

Nuestro código penal no busca este rodeo; según él, la coacción es una excusa perentoria (1).

No son ménos positivas en este punto la mayor parte de las legislaciones modernas (2), las cuales indican las circunstancias que dan á la coacción el carácter de excusa legal. Es justo no sujetarse al punto de vista absoluto ó abstracto que parece haber sido el único de las antiguas leyes. Es necesario también tener en cuenta el sexo, el carácter, y en una palabra, las disposiciones particulares de la persona sometida al miedo. Puede, por lo tanto, considerarse el artículo 1.112, párr. 2.º del Código Napoleón, como una explicación del art. 64 del código penal francés.

Se debe también comparar la naturaleza del delito cometido, su gravedad, con la naturaleza y el grado del daño que el agente ha querido evitar. Esta comparación es muy importante, y ha podido conducir al agente á la idea y quizá á la intención de cometer fácilmente un mal menor para evitar otro más grande: puede también dar al delito un carácter extraordinario de gravedad, por ejemplo, si bajo pretexto de que un noble ó un militar no pueden huir sin deshonorarse, uno y otro fueran más excusables al ceder á esa especie de temor, convirtiéndose en criminales por no parecer cobardes, que al permanecer inocentes huyendo del peligro. No podemos, pues, aceptar la opinión de un criminalista del último siglo sobre esta alternativa (3). Si se quería hacer al militar y al hidalgo esclavos de un deber, habría sido preferible someterles á la justicia con peligro de su propia vida, que á la opinión con peligro de la vida ajena.

Las necesidades y los deberes del servicio militar han hecho preguntar si el soldado no debería ejecutar pasiva y ciegamente las órdenes de su jefe, cualesquiera que fuesen, haciendo recaer sobre éste toda la responsabilidad legal y moral.

Es una especie de fanatismo el pretender que el principio de la obediencia gerárquica no puede nunca tener excepción. Hay casos tan evidentemente inmorales é injustos, que la orden, aunque feuse dada por un ángel, debiera pasar me-

(5) Art. 64.

(6) Tales son las leyes de Inglaterra, de Austria y de los Estados Unidos.

(1) *Muy. de Vougl.*, p. 33.

yor como un delirio ó una alucinación que obligar á los hombres en contra de su conciencia. Un jefe militar puede además, salirse de la esfera de sus atribuciones, apartarse de tal modo de sus deberes que sea manifiestamente, ó un insensato, ó un malvado, ó un traidor. Hay, pues, un límite á la más absoluta obediencia militar: tal es la evidente infracción de la ley que la autoridad militar tiene el deber de respetar, sometiéndose á ella de una manera ejemplar. La decisión de Grotius, de Benjamin Constant, de Rossi y otros que no admiten la absoluta obediencia pasiva, nos parece preferible á la de San Agustín que sostenía lo contrario (1).

Lo mismo debe decidirse, y con mayor razón, por la superioridad intelectual de los inferiores, y por no ser en este caso tan necesaria la obediencia, en las relaciones de la autoridad civil ó religiosa con los subordinados (2).

Sin embargo, como la ley no puede conspirar ni delirar, y como importa que no pueda ser juzgada ni por los ciudadanos ni por los magistrados, nadie puede ser culpable jurídicamente haciendo lo que ella manda. No sucede lo mismo bajo el punto de vista moral. Empero la inmoralidad de la ley no se presume, sino todo lo contrario.

Los ordenanzas de los príncipes, que no poseen por sí solos el poder legislativo, las disposiciones administrativas y los fallos de los tribunales, deben también reputarse moralmente justos, y jurídicamente irreprochable al individuo que á ellos se somete.

Mientras más desciende la autoridad, más se debilita; porque descendiendo se expone á perder cada vez más su imparcialidad é inspiración; y los intereses que protege y los derechos que hace valer van también decayendo: hé aquí por qué los abusos de autoridad del padre, del marido y del señor son excusas ménos poderosas que los del jefe militar ó del soberano. Esto sucede particularmente con la autoridad del señor: el servidor, en los países civilizados, no es ya el esclavo de los tiempos y de los países bárbaros: el poder del señor no se parece hoy en nada al que ejercía

(1) V. Grot., *Del derecho de la guerra*, etc., lib. II, c. 16, párr. 4; Benjamin Constant, *Curso de política constitucional*; Rossi, *Tratado de derecho penal*.

(2) Sin duda, por esta razón, es muy indulgente la ley inglesa con la mujer que delinque en presencia de su marido. (J. Stephen, *Summary of the criminal law*, t. I, p. 11.)

en las sociedades esclavistas. Al doméstico, pues, no puede excusarle más que á un extraño la coaccion moral de parte de sus señores.

Bajo el régimen feudal, un estatuto de Casimiro el Grande, rey de Polonia, había decidido que nadie pudiese alegar la orden de su señor para justificarse de su crimen (1).

En caso de duda de parte del inferior, del subordinado, debe presumirse que las órdenes del superior son legítimas, en cuyo punto ha enmendado con razon Barbeyrac á Grotius.

En las épocas ó en las paises en que la autoridad paterna, marital, heril, señorial, etc., tiene un carácter de omnipotencia y de brutalidad, que no pòsee ya allí donde se estima en algo la personalidad humana, la excusa debe admitirse más fácilmente. Es necesario tener en cuenta tambien la edad, la instruccion, la posicion relativa, y, en una palabra, todo aquello que puede hacer la voluntad del que manda más imponente para el que obedece. Estas consideraciones explican suficientemente la excesiva facilidad con que los antiguos echaban las faltas de los hijos sobre los padres que les habían mandado, las de las mujeres sobre los maridos y las de los esclavos sobre sus señores. Este era un modo de separar en parte la extrema severidad y aun la injusticia de la constitucion de la familia y de la sociedad.

Es necesario no confundir la coaccion física, tal como la hemos definido al comienzo de este párrafo, con la fuerza mayor ejercida por las cosas inanimadas, ó por los seres vivos. Aquí puede mezclarse el acto del hombre; pero si no existe la intencion de dañar, en vano se considerará perjudicial este acto, ni se le podrá imponer pena como no sea alguna de policia, si ha habido imprudencia. La reparacion del perjuicio no es una pena propiamente dicha.

La extrema necesidad de comer ó de vestir no puede compararse á un caso de fuerza mayor ó de violencia: en aquélla todo es intenso y personal. El que, obligado por necesidades de esta indole, comete un robo, puede ser más ó ménos disculpable, pero no es inocente (2).

(1) Estatuto Vislica de 1347.
(2) El Código sueco declara inocente al que para evitar un gran peligro, se apodera de los bienes ajenos. La ley inglesa es ménos indulgente

Puffendorf y Grotius han confundido la moral con el derecho, sosteniendo que había en este caso excusa jurídica. La razon que dan para ello, suponiendo que en tal caso hay un retroceso forzado á la comunidad primitiva, es una vanaficcion. Aun admitiendo que esta comunidad haya existido, ya no existe, y cada uno ha recibido la parte que le corresponde, no habiendo podido hacer ninguna condicional reserva sobre los bienes de otro. Como observa Blackstone, Ciceron tenía más elevado sentimiento del derecho, cuando decidía que cada uno debe soportar sus males ántes que atentar á la felicidad ajena (1). Como lo ha reconocido formalmente la ley inglesa (2), esto sería una violacion del derecho: lo que no impide que se admitan circunstancias atenuantes en tales casos (3).

VI. En el número de las excusas perentorias debe figurar tambien la necesaria y legítima defensa propia y ajena (4). Es necesaria, cuando no se puede recurrir á la fuerza pública ó á una fuerza extraña cualquiera para rechazar la violencia, y es legítima, cuando es proporciónada al ataque; lo es tambien por el mero hecho de ser motivada por la necesidad.

La propia y la ajena defensa, para excusar un delito que haya hecho necesario, está sujeta á las mismas condiciones que se exigen en el caso en que el delito se haya cometido bajo la influencia del miedo.

Muchas legislaciones extranjeras han comprendido que la defensa enérgica y violenta que se hace en beneficio de un niño, de una mujer, ó en general, de una persona débil absoluta ó relativamente, no es ménos digna de excusa que la hecha para protegerse á sí mismo. Los excesos del egoísmo son, en efecto, ménos temibles en el primer caso que en el segundo, y es más presumible que la defensa ajena se

(J. Stephen, *Summary of the crim. law*, t. I, p. 12); pero supone el jurado y las circunstancias atenuantes.

(1) *Suum cuique incommodum ferendum est potius quam de alterius commodis detrahendum* (*De off.*, lib. III, c. 5).
(2) *Blachst.*, p. 26 y 27;—Carlo Magno en sus Capitulares somete en este caso al ladron á un ayuno de tres semanas; cap. 3, *De furtis*.
(3) El Código del Brasil admite como hecho justificativo el crimen cometido resistiendo á la ejecucion de órdenes ilegales: part. I, art. 15, pár. 5.
(4) V. sobre el derecho de defensa en general á Fr. Jac. Goebel, *Dissertatio inauguralis jurídica de legitima sui defensione*, 1824.

ha hecho por razones fundadas y que no ha excedido los límites de las exigencias naturales. Así, el Código brasileño pone en el número de los crímenes justificables aquellos que se cometen, no sólo para la defensa de la propia persona ó de sus derechos, sino también los cometidos en defensa de la familia del delincuente ó de un tercero (1).

VII. Con la misma razón se ha puesto en el número de las excusas perentorias el perjuicio material que resulta para el culpable del cumplimiento de un deber. El caso es tan sencillo que no admite ninguna duda. Pero si el mal ocasionado por la ejecución obligatoria de una ley penal es mayor que el que ha querido el legislador, entónces se hacen culpables el juez ó el poder ejecutivo, porque abusan de un derecho ó de una misión que la sociedad les confía, para cometer un acto, tanto más reprehensible, cuanto que agrava un mal que la ley ha impuesto á pesar suyo. No exajera Bason cuando dice que el juez más severo que la ley es un verdugo. ¿Qué, será, pues, el verdugo más severo que la sentencia criminal?

VIII. La ignorancia de la ley es una excusa perentoria en ciertas legislaciones cuando el acusado puede probar que en efecto no la conocía, y no se halla por otra parte obligado á conocerla. En este caso, aún cuando la excusa no se hallara establecida por la ley, estaría seguramente en su espíritu, porque la ley, por regla general, no puede querer nada que no sea equitativo.

Así, á pesar de la presunción, muy justa en principio, de que nadie está excusado de conocer la ley, presunción muy justa igualmente de hecho cuando el legislador toma todas las precauciones necesarias para que la ley llegue á conocimiento de todos aquellos á quienes interesa; á pesar de esta presunción, repetimos, hay excepciones posibles: esto es lo que indica ya la misma palabra presunción, puesto que da á entender que el conocimiento de la ley sólo es de una universalidad moral, dejando el cuidado de probar su ignorancia de ella á aquel que la alega. Para que esta prueba pueda ser admitida, es necesario, en primer lugar, que

(1) Part. 1, art. 14. Exige que haya certeza del mal, falta absoluta de otros medios menos perjudiciales, y que no haya habido provocación por parte del protegido ó del protector. V. También el nuevo Código penal del canton de Vaud.

la ley tenga cierto carácter de arbitraria ó circunstancial que no pueda ser suplido por el sentimiento universal de lo justo; y es necesario además que, quien pretenda haber ignorado esta ley establecida, pruebe que, por las circunstancias excepcionales en que se ha encontrado, no podía conocerla: por ejemplo, si es extranjero y ha llegado al país hace poco tiempo, ó si, siendo del país, acaba de volver á él (1).

IX. La *coartada*, en fin, considerada por muchos jurisconsultos como una excusa perentoria, es más bien la prueba de que no hay acusación posible ó que se halla completamente destituida de fundamento. Así, todos convienen en que, á diferencia de la mayor parte de las precedentes excusas, la *coartada* no admite grados.

Es necesario observar para concluir, que la edad, la demencia, la embriaguez y la propia defensa no tienen nada de absoluto sino en las palabras, y que estos hechos que son justificativos cuando llegan á cierto grado, sólo son circunstancias atenuantes cuando no alcanzan á él. Así, por ejemplo, propone con razón M. Ortolan que no se impute ningún delito á un niño que no haya cumplido siete años; que se plantee la cuestión de discernimiento en el menor de siete á diez y seis años, y en caso afirmativo, que se le aplique la pena en el grado *minimum*; que se impute el delito, — pero siempre con circunstancias atenuantes, — al culpable de diez y seis á veintiun años, y que, pasada esta edad, no se tengan ya consideraciones de esta naturaleza. Pero por juiciosa que sea esta gradación, no es, sin embargo, más que una cuestión de necesidad cuando se pasa de una edad á otra. Es evidente que el niño de siete años justos no tiene ménos discernimiento que tendrá veinticuatro horas después, y sin embargo, su delito quedaría impune en el primer caso, mientras que se le podría imponer una pena mayor ó menor en el segundo. Quizá no sería bastante el permitir al juez que rebajase la pena en un solo grado; pero por grande que sea la latitud que se le deje, habrá siempre una enorme diferencia, no muy conforme con los hechos, entre la absoluta impunidad y una pena cualquiera. A no ser que se amplíen considerablemente las facultades del juez, no se

(1) Ley inglesa, J. Stephen, *ob. cit.*, t. I, p. 12.

puede evitar una cierta arbitrariedad. Más vale que el niño permanezca sujeto á la ley y espere indulgencia, que dejarle á disposición del juez que podría abusar sistemáticamente al ménos.

«Ninguna persecucion debiera emprenderse contra un niño menor de doce años: hasta esta edad su padre debía ser su único juez soberano. No es conveniente el contacto de la primera infancia con la justicia penal. Desde esta edad hasta los diez y ocho años debiera imponérseles simples correcciones, y cuando el juez creyera reconocer discernimiento, una detencion más ó ménos larga, que pudiera convertirse en traslacion á uno de esos establecimientos agrícolas, cuya fundacion ha sido un beneficio para la humanidad, al propio tiempo que un medio dado á la ley penal de medir y moderar la severidad de las penas para con la infancia.

ODIL BARROT.»

(Memoria sobre el Derecho penal, de M. Roast.)

Independientemente de ciertos hechos justificativos que establecen la no culpabilidad del individuo, hay, segun algunas legislaciones, otros que sin destruir la culpabilidad, la excusan total ó parcialmente: tal es el caso de los artículos 321, 324, 325, 108, 114, 138 y 190 del Código penal francés. Conviene no confundir esta clase de hechos con los que, teniendo la virtud de atennar la falta así como la pena, no son, sin embargo, previstos por la ley, y que por lo mismo que se dejan á la apreciacion facultativa del jurado, pueden no ser tomados en consideracion por él. Las excusas previstas por la ley son por el contrario de derecho, y deben ser explícitamente sometidas á la apreciacion del juez de hecho (1).

El sentimiento y la razon nos llevan á apreciar los grados de gravedad de los delitos. La ira y la venganza, aunque ciegas, presentan intensidades diversas segun la gravedad de la ofensa. Sólo una falsa y sistemática preocupacion puede conducirnos á apreciar de igual manera todos los delitos. Dracon se apartaba así de la razon como de

(1) V. sobre la diferencia entre las excusas y las circunstancias atenuantes á Boitard. *Lecciones sobre el Código penal*, p. 232.

sentimiento cuando decía que todos los delitos eran iguales é igualmente dignos de muerte, porque todos eran transgresiones de la ley. Es verdad que esto no es más que un concepto aislado, abstracto, comun á todos los delitos, pero que lógicamente sólo puede dar origen á la pena como pena, y de ninguna manera á su cualidad ni á su intensidad.

Así como no hay infraccion que sea meramente una infraccion, no hay tampoco pena que sea simple pena. Así como toda violacion de la ley es tal ó cual, de la misma suerte la pena debe ser ésta ó aquélla, es decir, de un cierto grado entre otros muchos.

Para evitar el error bastaría, pues, seguir la proporcion natural entre el delito y la pena. Dracon se inspira en una vana abstraccion al considerar el delito. Pero era necesario que la pena fuese determinada, y aquí incurrió en una doble falta de lógica, en la eleccion no motivada de una pena particular y en la intensidad que le dió. ¿Por qué, en efecto, elegir una pena aflictiva más bien que una puramente infamante ó pecuniaria? ¿Y por qué entre las penas aflictivas ha de preferir la de muerte á otra del mismo género?

Sin partir de un principio sistemático y falso, los primeros legisladores, principalmente cuando la ley era determinada por su capricho, no han tenido en cuenta, sin embargo, todas las circunstancias que agravan ó atenúan la falta. Este vicio tiende al arrebató del pensamiento, á la pereza del espíritu, á la impotencia de analizar y clasificar y á la relajacion del sentimiento moral.

Así, á medida que se desarrolla la inteligencia, y el sentimiento adquiere más delicadeza y precision, se perfecciona la teoría de las circunstancias.

Pero la historia comparada de las legislaciones criminales ofrece en este punto un hecho digno de notarse, á saber: que el espíritu del legislador una vez colocado en el camino de las distinciones, las lleva demasiado léjos en la especulacion y en la misma ley, sin preocuparse mucho de las dificultades que puedan ofrecerse al juez para retener, y sobre todo para aplicar todas esas minuciosas aunque verdaderas disposiciones. Sucédele aquí lo mismo que en la teoría de las pruebas: distingue sin fin ni medida; pero en la práctica apercíbese tarde ó temprano de que estas distinciones son de difícil aplicacion; que es por consecuencia inútil prescribirla, y que está sujeta al grave inconveniente

de encerrar al juez en un laberinto legal de donde apenas puede salir, de multiplicar los puntos de vista de que debe dar cuenta en sus fallos, y de aumentar, por lo tanto, el número de los recursos de casacion, etc. Despues de haber establecido sobre este punto una legislacion muy circunstanciada, vuelve, obligado por el buen sentido, á leyes mucho más sencillas, y concede más á las luces naturales y á la conciencia del juez. Si es de la opinion de Bacon, que la mejor ley es la que deja ménos al arbitrio del juez (1), sabe distinguir los casos en que debe reglamentar los actos y los pensamientos del juez, de aquellos otros en que este rigor ofreciera más inconvenientes que ventajas.

Nosotros asimilamos ahora la teoría desarrollada de las circunstancias atenuantes á la de las pruebas, y podríamos asimilarla también á la de las heridas, que fué llevada demasiado léjos por las legislaciones bárbaras de la Edad Media. El buen sentido moderno ha prescindido de ese gran número de distinciones con frecuencia arbitrarias, haciendo lo mismo con la teoría de las pruebas creada por los jurisconsultos escolásticos de los siglos siguientes, así como con la de las circunstancias, casi contemporáneas de las pruebas. Únicamente los códigos de los pueblos que se hallan todavía en el siglo XVI, tal como el de Rusia, contienen detalles considerados inútiles por las naciones más adelantadas (2).

Y al decir inútiles, me refiero á las leyes, no á la doctrina, y en este concepto la sencillez de las doctrinas de nuestros libros criminales es quizá censurable, porque es excesiva y porque tiende á destruir la ciencia. En efecto, evitando por pereza ó por indiferencia los detalles escolásticos, retrocedemos insensiblemente á la ignorante sencillez de la barbarie. El juez y el jurisconsulto deben haber penetrado todas estas distinciones; no debe serles desconocido ningun punto de vista, y han de meditarlos todos á fin de aplicar más seguramente las sencillas y fecundas disposiciones de una ley, inspirada toda ella en el buen sentido.

No podemos resignarnos á ser cómplices de esta igno-

(1) *Optima est lex quæ minimum arbitrio judicis relinquit.*

(2) El Código del gran ducado de Bâden, redactado segun las inspiraciones de una gran doctrina, contiene muchos detalles concernientes á la imputabilidad, art. 72-87.

rancia sistemática de ciertas teorías de una incontestable utilidad en la doctrina, si es que no en las leyes. Se nos perdonará, pues, que entremos en detalles á semejanza de los legisladores y jurisconsultos. Mientras más detallada es una ciencia, más completa es y más cerca se halla de la perfeccion, cuando por otra parte no carece de puntos de vista generales, de principios y de lazos sistemáticos.

Esta profundidad de detalles, sistemáticamente enlazados, es por lo tanto, una superioridad en la doctrina para una época dada; pero no es quizá una inferioridad el no haber comprendido que estos detalles, que esta ciencia, no deben salir de los libros que los enseñan, ni penetrar en las leyes. El legislador no enseña, sino que reglamenta, manda y prohíbe con amenazas.

Ademas, cuando los detalles no son abstractos, cuando se refieren á casos perfectamente circunstanciados, su aplicacion es muy fácil. ¿Qué hay, en efecto, más sencillo, que las disposiciones particularísimas de la legislacion china, respecto á las circunstancias de la corrupcion? Las previsiones del legislador son tan positivas, tan claras, que el juez no puede vacilar un momento, una vez que le son conocidos los hechos; y estos hechos, por circunstanciados que sean, son tan positivos, tan claramente caracterizados por la ley, que es difícil engañarse respecto á ellos. La corrupcion se distingue en activa y pasiva, ó para valernos de un lenguaje técnico riguroso, en corrupcion efectuada y en tentativa de corrupcion, y aún en proposiciones ilegales: éstas están penadas con 50 á 100 azotes. La corrupcion efectuada se castiga pecuniariamente en razon del valor de los presentes recibidos, y ademas acaban de satisfacer la vindicta pública en este caso, la pérdida de los oficios, del rango y de los empleos, un cierto número de azotes y el destierro. Los auxiliares son castigados con la pena inmediatamente inferior á la impuesta á los principales culpables. La pena del que hace las ofertas es cinco grados menor de la que se impone al que las recibe.

La ley distingue ademas si es justa ó injusta la exigencia en apoyo de la cual se ofrecen los seductores presentes, siendo, como es natural, más severa en el segundo caso que en el primero.