

do; el criado es reo entonces de tentativa. Mas supongamos que llega el caso de que practicados por el criado todos los actos que deberian producir el envenenamiento, el amo comiera del plato envenenado, y por haberse acudido oportunamente con contra-venenos no se siguiese la muerte proyectada; entónces será el delito frustrado. Por último, si se hubiese seguido la muerte, tendríamos la consumacion del delito.

31. Creemos que con las explicaciones que anteceden queda suficientemente aclarado el Código penal, cuando dice que *son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.* (Artículo 3.º citado.)

32. Pero la declaracion de la ley, que castiga la preparacion algunas veces, la tentativa y el delito frustrado, no es extensiva á las faltas que sólo se castigan cuando han sido consumadas (Artículo 5.º); y con razon, porque muchas no ocasionan mal fisico alguno y sólo se penan por el peligro de producirlo, por razones de precaucion y de policia; y porque en otras, aunque sean actos intrinsecamente malos, su trascendencia no es de grave importancia cuando no han sido elevadas á delitos, y seria extremadamente riguroso castigar lo que no fuera su consumacion. Considérase además que casi todas las faltas son obra del momento, sin que intervenga en ellas la separacion de actos que hay en los delitos. Mas el artículo 1.º del decreto de 1.º de Enero de 1871 ha puesto una limitacion á la regla general, diciendo que *se exceptúan las faltas frustradas contra las personas ó la propiedad:* hechos que con mucha frecuencia serán ciertamente difíciles de apreciar.

CAPÍTULO II.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL (1).

33. Este capítulo tiene por objeto limitar principios que de un modo absoluto quedan expuestos en el anterior. La ley, hemos dicho en él, presume que todas las acciones ú omisiones que castiga son voluntarias, mientras no conste lo contrario: consi-

(1) Artículo 8.º

guiente es, por lo tanto, que despues de este principio manifieste las limitaciones ó excepciones que en casos dados lo modifican. Por otra parte, hechos que considerados en abstracto son delitos, en otros casos están ó justificados moral y legalmente, como sucede en el de legitima defensa; ó desaparece de ellos toda imputacion moral y legal, por ejemplo, en los ejecutados por personas cuya razon se halla completamente extraviada; ó sólo están exentos sus autores de responsabilidad legal, como sucede con los que obran impulsados por miedo insuperable de un mal igual ó mayor. El Código, al tratar de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, ha comprendido en ellas hechos que corresponden á esta triple clasificacion; hechos que en realidad quitan á las acciones ú omisiones penadas por regla general su carácter de delito ó de falta, no sólo á los ojos de la ley, sino en su mayor parte tambien ante la moral y la conciencia. Por esto sin duda, el Código en su última reforma hace preceder á la frase de estar exentos de responsabilidad criminal los actos de los comprendidos en este capítulo, la de que no delinquen aquellos que los ejecutan. Hé aquí los términos en que se expresa.

34. Artículo 8.º—*No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:*

1.º *El imbecil y el loco, á no ser que éste haya obrado en un intervalo de razon.*

2.º *El menor de nueve años.*

3.º *El mayor de nueve años y menor de quince, á no ser que haya obrado con discernimiento.*

4.º *El que obra en defensa de su persona ó derechos, siempre que concurren las circunstancias que la ley establece.*

5.º *El que obra en defensa de la persona ó derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, ó hermanos legítimos, naturales ó adoptivos, de sus afines en los mismos grados, y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil, siempre que concurren las circunstancias que expresamente señala la ley.*

6.º *El que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, concurriendo las circunstancias que tambien expresa la ley.*

7.º *El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, en los términos que ordena la ley.*

8.º *El que en ocasion de ejecutar un acto lícito con la debida*

diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intencion de causarlo.

9.º *El que obra violentado por una fuerza irresistible.*

10.º *El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor.*

11.º *El que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legitimo de un derecho, oficio ó cargo.*

12.º *El que obra en virtud de obediencia debida.*

13.º *El que incurre en alguna omision, hallándose impedido por causa legitima é insuperable.*

35. De cada uno de estos casos hablaremos con la separacion conveniente.

Imbecilidad y locura.—*Locura ó demencia*, decia ántes el Código. Comentándolo nosotros manifestamos que la palabra *demencia* habria bastado para significar por sí sola la idea del legislador, pues que en su significacion más lata, comprendia las diferentes clases de locura ó de trastorno de la razon que podian eximir de la responsabilidad criminal. Añadíamos que el Código habia empleado ambas palabras simultáneamente, sin duda para cerrar la puerta á torcidas interpretaciones, queriendo comprender, á lo que entendíamos, bajo la palabra *demencia*, la enajenacion mental pacifica y tranquila, y con la de *locura*, la perturbacion de la razon en toda su exageracion con accesos de furor y de delirio. Podíamos expresarnos entónces en los términos referidos, porque se establecia una sola regla para la *demencia* y para la *locura*: decia el texto legal: *El loco ó demente, á no ser que haya obrado en un intervalo de razon.* No sucede ahora así: la nueva reforma ha conservado la palabra *locura*, pero ha substituido la de *imbecilidad* á la de *demencia*, y ha establecido una importantísima diferencia entre los efectos que produce cada una de estas clases de enajenacion: basta su lectura para comprenderlo: *el imbecil y el loco, á no ser que éste haya obrado en un intervalo de razon.* Es decir, que la imbecilidad exime en todo caso de responsabilidad criminal, al mismo tiempo que la locura exime por regla general, pero que cuando se demuestre que el loco, al cometer el acto que la ley califica de penable, estaba en un intervalo lúcido, no se libertará del castigo que la ley señala á la transgresion. No puede significar otra cosa el pronombre demostrativo *éste* añadido en la novísima reforma.

36. Necesario es, pues, que fijemos la acepcion de las pala-

bras *imbecil* y *loco* para la inteligencia de la ley. A nuestro entender, la palabra *imbecil* se refiere á las personas que desde su niñez casi siempre, y algunas veces por acontecimientos posteriores, han carecido ó carecen completamente de razon, tienen una incapacidad mental absoluta, no son dueños de sus acciones, no tienen conciencia del bien y del mal, y se hallan en el estado de *idiotex*; palabra que para indicar esta situacion tristísima tiene aceptada la Academia española, y que los facultativos de medicina suelen llamar *idiotismo*. Es el demente de la redaccion antigua, pero sólo el que se halla privado completamente del uso de sus facultades intelectuales; aquel á quien le falta del todo la razon, al que las leyes de Partida llamaron *desmemoriado*, y al que en el uso comun se le da tambien el nombre de *inocente*, indicando así que nada le es imputable. Este siempre está exento de responsabilidad criminal: la razon en él no se halla en suspenso, sino extinguida, y no puede tener intervalos lúcidos.

37. No sucede lo mismo con los locos: éstos suelen tener intervalos, y á veces largos, en que sus facultades intelectuales funcionan con regularidad: son diferentes las clases de locura á que están afectos, y diferentes tambien los grados de cada una de ellas, segun es más ó ménos estrecho el círculo de las ideas de los que se hallan sujetos á tales dolencias, que suelen recibir los nombres de demencia, locura, manía, monomanía, manía con delirio, manía con furor y otras denominaciones semejantes, aceptadas por la ciencia unas, y en el uso vulgar otras. A estas especies de locura se limita el texto legal, al decir que se liberta de responsabilidad criminal *el loco, á no ser que haya obrado en un intervalo de razon*, porque en ellas solamente hay esas alternativas de razon y de demencia á que se refiere.

38. Fijada ya la acepcion de las palabras *imbecil* y *loco*, tales como aquí deben comprenderse, diremos que el legislador, al establecer la exencion en los términos que lo hace, ha aceptado un principio universal de derecho, admitido en todos los pueblos civilizados, que siempre han absuelto legalmente al que en el orden moral no habia delinquido; dando al propio tiempo nueva sancion á otro principio, á saber; que cuando los castigos no han de servir de enmienda al que los sufre, ni de ejemplo á los demás, no pueden imponerse.

39. Mas para que la imbecilidad ó la locura eximan de responsabilidad criminal, es necesario que el estado de enajenacion sea

cierto, reconocido y completo. Sólo los que están así son los que por carecer de entendimiento no conocen el valor moral de sus acciones, y no tienen conciencia ni libertad. El que arrebatado de una pasión violenta, que cegándole le pone momentáneamente fuera de sí, comete un delito, no está exento de la responsabilidad criminal de que aquí hablamos, aunque pueda haber una circunstancia atenuante á su favor, como en su lugar manifestaremos.

40. No comprende tampoco el Código, bajo las palabras *imbécil ó loco*, á los que en una pesadilla ó ensueño han cometido un acto penado por la ley: se ha creído que la declaración expresa de inculpabilidad en este caso podría dar ocasión á graves delitos en el seno mismo de las familias, y que se alentaría el crimen con la esperanza de la impunidad. Mas no por eso debe creerse que son punibles los hechos que se cometen por el hombre dormido: basta el principio general ántes manifestado, que donde no hay voluntad no hay delito, para que quede libre de responsabilidad criminal el que justifique que no estaba despierto cuando cometió el hecho que la ley califica de delito.

41. Méenos aún que el sonámbulo está comprendido bajo las palabras de imbecil ó loco el hombre que embriagado comete un delito. La embriaguez, especialmente en el que la tiene por hábito, es una imprudencia reprobable, peligrosa y áun criminal, que, según el Código, no puede servir de fundamento para absolver de la pena al que delinquirá: podrá en circunstancias dadas ser un motivo para la atenuación de la penalidad, como más adelante veremos, pero no será motivo de exención. Al hablar así nos referimos á lo que generalmente acontece, considerando la embriaguez como producida por un hecho imputable al que en ella se constituye; pero cuando es del todo involuntaria, por no ser resultado de un acto propio, entónces debe eximir de responsabilidad criminal, porque falta el agente de inteligencia y de libertad para obrar, carece de la voluntad que es indispensable para delinquir.

42. Mas cuando el que está loco comete un delito en un lúcido intervalo, durante el que tenía toda la inteligencia y libertad que requiere la ley para que sean punibles las acciones, entónces cesa la causa por la que se concedió la exención de la pena. No es fácil distinguir bien cuándo un loco obra ó no en estado de enajenación mental; la observación del enfermo hecha por fa-

cultativos inteligentes, el exámen de sus actos, especialmente de los anteriores al hecho de que conocen los tribunales, las circunstancias que le precedieron, las precauciones adoptadas con anterioridad por la familia, su reclusión en casas de dementes, pueden ilustrar y deben dirigir al juez en punto tan delicado. A las leyes de procedimientos en materia criminal, corresponde fijar la mayor ó menor latitud que debe tener el juez en seguir el dictámen de los facultativos. Mas es necesario no dejarse arrastrar por ideas exageradas de una filantropía, que algunos llevan hasta el extremo de suponer dominados siempre á los criminales por una alteración parcial de la razón, viniendo en último resultado á negar la libertad del hombre. Esta manera de apreciar los actos humanos sería la subversión de toda la legislación penal, porque podrían á su sombra eludir los criminales el justo rigor de las leyes.

43. Pero la sociedad, que no puede castigar al loco y al demente, está en el deber de prevenir, en cuanto alcance, las desgracias que puede ocasionar el que ya se ha visto que tiene tendencia á producir las. De aquí dimanar las precauciones diferentes que señala el Código en el mismo *art. 8.º* *Cuando el imbecil ó el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Mas si la ley califique de delito ménos grave el hecho ejecutado por el imbecil ó el loco, el tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el caso anterior, ó entregará al imbecil ó loco á su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia.* Estas no son penas, sino sólo precauciones justas que tan frecuentemente tienen lugar, áun respecto de los locos y dementes inofensivos, y un medio de procurar que vuelvan á la razón. Sólo podrán ser un castigo para el criminal que, con el fin de evitar una penalidad mayor, sabe fingirse y pasar por loco ó imbecil sin serlo. Ni debe parecer extraña la diferencia que aquí se hace entre los hechos que la ley califica de delitos más ó ménos graves, porque los unos causan mayor alarma que los otros, y la conciencia pública que tiene por suficiente precaución en algunos casos la reclusión doméstica, la reputa insuficiente en otros.

44. EDAD.—El desarrollo de las fuerzas morales del hombre, mucho más lento que el de las físicas, exige un estudio detenido

de la capacidad respectiva de cada uno de los primeros años de la vida, para fijar su inculpabilidad, ó su mayor ó menor culpabilidad en la infracción de las leyes. Las nuestras en materia criminal consideran cuatro distintas edades:

- 1.^a Hasta los nueve años.
- 2.^a Desde los nueve hasta los quince.
- 3.^a Desde los quince hasta los diez y ocho.
- 4.^a Desde los diez y ocho en adelante.

45. La ley ha considerado que el niño hasta los nueve años no percibe aún la moralidad de sus acciones, ni calcula sus consecuencias, y ha determinado por lo tanto que sea irresponsable por sus actos, prefiriendo declararlo así, á dejarlo en cada caso á la apreciación prudente de los jueces. Los males que en esta edad ocasiona el niño, no serán un delito, sino una desgracia parecida á la causada por el loco. Esta presunción de incapacidad es de las que se llaman JURIS ET DE JURE, que no admiten prueba en contrario.

46. Pasados los nueve primeros años de la vida, no hay hasta que se cumplan los quince una regla invariable para apreciar la capacidad y moralidad de los actos de un adolescente. El principio general es que carece de suficiente juicio para conocer la criminalidad de sus acciones; pero esta presunción es meramente de derecho, JURIS TANTUM, y cede por lo mismo ante la prueba que se haga en contrario. El discernimiento con que la ley quiere que obre el menor de quince años y mayor de nueve para que pueda ser castigado, supone completo conocimiento del delito y sus consecuencias, no el desarrollo y despejo común que se tiene á tal edad, porque á ser otra su intención hubiera dicho que la presunción debía estar en este caso en contra y no á favor de los acusados.

47. El tribunal competente hará declaración expresa acerca de si el mayor de nueve años y menor quince ha obrado ó no con discernimiento para imponerle pena, ó declararlo irresponsable; determinación que tiene por objeto evitar que punto tan grave se mire con poca detención por los juzgadores. Esta declaración deberá á nuestro juicio hacerse en la sentencia, porque entonces es cuando ya tiene el juez todos los datos que son prenda del acierto para resolver bien; ántes, sólo podrá hacerse cuando la notoriedad quite lugar á la duda.

48. Cuando el menor sea declarado irresponsable, ya por no te-

ner nueve años, ya porque habiendo pasado de los nueve y no teniendo quince, haya obtenido la declaración de no haber obrado con discernimiento, será entregado á su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado á un establecimiento de beneficencia destinado á la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos. Aplicables son aquí las consideraciones que en casos análogos hemos manifestado respecto á los imbeciles; ellas demuestran la oportunidad con que el Código ha añadido esta prescripción, que no estaba en el primitivo, ni en el reformado en 1850.

49. Desde la edad de quince años hasta la de diez y ocho, supone la ley capacidad suficiente para apreciar la moralidad y consecuencias de la acción criminal: presunción que también es JURIS ET DE JURE, y que no admite prueba en contrario; pero al mismo tiempo considera que el discernimiento no es tan completo como en edad más madura, y de aquí proviene que reputa este período de la vida como circunstancia atenuante de la criminalidad, y que en él disminuya el rigor de la pena, como más adelante veremos.

50. El que ha cumplido ya los diez y ocho años, en concepto de la ley tiene el discernimiento completo que pueda tener, é incurre en responsabilidad plena y absoluta.

51. DEFENSA DE SU PERSONA Ó DERECHOS.—La exención de responsabilidad criminal en el que defiende su persona ó derechos, aunque está fundada en distinto motivo que las concedidas al loco, al niño y al adulto, no es menos justa. El hecho de la propia defensa es el más imperioso de todos nuestros deberes: cumpliendo con él, satisfacemos á la moral y á la ley. Mas esta debe al mismo tiempo adoptar las precauciones necesarias para separar el uso de este derecho, de su abuso; la defensa, de la agresión. Por esto exige para que la defensa exima de pena las tres circunstancias siguientes:

- 1.^a Agresión ilegítima.
- 2.^a Necesidad racional del medio empleado para impedirlo ó repelerlo.
- 3.^a Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Todas estas circunstancias deben concurrir simultáneamente

para que el mal causado en la defensa sea absolutamente inculpable: faltando una sola habrá culpabilidad, si bien podrá estar acompañada de circunstancias atenuantes que la disminuyan.

52. Hemos dicho que ha de haber agresion: de aquí se infiere, que no autoriza á proceder á vías de hecho para defendernos la simple amenaza de palabra, y por el contrario, que cuando la amenaza es de hecho, por ejemplo, poniendo un puñal al pecho del atacado, se halla éste en el caso de poderla rechazar con la fuerza sin incurrir en pena. Añádase que la agresion ha de ser ilegítima; así, al paso que quien mata al ladron que le asalta no incurre en pena, no se libra de ellas el que se defiende contra las autoridades que tratan de reducirle á prision. Ni sirve, á nuestro juicio, decir que pueden las autoridades obrar ilegalmente, pues en este caso no habrá necesidad racional de la defensa, segun requisito esencial para eximir de responsabilidad, porque las leyes establecen otros medios para enmendar los errores de los que gobiernan, administran y juzgan, cuando traspasan los límites de sus deberes; y si todos los grados de las respectivas escalas se hallan recorridos, necesario es que el individuo que se cree perjudicado, doble su frente ante la presuncion legal que le condena.

53. Para que la defensa sea justa, moral y legalmente, es menester que guarde proporcion con la agresion; esto es lo que quiere decir el Código cuando nos habla de la *necesidad racional del medio empleado* para defendernos. No es una necesidad absoluta la que la ley exige para que estemos exentos de responsabilidad; basta la *necesidad racional*, frase vaga, si se quiere, adoptada por el legislador en la imposibilidad de establecer reglas aplicables á todos los casos, y con la cual se ha tratado de consultar á lo que la prudencia y el buen sentido dictan, á los hábitos, á las costumbres, y hasta las pasiones de los hombres excitadas por un ataque injusto. Querer que el que va á ser víctima inmediata de una agresion, calcule con sangre fria hasta qué punto podrá herir al que le ataca, para inutilizarle, y que mida con un compás y una regla la agresion y la defensa, seria un absurdo insostenible en el terreno de la ciencia y en el de la práctica. El juez, atendiendo á las circunstancias de cada caso, debe en su criterio examinar si fué ó no innecesario el mal causado por el que se defiende: él podrá hacerlo con equidad, completando con su imparcial juicio lo que el legislador no puede hacer con acierto.

54. Mas para que la agresion pueda ser calificada de ilegítima, no debe ser precedida de provocacion suficiente por parte del que la rechaza, porque en vano pretenderia eximirse absolutamente de la responsabilidad por su defensa, el que dió ocasion al ataque con sus provocaciones. Pero téngase aquí presente que no habla el Código de cualquiera provocacion, sino sólo de la que sea suficiente á dar lugar á la agresion; porque la ley no favorece á los pendencieros, que en cada palabra, en cada accion y en cada mirada encuentran cuando les place, un medio de atacar al que eligen por blanco de su enojo.

55. *Defensa de un pariente.*—Dos alteraciones ha introducido en este punto la última reforma del Código. Refiérese la primera al cónyuge, pues se le antepone á los ascendientes y descendientes, cuando ántes se le posponia: consiste la segunda, en que al tratar de los *ascendientes, descendientes ó hermanos*, se han añadido las palabras *legítimos, naturales, ó adoptivos*. No pueden desconocerse los motivos que han aconsejado ambas alteraciones. La primera en realidad es un mero cambio de lugar que en nada influye en la disposicion de la ley: al aceptarla se ha tenido tal vez presente, que puesto que se hacia una modificacion en el número en que se halla, era oportuno dar al cónyuge el primer lugar entre las personas que comprende, ya por considerarse los agravios hechos á la mujer como inferidos al marido y viceversa, ya por ser más estrecho el vínculo que los une, y ya porque el mal ocasionado á la mujer hace desmerecer más en el concepto público al marido que lo tolera. La segunda alteracion ha tenido por objeto evitar dudas acerca de la extension del precepto legislativo, por opinar algunos que sólo debia entenderse de los parientes legítimos, contra la opinion de otros que lo extendian á los naturales, y casi ninguno á los adoptivos. La ley ha resuelto estas dificultades, comprendiendo á los ascendientes, descendientes y hermanos legítimos, naturales y adoptivos, y á los afines en los mismos grados; y fuera de ellos, sólo á los consanguíneos hasta el cuarto grado civil. Al establecer el Código esta irresponsabilidad, se conforma á los sentimientos de todo el género humano, y al impulso irresistible de la sangre, que hace que el hombre se precipite en los mayores peligros para salvar á personas unidas á él por vínculos tan estrechos. Pero para que esta irresponsabilidad tenga lugar, es necesario que concurren, como en el caso de la defensa propia, la agresion ilegítima y la

necesidad racional del medio empleado para impedir la ó repelerla, á lo que se agrega la circunstancia *de que en caso de haber precedido provocacion de parte del acometido, no hubiere tenido participacion en ella el defensor*; doctrina que se funda en que en este caso la provocacion deberá perjudicar al que la hizo, que fué el defendido, y no al defensor que obró guiado por impulsos nobles que la ley justifica. Antes de la reforma opinábamos ya, que lo prescrito en cuanto á la defensa de parientes no debía limitarse á los legítimos, sino entenderse tambien de los naturales y adoptivos; se supone, siendo éstos, ascendientes, descendientes, ó hermanos. El cuarto grado de consanguinidad debe considerarse incluso en la ley, porque además de ser esto conforme á su espíritu, así por regla general lo entiende la jurisprudencia.

56. DEFENSA DE UN EXTRAÑO.—En el mismo caso que el pariente, se halla el que arrastrado por sentimientos de generosidad ó de benevolencia se pone de parte de un extraño y le defiende cuando es víctima de una agresion injusta. Mas para que se exima de responsabilidad criminal, es menester que á las circunstancias de ser la agresion ilegítima y de la necesidad racional del medio empleado para impedir la, se agregue la de *que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento, ú otro motivo ilegítimo*; porque entonces lejos de ceder al sentimiento noble de ponerse al lado del oprimido, procuraria solamente la satisfaccion de pasiones mezquinas que la ley reprueba.

57. DEFENSA DE LA PROPIEDAD.—La defensa de la propiedad contra la agresion ilegítima está consagrada en las doctrinas que acabamos de exponer: aquí nos limitaremos sólo al daño que sin intencion de perjudicar, y sí por el contrario con ánimo de hacer un beneficio, se causa en la propiedad ajena: los ejemplos que desde luego se ofrecen á la consideracion, son el derribo de una casa para cortar un incendio, y el de arrojar al mar las mercancías que conduce el buque que se va á pique si no es aligerado. Falta en estos hechos la intencion dañada que la ley supone en el que delinque, pues el que los ejecuta, lejos de pretender causar un perjuicio á otro, procura impedir un daño mayor por los medios que estima más oportunos. Pero para evitar los abusos que pudieran originarse, exige la ley que concurran tres circunstancias. Estas son:

1.^a *Realidad del mal que se trata de evitar*; es decir, en los ejemplos ántes propuestos, que exista ya el incendio ó la tem-

pestad, y que sean inminentes los peligros de la propagacion en un caso y de naufragio en el otro.

2.^a *Que el mal que se trata de cortar sea mayor que el empleado para evitarlo*; circunstancia muchas veces de difícil apreciacion, y que debe quedar al prudente arbitrio de los jueces, si bien la presuncion estará á favor de la inculpabilidad, no debiendo confundirse la precipitacion y la imprudencia con la malicia.

3.^a *Que no haya otro medio practicable y ménos perjudicial para impedirlo*.—Esta regla en su aplicacion está expuesta á las mismas dificultades que la anterior. La prudencia del juez debe decidir, teniendo tambien en cuenta la presuncion de inculpabilidad que tiene á su favor el que adoptó el medio elegido como el más conducente á evitar el mal.

58. DAÑO CAUSADO POR ACCIDENTE.—Consecuencia es tambien del principio de que donde no hay intencion no hay delito, la doctrina de que el daño causado por mero acaso no debe producir responsabilidad criminal. Mas al efecto, exige el Código que copulativamente concurran cuatro circunstancias: éstas son:

1.^a *Que el acto que ocasione el daño sea lícito*: no es necesario por lo tanto para considerarlo ilícito, que una ley lo prohíba; basta una simple prohibicion de policia urbana ó rural. El que faltando á ellas hace un mal en que no pensó, podrá merecer que se atenúe ó disminuya la penalidad, pero no pretender que se le declare irresponsable.

2.^a *Que el acto lícito que ocasione el daño sea emprendido con la debida diligencia*. Así, el que limpia un tejado que cae á la calle, y por no avisar oportunamente, ó por no poner una cuerda que indique el peligro que corre el transeunte, le hiere al pasar, incurre en responsabilidad, si bien no en la misma en que aquel que de propósito causa á otro igual herida.

3.^a *Que el mal causado sea efecto de mero accidente*: esto es, que no sólo el acto sea lícito, y que al emprenderlo se hayan adoptado las precauciones necesarias, sino tambien que ni un sólo momento cese la diligencia conveniente para evitar el mal; porque quien lo haga, será en mayor ó menor grado responsable de él, siempre que no acaezca por alguno de los acontecimientos que la mano del hombre no alcanza á impedir.

4.^a *Que no haya culpa ni intencion de causar el mal*. Si hay intencion de causarlo, no puede atribuirse á accidentes; es un

delito en toda la extension que damos á esta palabra, y debe por lo tanto ser castigado como tal. Más dificultades tiene el fijar la palabra *culpa* de que usa la ley: nosotros creemos que debe tomarse en el sentido que generalmente tiene, esto es, como equivalente á las palabras *negligencia* ú *omision*, y en la acepcion que se da en los contratos á la frase *culpa leve*, es decir, omision del cuidado que los hombres prudentes suelen emplear en todos los actos de su vida. Bajo la palabra *culpa* comprendemos por lo tanto la impericia del que causa un mal que debiera haber prevenido, absteniéndose de hacer lo que no sabia: así sucede al que guiando un carruaje, por su poca destreza atropella á los pasajeros. Es claro que la culpa no debe ser castigada tan severamente como la intencion, aunque cualquiera de las dos basta para no eximir de la responsabilidad criminal.

59. FUERZA IRRESISTIBLE.—La violencia física á que cedemos cuando no podemos resistirla de ningun modo, nos convierte en un instrumento material del delito (1). Falto de voluntad de delinquir el que la sufre, no puede incurrir en pena.

60. MIEDO INSUPERABLE DE UN MAL IGUAL Ó MAYOR.—Más frecuente que la violencia física es la moral, y tambien más difícil de ser calificada. Se comete violencia moral con la persona á quien se constituye entre dos males, uno de los cuales es inevitable. La accion de la libertad en este caso, aunque encerrada dentro de muy estrecho círculo, no está del todo paralizada, puesto que queda la eleccion de sufrir un mal inmediato ó de causarlo á otro; mas para que la eleccion hecha de este segundo extremo nos libre de responsabilidad, es necesario que el mal con que se nos amenaza no sea justo, ni efecto de un delito nuestro, ni superable, y que encierre además un peligro inminente que de otro modo no podamos evitar. Las palabras de que usa la ley, *miedo insuperable de un mal mayor ó igual*, esta última añadida en la reforma del año de 1870, están escritas á nuestro juicio con un rigor excesivo, y son ménos flexibles que lo que se propusieron, sin duda, los primeros redactores del Código penal: el sexo, la edad, la profesion y las costumbres de las personas de este modo violentadas, deberian servir de guía al juez para considerarlas ó no libres de responsabilidad.

(1) Nuestros Elementos de Derecho penal en sus primeras ediciones.

61. EJERCICIO DE DEBER, DE DERECHO Ó DE OFICIO.—Ni aún necesidad habia en el Código penal de consignar el principio de que no incurre en responsabilidad criminal el que obra *en cumplimiento de un deber*, ó *en el ejercicio legitimo de un derecho, oficio ó cargo*, para que el sentido comun así lo comprendiera. Añadían las redacciones primitivas la palabra *autoridad*, que ha sido eliminada en la última reforma, considerándola sin duda como innecesaria, pues nada añadía á las de *cumplimiento de deber y de cargo*. El agente de policia que detiene al criminal, el alcaide que le custodia en la cárcel, el juez que decreta su prision y le impone un castigo, el facultativo que ejecuta una amputacion, hacen actos que en otros serian delitos, y en ellos son sólo el cumplimiento de sus deberes respectivos.

62. OBEDIENCIA DEBIDA.—Ligada se halla esta exencion de responsabilidad criminal con la que antecede; es sin embargo más difícil de ser apreciada. El epíteto *debida* con que ha calificado el legislador la *obediencia* no es ocioso; quiere decir que la obediencia ha de ser á un mandato legitimo que no esté en oposicion con otros deberes directos y de mayor importancia que tenga el subordinado, y que el que manda ha de estar dentro del círculo de las facultades que corresponden á la clase de autoridad que ejerce. El hijo que obedeciese al padre inícuo que le pusiera en la mano un puñal para cometer un asesinato, el alcalde que obedeciese al gobernador que le mandara violar la ley electoral, no podrian, alegando la obediencia, libertarse de la imputabilidad de sus acciones. Ni se crea por esto que proclamamos el principio de que es licito desobedecer á los superiores á pretexto de que no son justos sus preceptos: rechazamos esta doctrina subversiva del orden social; sólo damos este derecho, ó por mejor decir, consignamos la obligacion de los inferiores á desobedecer, cuando el precepto no cabe en los límites de la autoridad del que lo impone, porque reprobamos el principio absurdo de la obediencia absoluta, que, ciega é inflexible, quita al súbdito la cualidad de hombre, despojándole de la inteligencia y convirtiéndole en un instrumento material del crimen.

63. OMISION POR CAUSA LEGÍTIMA É INSUPERABLE.—Todas las circunstancias expresadas hasta aquí para libertar de responsabilidad criminal se refieren á los delitos que consisten en accion; para completarlas debia el legislador, como lo hace, descender á las que consisten en omision. Respecto de ellas sólo da una regla,

única á la verdad que puede fijarse, y que aunque no la estableciera, debería sobreentenderse; esta es, la existencia de impedimento legítimo é insuperable que haga incurrir en la omision: el artículo 1.º del Código, cuando exige que la omision sea voluntaria para que pueda ser calificada de delito, implícitamente contiene la doctrina misma que aquí se consigna. La mencion expresa de esta circunstancia como eximente no es más que una aplicacion del principio ya consignado.

64. Antes de concluir este capítulo, nos parece oportuno advertir que no se encuentra entre los motivos que excusan de responsabilidad criminal la ignorancia de hecho. Pocas veces dejará de ser culpable una ignorancia semejante en el que es de edad competente y no carece de razon, pues generalmente es hija del descuido, y por lo tanto imputable al que la tiene; pero si se presentare alguna vez el raro caso de una ignorancia invencible, entónces el que faltó á la prescripcion de la ley, no teniendo voluntad de quebrantarla, no pudo delinquir.

CAPITULO III.

DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (1).

65. El legislador, al declarar punibles ciertos hechos ú omisiones, sólo puede señalar sus caractéres generales, y fijarles nombres para que no se confundan las clasificaciones que hace: si pretendiera descender á cada caso en particular, emprenderia una obra imposible, y caeria en el vicioso y absurdo sistema casuístico, sustituyendo los casos especiales de cada delito á las fórmulas generales que todos los códigos modernos emplean al definirlo.

66. Mas al lado de estas definiciones generales, tienen los códigos que reconocer la intervencion y la fuerza de circunstancias que modifican los hechos punibles, ya disminuyendo, ya aumentando su gravedad. Querer que la ley en este punto fuera inflexible, y que el señalamiento de pena para cada clase de deli-

(1) Artículo 9.º

tos no fuese capaz ni de agravacion, ni de rebaja, sería pretender arrogantemente destruir la graduacion de los actos humanos, é introducir con el velo de igualdad la desigualdad más monstruosa en la aplicacion de las penas. La fijeza de la ley debe ser la base del derecho penal, como hemos dicho en el título preliminar, y la equidad y prudente arbitrio de los jueces, circunscrito dentro de límites determinados, su complemento: así la ponderacion de las circunstancias á que no pudo descender el legislador al definir cada delito, da la latitud suficiente á los tribunales para que imponiendo la pena dentro de los diferentes grados que la ley establece, dicten una sentencia, exenta de los inconvenientes que se seguirían en el sistema de inflexibilidad absoluta de la ley, y en el del libre albedrío de los jueces (1).

67. Las circunstancias que disminuyen la responsabilidad criminal reciben el nombre de *atenuantes*, y el de *agravantes* aquellas que la aumentan. Sólo hablaremos en este capítulo de las primeras, que se fundan en la menor perversidad que suponen en el delincuente.

68. Señala el Código penal como *circunstancias atenuantes en su artículo 9.º*:

1.ª *Las que ántes hemos dicho que libertan de responsabilidad criminal, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de ella en sus respectivos casos.* Es claro que esta regla no puede nunca extenderse á las circunstancias que consisten en un solo hecho sujeto á prueba material, como sucede con la edad menor de nueve años; pero algunas de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, son actos compuestos de hechos diferentes, cuya descomposicion, ó está materialmente señalada por la ley, ó se deduce de su espíritu. La ley señala materialmente los actos simples que deben formar los hechos complejos de la defensa propia, de la defensa de parientes, de la defensa de extraños, y del mal ocasionado por casualidad. Del espíritu de la ley se deduce, que las circunstancias de las acciones de un demente, del mayor de nueve años y menor de quince que obra con discernimiento, del que es violentado por una fuerza irresistible, del impulsado por miedo insuperable de un mal mayor, del que ha incurrido en el acto ilícito en cumpli-

(1) Nuestros antiguos Elementos de Derecho penal.