucion. La hipótesis nos parece tan contradictoria como mal fundada la excepcion, porque el hombre que trata de emborracharse y quiere hacerlo hasta el punto de perder la razon, no hace más que concebir y preparar un crimen, cuya ejecucion no ha comenzado todavía, además de que por ese medio se dispone á olvidarlo ó á que le falte la accion, y por lo tanto, á no ejecutarla. Si pues hay voluntaria y completa embriaguez y tiene lugar el crimen, ya sea consumado, frustrado ó interrumpido, el autor de tal atentado ó de tal crimen no debiera ser castigado—si podía serlo por este concepto—sino como habiendo concebido y preparado el crimen. Si ha hecho algo más, se reconoce por la hipótesis que es en un estado de completa borrachera, y en este caso no hay delito intencional sino simplemente delito material.

Reconocemos que los criminales que se embriagan ántes

(1) *Código crim. de Ingl.*, Blackst., t. I, p. 22; J. Steph., *Summary of the criminal law*, 1834, t. I, p. 10, de la traduccion alemana que seguimos. La embriaguez es castigada con una multa por la ley sueca, *Rev. de legisl.* de M. Foelix, t. I, p. 334. Lo es igualmente, y con una multa bastante fuerte, en los cantones de Uri y Unterwald. Castigase allí con la misma pena á los que inducen á otros á beber con exceso y á los taberneros en cuya casa se emborrachan, id., II, 90. En Rusia el que es sorprendido en estado de embriaguez, se le condena á una multa y á barrer las calles. (Ivan Golovine, *La Rusia bajo Nicolás I.*)

(2) *Cód. austr.*, part. I, secc. I, cap. I, art. 2, trad. de M. Foucher.

de cometer un atentado, lo hacen más bien para enardecerse y aturdirse en el peligro, y para alegar más tarde su estado como una excusa, que para ponerse en la imposibilidad de ejecutar su designio. Lo perderian todo si extremasen su estado de embriaguez, porque se expondrían sin esperanza de éxito ni de salvacion, y por el contrario, no podrían hacer cosa mejor si quisieran distraerse de la idea tentadora del crimen: este sería un medio de ponerse fuera de toda condicion para ejecutarlo y aún de pensar en él.

Si la embriaguez no es completa, si sólo ha sido producida en un grado propio para dar el valor y las fuerzas necesarias para dominar la debilidad ó la emocion que acompañarian al estado ordinario, entónces la excepcion sólo presenta un sentido, y el culpable se hace acreedor á toda la pena, si no militan en su favor otras circunstancias. Entónces tienen razon Aristóteles (1), Quintiliano (2), las leyes de Carlos V y de Francisco I, los estatutos de Inglaterra, el Código penal austriaco en su excepcion y el de la Georgia, en el sentido de que la pena debe ser la misma que si no hubiese tenido lugar la embriaguez voluntaria; pero no tienen razon los que quieren que sea mayor esta pena, ó que sólo quieren aplicarla á los delitos atroces (3).

Los que se declaran por esta última distincion, apártanse aún de la verdad cuando la embriaguez es involuntaria é incompleta, sobre todo cuando es ocasionada accidentalmente, por sorpresa (4), y no es explotada para un fin criminal. Es claro que entónces las circunstancias atenúan la falta, y esta atenuacion es independiente de la naturaleza del crimen, mirando sólo al estado del agente, sea lo que quiera lo que pudiera hacer.

La embriaguez, pues, no puede ser un motivo de excusa sino en los casos en que sea voluntaria y completa, ó cuando, sin ser completa, haya sido involuntaria, pero sin premeditacion del crimen cometido. Si hay la costumbre del crimen en el estado de embriaguez, este estado involuntario es ménos excusable si el hábito mismo de los alcoholes, la tiranía de este hábito y la progresion perdida de la fuerza

(1) *Ética*, I, 34.

(2) *Inst. or.*, VII, 1.

(3) *Muy. de Vougl.*, p. 15.

(4) Como lo ha previsto el *Código de Georgia*, 1.<sup>a</sup> div., secc. 9.



intelectual necesaria para resistir á ella, no forman una compensación suficiente á lo que hay de agravante en esta circunstancia.

De cualquier manera que sea, el Código brasileño exige, para que haya circunstancia atenuante en la embriaguez: 1.º que el delincuente, ántes de ponerse en este estado, no haya concebido el proyecto del crimen; 2.º que no se haya embriagado para animarse á la perpetración del mismo; 3.º que en el estado de embriaguez no haya hábitos criminales (1).

Hay posiciones en que la embriaguez puede ser considerada como una contravención, á causa de los peligros á que expone, por ejemplo, en los marinos. Así pues, leyes especiales pueden castigar con razón la embriaguez en los casos previstos, como lo hizo la ley francesa del 22 de Agosto de 1790 (art. 18).

El hecho de la embriaguez, la manera cómo ha sido ocasionada, su grado y su influencia, todo esto se tiene en cuenta en la apreciación de los hechos.

Pero al que alega la embriaguez corresponde probarla, como todas las demás excusas; y sólo se exceptúan los casos en que es contraria la presunción natural, como por ejemplo, si se trata de un hombre notoriamente conocido por loco.

V. La *violencia física* que hace de nuestro cuerpo, de nuestros miembros, á pesar de todos los esfuerzos de resistencia de que seamos capaces, un instrumento de delito nos pone á cubierto de toda responsabilidad, puesto que no hay acción libre de nuestra parte. Hemos empleado, por el contrario, todas nuestras fuerzas para prevenir el delito, y no somos, por lo tanto, más responsables en este caso, que quien procura impedirlo sin poder.

Però es raro que un malhechor se sirva así de un brazo ajeno para cometer un crimen: esto sería malgastar sus fuerzas y arriesgar el éxito asegurando el castigo.

La coacción moral es mucho más frecuente: se ejerce sobre la voluntad por el temor, la autoridad ó el respeto, ó por la inminencia de un gran peligro. De aquí lo que se llama *jus necessitatis*.

En moral reconócese que el temor, por grande que sea,

(1) Trad. de M. Foucher, p. 12.

no es un motivo suficiente para hacer el mal, y fuerza es convenir en que el derecho estricto no se inspira en otro principio, y que la injusticia no pierde nada de su carácter por haber sido cometida bajo la presión de un grande y poderoso peligro.

Sin embargo, los legisladores, teniendo en cuenta la debilidad de la mayoría de los hombres, han estado generalmente conformes en que, si el temor es de tal naturaleza que puede quebrantar un gran valor, si se trata de evitar por medio de un delito un gran mal físico y moral, como la pérdida de la vida, de la libertad, de un miembro, del honor y á veces de los bienes, puede haber en esto excusa completa ó parcial. Pero es necesario que el peligro sea además inminente, que no pueda evitarse de otra manera, ya oponiendo la resistencia personal, ya invocando el apoyo de una fuerza extraña, ya dilatando la ejecución (1).

Si se tratase de cometer un homicidio mandado bajo pena de la vida, sería ménos malo, siendo las dos cosas iguales, matar al que impusiera semejante crimen, que poner la mano homicida sobre un inocente (2), á ménos que quien manda el crimen sea un personaje muy útil al Estado; pero entónces debe uno abstenerse, aunque se pague con la misma vida la abstención.

Quien alega la violencia está obligado á probarla, y en el caso en que no tenga ningún testimonio que aducir, los jueces deben examinar atentamente los hechos y ver si suficientes presunciones no permiten usar de indulgencia. La ordenanza de Carlos V, art. 143, traza sobre este punto muy prudentes reglas (3).

Nuestra antigua jurisprudencia no admitía en principio excusa perentoria por causa de coacción en caso de homicidio; pero si la coacción era suficientemente probada y reunía los caracteres exigidos para excusar, el príncipe concedía el indulto (4).

(1) L. 184. D., *De reg. jur.*; L. 6, D., *Quod metus causa gest.*; L. 6, eod. tit.; L. 13, c., *De transact.*; L. *Si quis*, 49, pár. fin., D., ad. leg. Aq.; L. 9, l., *De his que vi metu*, etc.; L. 45, par. 4, D., ad. leg. Aq.; L. 4, par. 1; L. 5, D., ad. leg. Aq.; L. *Scientiam*, 45, D., par. *penult. ad leg. Aq.*; L. 3, D., *De vi et vi armata*

(2) Esta es la opinión de Blackstone, *Com.*, t. I, p. 25.

(3) V. *Muy de Vougl.*, p. 33.

(4) *Id.*, p. 84. V. también Jousse, t. II, p. 625-627.