

¹ Apreciación legal del hecho del sonámbulo.

Villanova en la *Observación 7.ª*, cap. 1.º n.º 9, citando á Covarrubias dice: "Tampoco incurre en pena alguna el que dormido ó en sueños comete demasias, aunque sean criminosas, á no ser que persuadido de esta hábitud ó mala costumbre, no las *precava* ó evite."

² Homicidio cometido por sonámbulo.

Con efecto, la *ley 5.ª* tit. 8, P. 7.ª encargándose del que mata á otro por ocasion entre varios casos de que se ocupa, dice: "Si acaeciese que algún home oviesse acostumbrado de se levantar durmiendo, é tomar cuchillo, ó armas para ferir, é sabiendo su costumbre mala, non apercibiesse della, á aquellos que durmiesen en un lugar, que se guardassen, é matasse alguno dellos...." "ca por tales ocasionnes que aviniesen *por culpa* de aquellos que las fiziesen deben ser desterrados por ello los que tal fazen, en alguna isla por cinco años."— Sobre esa pena hay que decir que hoy se acostumbra imponer la de reclusion ó indemnizacion de daños y perjuicios segun las circunstancias, y aun he visto casos en que se ha aplicado solo pena pecuniaria.

³ Hecho del que despierta de pronto.

Describiendo los médicos el *estado intermedio entre el sueño y la vigilia*, dicen: "Cuando alguno es despertado bruscamente suele suceder que los primeros objetos que hieren sus sentidos, son modificados por las ideas antecedentes, así como á la debil luz de la noche los objetos que vemos son alterados por los fantasmas de nuestra imaginacion. *Estamos* ya en estado de ejecutar movimientos con cierta precision, aunque nuestros sentidos no esten completamente despiertos, y á menudo estos movimientos se refieren no á nuestro estado real, sino á aquel en que creimos estar, mezclando á las ideas que nos han ocupado, las sensaciones oscuras de los objetos que nos rodean realmente.— Un individuo despierta de pronto á media noche, se figura ver un espectro que avanza; el espanto, la oscuridad, no le dejan distinguir nada; en un instante se lanza del lecho, toma una hacha que se halla de ordinario cerca de él, y hiere... El pretendido fantasma era su muger, que murió al día siguiente.— Es indudable que en este tránsito del sueño á la vigilia, el hombre no goza en el primer momento la conciencia de sus acciones, y que seria preciso en caso semejante al citado, que un exámen atento del carácter del individuo, del interés que puede tener, y de todas las circunstancias del hecho, ilustrase la conciencia de los magistrados."

⁴ Impetu de las pasiones que arrastran á la comisión del delito.

Es también de comprenderse en la excepcion de *locura*, al menos *pasajera* el extravío del alma causado por cualquiera pasion vehemente, cuya influencia, vamos á ver hasta qué punto podrá excusarlo. — "Hay locos, (*decia Bellart*) en la defensa de Gras, acusado de haber dado muerte por celos á la muger Lefèvre; hay locos á quienes la naturaleza ha condenado á la pérdida eterna de su razon, y otros que no la pierden, sino *momentaneamente*, á causa de de un gran dolor, de una gran sorpresa ó de otra circunstancia semejantes. No hay diferencia entre estas dos locuras, que en cuanto á la duracion; y aquel á quien la desesperacion trastorna la cabeza por espacio de algunos dias ó de algunas horas, es tan completamente loco durante su agitacion efimera, como el que delira por muchos años. Sentado esto, seria suprema injusticia juzgar, y

sobre todo, condenar á uno ú otro de esos insensatos, por un acto que ejecutaron cuando no podian usar de su razon. En vano se dirá que cuando se ha cometido un crimen ó delito, debe haber un castigo: Cuando un maniático ha causado alguna gran desgracia, encerrarlo es justicia y precaucion, enviarlo al cadalso seria crueldad. Si en el momento en que Gras dió muerte á la muger Lefèvre estaba *de tal modo dominado por una pasion*, que le fué imposible saber lo que hacia, y dejarse guiar por la razon, es imposible tambien condenarle á muerte."

⁵ Ira, cólera, temor ó miedo sus efectos.— Apreciación legal de la excepcion fundada en ellos.

Los Médico-legistas, y entre ellos Pablo Zaquíes *Quæst. 6*, enseñan: que si bien no hay absoluta igualdad entre el loco y el que está poseido por alguna fuerte pasion, sin embargo esta, especialmente cuando es *repentina y vehemente* mengua notablemente la razon, hasta el punto de que el así apasionado no recuerda lo que hizo durante el imperio de la pasion, y llega á ser engañado por sus mismos sentidos exteriores, como es notorio que acontece á los que son arrastrados por la IRA ó sobrecogidos por el TERROR, quienes las mas veces no ven los objetos que tienen ante los ojos los confunden y aun los multiplican, proviniendo esto del movimiento de la sangre y de los espíritus:— que á los poseidos por la IRA, IRRITACION ó CÓLERA ó FUROR les sobreviene de pronto cierto deseo de venganza, y como por tal pasion se menoscaba su entendimiento, no les es posible contener el ímpetu de aquella, que llega á convertirlos en locos furiosos: que la CÓLERA por lo comun se apodera mas facilmente de los que hacen menos uso de la razon, por lo que se observa que posee mas á las mugeres que á los hombres; á los enfermos, que á los de buena salud; y á los idiotas, mas que á los demas hombres:— que por tal motivo los delitos perpetrados en el calor de la IRA se deben castigar con menos rigor, especialmente si aquella fué por justa causa; y aun hay casos en que debe excusar de la culpa, como cuando nace del dolor de una afrenta sufrida, que obliga á repelerla de cualquiera manera, aun volviendo mal por mal, pues entonces puede decirse que vuelve loco al afrentado, especialmente si es persona de honor y delicadeza;— y que el TEMOR produce iguales resultados, particularmente cuando es súbito y vehemente, en cuyo caso han muerto muchos al experimentarlo; por lo que tambien debe excusar cuando es justo y es relativo á un mal inminente, pues priva de la plenitud del entendimiento.— En las págs. 131 y 132 de la parte 3.ª del tomo 2.º de esta obra quedan expuestos los requisitos que deben tener el *miedo* y la *fuerza* para que se reputen insuperables é irresistibles de manera que puedan excusar en precepto de la frac. 4.ª del art. 6.º de la ley de 5 de Enero de 1857. Respecto á la excepcion exculpatoria fundada en la ira, está fundada en la ley *Divortium non est D, de divort. et repud.*— *Ley Quidquid, D. de Reg. Jur.*— Regla 16.ª, tit. 34, P. 7.ª, que dice: "Lo que al ome faze ó dice con encandimiento de saña, non deve ser juzgado por firme ante que se vea si durará en ello, non se arrepintiendo luego el que se movió."— la *ley 2, tit. 31, P. 7.ª*, que dice: "Los primeros movimientos de las voluntades, non son en poder de los omes;" la expresada ley de 5 de Enero:— Villanova, *Observ. 7, cap. 1.º n.º 21*;— y Lor. Math. *De Re criminali lib*

48, tit. 5, cap. 3, n. 8, en donde reputa *homicidio simple* merecedor de pena benigna al perpetrado por aquel á quien se hizo una injuria *real y atroz*.

Amor: sus efectos y apreciacion legal. La pasion amorosa es superior en sus perversos efectos á las anteriores, esto es, produce mayor obcecacion ó perturbacion del alma, hasta el extremo de que Zaquiás, *Quest* 9, numera á los *Amantes* entre los *locos y frenéticos*, ó cuando menos entre los *melancólicos*, diciendo que el amor se cuenta por los médicos entre los afectos cerebrales, perdiéndose por él la prudencia, viciándose los sentidos externos, depravándose el gusto, y cegándose el paciente, que semejante al que duerme y sueña, se rebaja hasta la naturaleza del bruto. Menochio, Farinacio y diversos Autores Juristas citados por Zaquiás opinan como él; y Gomez en la ley 53 de Toro dice: *Amore captus ebrio et furioso æquipartur*; y en el n. 28 *Variar. Resolut.* agrega: *que el vino y la muger hacen apostatar, porque uno y otro privan del sentido y del entendimiento*.—La parte legal respecto á esta pasion queda expuesta en el párrafo anterior que abraza todo hecho cometido por *obcecacion*.

Minoria de edad en el autor del hecho criminal: consideraciones de esta excepcion. He dicho ya en otro lugar que la edad del delincuente es de tenerse en cuenta por el Fiscal militar y los Vocales ó Jurados. El menor de diez y medio años de edad, cualquiera que sea el hecho que cometa, no está por esto sugeto á pena alguna, porque las leyes lo consideran *incapaz de delinquir*, porque á semejanza del loco, *non entiendo si hace desonrra á otro*, segun dice la ley 9, tit 1, P. 7^ª; y así aunque en tal edad *matase á otro, non cae en pena ninguna, porque non sabe nin entiendo el yerro que hace*, segun se expresa la ley 3, tit 8, P. 7^ª; y *ni aun deve enmendar ó pechar el daño que hizo*, segun declara la ley 3, tit, 15, P. 7^ª; bien que sobre este punto de responsabilidad civil, habrá que estarse á las prescripciones que quedan expuestas en la pág. 362 en donde se trató de la responsabilidad del loco y de sus guardadores y parientes cercanos de quienes dependa.—La ley de 5 de Enero de 1857, en la frac. III. de su art. 6^º está concorde con las precitadas leyes españolas, fundadas en las observaciones medicas, que no han encontrado cumplida razon en el menor de diez y medio años, ni por consiguiente *libertad moral* para elegir, hasta el extremo de que Pablo Zaquiás, *Quest. medico-leg.*, *Quest*, 5, tit. 1, lib. 2, no vaciló en tratar de los niños en el título que dedicó á la *locura*, expresando haberse decidido á hacerlo así, porque aunque no carecen absolutamente de entendimiento, este es tan imperfecto y vicioso, que casi puede decirse que no merece el nombre de juicio.—Ignoro cual motivo determinó á D. Antonio Martinez de Castro, comisionado para formar el Código penal, á reformar la antedicha legislacion estableciendo en la frac. 4^ª del art. 34 del proyecto del citado Código presentado en 6 de Noviembre de 1869, la exculpacion del niño de nueve años de edad; de lo que se sigue que reputa capaz de delinquir al que pase de los nueve años. En la exposicion de su proyecto no dá razon para esta novedad. Pudiera decirse que en los climas tropicales como el nuestro está probado que la discrecion se anticipa así como la naturaleza; pero tambien está probado que esa anticipacion no parte desde edad

tan temprana, y por lo mismos no tiene apoyo la expresada novedad.—Aun pasados los diez años y medio, hay delitos en los que el mayor de esa edad, con tal que no haya llegado á la de la pubertad no merece pena por ellos, y esto sucede en los delitos carnales ó de *lujuria*, como dice la ley 9, tit. 1, P. 7^ª, que no permite se acuse por ellos al mozo menor de catorce años, *ca si trabajasse de tal yerro como este, non deve ome asmar que podria complir. E si por aventura lo compliesse, non avrá entendimiento cumplida para entender nin saber lo que fazia*, razon que dá la ley 2, tit 21, P. 7^ª para eximir de pena al mozo menor de 14 años que comete el delito de *sodomia* ó el de *bestialidad*; pero á pesar de estas decisiones conviene no olvidar el desarrollo precoz de la potencia generativa y de la discrecion en nuestro clima, el que por lo comun se verifica desde los doce años en los hombres y desde los once en las mugeres en algunos puntos cálidos, segun quedó dicho en la parte 3^ª del tomo 2^º pág. 23 y sig., y tal vez por esto en el referido Proyecto, art. cit. frac. 6^ª se estima circunstancia exculpante: “Ser (el autor del hecho, aunque no se limita al carnal) mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probare que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infraccion; lo que está conforme con la doctrina de D. Senen Villanova, *Mat. crim. for. observ* 7, cap. 1, quien enseñando: que “contra las transgresiones del menor de diez años y medio y por la capacidad de cometerlas, no se admite prueba,” agrega: que una vez probado el desarrollo de la naturaleza en el menor de catorce años, debe castigarseló por delito carnal.—Si solo en los delitos carnales es considerado incapaz de delinquir el menor de 14 años, esta misma minoria es considerada como *circunstancia atenuante* en los encubridores que ayudan á los delincuentes para aprovecharse de los efectos del delito, siempre que sean parientes del reo.—Por fin, aun los mayores de 14 años, capaces de delinquir y de penas, han sido atendidos para que no se les impongan las ordinarias; pues la ley 8, tit. 31, P. 7^ª dice, que al menor de diez y siete años, *devenle menguar la pena, que darian á los otros mayores por el yerro*; y la ley 13, tit. 14, lib. 12, *Nov Recop.*, imponiendo pena capital al que tuviese 17 años cumplidos, y robara en la corte y su rastro, solo impuso 200 azotes y diez años de galeras al mayor de 15 años y menor de 17.—La ley de 5 de Enero de 1857 en su art. 7^º prohibe imponer pena de muerte al reo menor de 18 años, y de presidio al menor de 16 años; mandando que al delincuente que no hubiese cumplido esta ultima edad y fuese mayor de diez y medio años, se le impongan penas, correccionales, procurándose no ponerlo en la compañía de los otros reos; en lo que siguió el espíritu de la ley 9, tit. 1, P. 7^ª.—Vease lo dicho en las pág. 308 y 309 del presente tomo sobre delincuentes mayores de diez años y medio en el fuero militar.—Para los referidos culpables mayores de diez años y medio y menores de diez y seis téngase presente: que el *Reglamento para la casa de correccion para jóvenes delincuentes aprobado en 9 de Enero de 1859* previene en su art. 2.º “Solo se admitan en dicha Penitenciaría, los de esa edad, que por los jueces del Distrito federal fueren sentenciados á la pena de reclusion,” que será “de tres

años," segun manda el art. 4.º, para que aprendan algun oficio ó se moralizen, que por la circular de 18 de Noviembre de 1850, se previno: que "la detencion, prision, y sentencia de reclusion de todos los menores de 16 años de edad, sean precisamente en dicha Penitenciaría;" y que por Resolucion de 9 de Agosto de 1856, no pueden admitirse en la misma casa de correccion menores corrigendos ó presos que tengan menos de diez años, sin duda porque, como hé dicho, no merecen prision ni pena los que no han cumplido los diez y medio años; así es que si se dá el caso de una desmoralizacion precoz en los menores de esa edad, creo que con el solo fin de procurar su instruccion y el olvido de los vicios, pueden consignarse al Gobernador del Distrito federal ó á la autoridad política local para que los destine por tiempo dado al Tecpan de Santiago Tlateloco ó algun otro establecimiento de beneficencia semejante, ó para que los entregue algun Maestro de artes, en el caso de no haber aquel.

Así como la minoría de edad ha llamado la atencion de los Médico-legistas, la edad avanzada ha merecido sus justas consideraciones, si se exceptúa al autor de la ley de 5 de Enero de 1857, que hizo de ella punto omiso.—En la DECREPITUD no solo se pierden las fuerzas corporales, sino las facultades del alma. El Diccionario de la lengua formado por una sociedad de literatos, voz DECREPITO; Escriche en su Diccionario de Legislacion, voz EDAD; Villanueva en la Observ. 7, cap. 1, n. 11, Menochio, De arbitrar cas. 59, n. 3; Molina, tom. 1, disp. 36, n. 1.º y sig; Gregorio Lopez, glos. ley 35, tit. 16, P. 3.º y otros Juristas, así como Pablo Zaquías, Quest. 7 ad 10, tit. 1, lib. 1, con numerosos Médicos, enseñan: que entre el viejo y el decrepito háy la diferencia de que el primero carece de fuerza mas no de entendimiento, y el segundo pierde la memoria, la prudencia del ánimo y casi el uso de la razon: que el decrepito que ha llegado á quedar privado del juicio no puede ser acusado ni punido en sus excesos; lo que no sucederá, cuando es capaz de ejercitar libremente las potencias de su alma; y que conforme á esta regla deben imponerse las penas segun la mayor ó menor capacidad del viejo.—La ley 8 tit. 31, P. 7.º, que dá reglas á los jueces para CRECER, MENGUAR ó TOLLER LAS PENAS, les manda catar si el reo es mozo, ó mancebo ó viejo, ca mas crudamente deben escarmentar al mancebo que al viejo nin al mozo."—La circular de 10 de Mayo de 1830, corriente en la pág. 500 de la parte 2.º del tomo 2.º de esta obra, "encarga á los tribunales y juzgados obren con perfecto conocimiento de la salud de los reos, al imponerles por sentencias las penas de la ley;" y por fin, el Proyecto del Código penal formado por Martinez de Castro, reproduciendo esos principios, considera como circunstancia excluyente de responsabilidad criminal la decrepitud, cuando por ella se ha perdido enteramente la razon; [art. 34, frac. 4.º]; y como circunstancia atenuante de 4.º clase, si el decrepito no tiene el conocimiento necesario para conocer toda la ilicitud de la infraccion [art. 42, frac. 2.º]

Decrepitud, vejez: cuándo comienzan. Pero ¿cuál será la edad en que debe juzgarse al hombre viejo ó decrepito?—Escriche dice que la vejez es: la edad en que el hombre pier-

de manifestamente sus fuerzas por efecto de los años; y como Zaquías cree que por solo esto no debe calificarse la vejez, pues es notorio que esta se acelera ó retarda segun las enfermedades, los cuidados, el método de vida, el género de trabajo que se ha ejercido y el clima del país en que se vive, conforme á cuyas causas la vejez llega á sorprender al hombre en medio de su juventud; por lo que en las cuestiones sobre vejez, como dice Galeno, los jueces no deben considerar viejo al hombre de robustez ó fuerza regular, aunque sea mayor de 60 años; y vice-versa, deben tener como viejo al que no tenga tal vigor, aunque no cuente 50 años de edad.—Segun la mayor ó menor declinacion de las fuerzas, los Prácticos y los Médicos dividen la edad avanzada en vejez verde, desde los 50 á los 60 años segun unos, y de los 60 á los 70 años, segun otros, en ambos sexos: vejez media, confirmada ó caduca, desde los 60 á los 70 á juicio de los primeros, y á los 80 años en ambos sexos, segun los otros; y vejez decrepita desde los 70 años hasta el fin de la vida, ó desde los 80 hasta la muerte, segun los segundos.—Los Jurisconsultos españoles designan el principio de la decrepitud, á los 70 años, pues en esta edad la ley 2, tit. 17, P. 6.º, excusa de la tutela y curaduría; y la ley 35, tit. 16, P. 3.º, dispone: que á los que tienen 70 años, cuando tengan que declarar como testigos, no se les obligue á presentarse en el despacho de los jueces, sino que vayan estos á sus casas á recibirles sus declaraciones.—Como en el clima europeo, que sugirió las leyes expresadas, el hombre se conserva mas que en nuestro país ardiente, debe creerse que la vejez y decrepitud han de contarse antes de los tiempos fijados, pudiendo servir de regla la frac. 6.º del art. 567 del Cód. civ. del Distrito y California, que exime de la tutela al que tenga sesenta años cumplidos.—Sobre pruebas de la edad, véanse las pág. 270 de la parte 3.º del tomo 2.º

Obediencia al superior en el fuero de guerra.—Apreciacion de esta excepcion. La obediencia al superior legítimo que previno un hecho reprobado por la ley, puede servir de exculpacion, si aunque el mandato constituya un delito, esta circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocia, como dice el proyecto del Código Penal, en la frac. 15 del art. 34, pues que, si bien, como queda dicho en la parte 3.º del tomo 2.º pág. 125 en la comision de un delito por obediencia, tanto el mandante como el mandatario contraen responsabilidad criminal; tambien es verdad que no hay delito cuando no hubo voluntad de cometerlo, y carece de esta el que no conoce que tiene tan grave carácter el hecho que ejecuta, obedeciendo á su superior. Esta excepcion es de considerarse mas particular en el fuero de guerra, no solo para exculpar al subalterno en el caso de que ignore que comete un delito, sino aun teniendo en muchos casos ciencia de este; porque en este último evento podrá favorecerlo la excepcion de fuerza moral, ó miedo fundado de sufrir un mal gravísimo por desobediencia, esto es, la muerte, ú otra pena corporal, especialmente si el subalterno, como es lo ordinario, es tan ignorante y rudo, que no pueda creerse que tuvo todo el discernimiento necesario para conocer toda la gravedad del hecho. Por ejemplo: en una guardia de prevencion arresta un cabo á un soldado ébrio á presencia del centinela; pretende á ese pesar salir aquel, y el cabo sin

usar de otros medios prudentes para impedir la salida, ordena al centinela que lo haga fuego, quedando herido ó muerto el borracho por el cumplimiento de tal órden. Aquí se ha cometido un delito, y sin embargo la responsabilidad de él debe ser del cabo; ya porque el centinela en su ignorancia ha podido creer que obraba en cumplimiento del deber legal de obedecer á su superior, (obediencia ciega que se inculca á todo militar, para el que son axiomas: *el que manda, manda y no se equivoca.....cartucheras al cañon, quepan ó no quepan.....se- obedece y despues se representa.....etc., etc.*) y ya porque, aun conociendo el exceso, puede ser superior en su ánimo el peligro de perder la vida ó ser víctima de otra pena grave por inobediencia supuesto que al subalterno no es lícito discutir las órdenes que recibe, y que debe ejecutar servilmente como simple instrumento ó mera máquina, hasta el extremo de que la ordenanza, como dice Colon, estima como el *mas grave delito la inobediencia, no permitiendo sobre él disimulo*; "porque de la subordinacion y respecto de los inferiores á los gefes, pende todo el buen órden y disciplina de los ejércitos;" y por esto las penas de la INOBEDIENCIA EN ACTOS DEL SERVICIO, son las rigorosísimas que se expresan en seguida:

Inobediencia al superior militar: sus penas.

PENA DE LA VIDA á todo soldado ó cabo, que en lo que precisamente fuere del servicio no obedezca á todos y cualesquiera oficiales del Ejército, (art. 7, tít. 10, trat. 8.º):—á los Sargentos de sus compañías, (art. 9.º, allí):—á los Sargentos de sus regimientos, cuando se hallen de faccion y en igual servicio mandados por ellos, pues fuera de este caso, tendrán la pena de *baquetas* que hoy es arbitraria, porque aquella pugna con la Constitución de 1857, (art. 10):—á los Sargentos de los regimientos que se hallen en el mismo cuerpo, *guardacion, cuartel, tránsito ó marcha*, hallándose mandados por ellos y de faccion; y fuera de este caso caerán en pena arbitraria, (art. 11):—*Igual pena* á los cabos segundos, que no obedezcan á los primeros cabos de su regimiento en lo que pertenezca al servicio, estando de faccion y si desobedecen fuera de esta, serán castigados con pena arbitraria, (art. 12):—á los soldados que no obedecieren lo que cualquiera de los cabos de sus compañías les mande concerniente al servicio, si se hallaren con ellos de guardia, partida ó cualquiera otra faccion; pues fuera de este caso solo tendrán *pena corporal*, (art. 13):—á los demas cabos de su regimiento, siempre que se hallare mandado por ellos en actual servicio, (art. 14):—á los otros cabos de los otros regimientos, en solo lo que fuere del servicio, ó á los que estando de faccion les destinaren por cabos, (art. 15):—*Igual pena*, al tambor, pífano ó clarín por no obedecer al tambor mayor (ó clarín mayor) en lo que les mandare del servicio, (art. 1, tít. 21, trat. 2.º).—La pena misma á todo Sargento que en lo que precisamente fuere del servicio, no obedeciere á todos y cualesquiera oficiales del Ejército, (art. 7, tít. 10, trat. 8.º):—La pena propia, á todo Sargento segundo, que no obedezca á los primeros de su regimiento en lo que fuere del servicio, estando de faccion, pues fuera de ella, solo será depuesto de su ginetá, (arta. 8.º allí)—Colon hablando de estas pa-

nas dice: "para contemplar á un soldado comprendido en la pena capital por el delito de *inobediencia* á los cabos ó Sargentos que no sean de su compañía, no solo es preciso que estos se hallen de servicio, sino que el soldado lo esté igualmente á sus órdenes *no solo en asuntos de pura mecánica, sino en guardia, partida destacamento ó cualquiera otra faccion*, teniendo siempre en consideracion en materias que no son de servicio, la familiaridad y llaneza con que los cabos tratan y se rozan con los soldados, cuya diferencia de ambas clases es tan corta en realidad, que en el servicio es únicamente donde pueden distinguirse." [Dic. de pen. voz *falta de subordinacion*]

Por lo dicho, parece lo mas justo, que la prudencia judicial, atendidas las circunstancias de la clase del delito, gerarquía ó clase del que previno su ejecucion, acto en que la ordenó, clase, instruccion y demas particulares del ejecutor, de la víctima etc.; sea la que haga la apreciacion sobre si debe ser considerada como *circunstancia exculpante* ó como simple *atenuante* la excepcion de obediencia al superior en el fuero de guerra.

Indudablemente no comete con libertad moral un hecho, aquel á quien se violenta para que lo efectúe, si la fuerza tiene los caracteres que quedan expuestos en las páginas 131 y 132 de la parte 3.ª del tomo 2.º de esta obra, esto es, si es *irresistible*, como dice la frac. 4.ª del art. 6.º de la ley de 5 de Enero de 1857, ó como se expresa el Proyecto del citado Código penal exculpando como la citada ley al que *quebrante una ley penal violentado por una fuerza fisica irresistible, ó por una fuerza moral, si esta produce temor fundado é irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor* [frac. 9 y 10 del art. 34]—Sobre la responsabilidad del que hace fuerza para que se cometa un delito, véanse en el volumen citado las pág. 125 y 126; y sobre el caracter que debe tener la fuerza hecha á mugeres, la pág. 123.—Sobre la impenabilidad de la muger que adultera por fuerza, véase tambien la ley 1.ª, tít. 28, lib. 12, *Non. Recop.*

Enfermedades eróticas: su apreciacion en delitos sensuales.

Por término de las excepciones relativas á falta de voluntad ó libertad moral para cometer el hecho, parece conveniente recordar (para el caso en que se trate de delitos carnales) lo dicho en las pág. 168 y 169 sobre las enfermedades denominadas *EROTOMANÍA* ó *FUROR ERÓTICO*, *PRISMATISMO*, *SATIRIACIS* y *NINFOMANÍA* ó *FUROR UTERINO*.

Excepcion de haber obrado en propia defensa ó por necesidad, en auxilio de otro.—Homicidio necesario: sus requisitos.

Casos hay en que con pleno conocimiento se comete una infraccion de ley, y sin embargo no es ella penable. Tal sucede cuando se obra en *defensa de la propia persona, del honor, de los bienes propios, y aun de la persona, honor y bienes de otro, repitiendo una AGRESION ACTUAL INMINENTE, VIOLENTA Y SIN DERECHO*, como dice lacónicamente la frac. 8.ª del repetido art. 34 del Proyecto del Código penal; ó cuando, como se expresa el art. 30 de la repetida ley de 5 de Enero de 1857 *obra alguno en defensa de su propia persona, ó derechos, de la persona ó derechos de su cónyuge, ascendientes, descendientes ó hermanos, ya sea el parentesco por consanguinidad ó afinidad, para*

repeler una agresion ilegítima, obrando por la necesidad racional en el uso de los medios puestos para repelerla; y aun haber obrado en defensa de la persona y derechos de un extraño, siendo injusta la agresion, moviéndose por la necesidad racional en el uso de los medios de la defensa, y habiendo habido falta de provocacion por parte del defendido; con cuyas circunstancias exime el mismo artículo de pena al que matare al agresor en un acto primo.—De terrible amplitud la ley 2, tit. 8, P. 7.ª, declaró libre de pena al que matare á cualquiera que viniese "contra él, trayendo en la mano cuchillo sacado, ó espada ó piedra ú otra arma cualquiera con que pudiera matarle;" y tal extension se hizo mas peligrosa porque además declaró: que el así acometido, "no estaba obligado á aguardar á que el agresor le hiriera primeramente.—La ley 6, tit. 4, lib. 6 F. J. todavía es mas lata, pues hace iguales declaraciones, aun en el caso de que el agresor use de palo, fuste, espada, gladio, ó de CUALQUIERA GOLPE, quoquumque ictu.

Homicidio perpetrado en armas, á golpes ó con otra violencia.

Goyena hablando de dicha ley en su Código criminal español núm. 1081 aprueba la justicia con que se hizo uso de la voz ictus, pues el homicidio puede efectuarse no solamente con armas, sino de cualquiera otra manera, con cualquier instrumento propio al caso, y aun sin instrumento, como á puñadas ó patadas, estrellando á uno contra la pared ó contra el suelo, comprimiéndole la fauces, ó sumergiéndole en el agua, ó por hambre; ó dando causa á la muerte, como impidiendo el socorro de los naufragos, azuzando perro ú otro animal feroz para que le mate, ó de otro modo cualquiera.—La ley 4, tit. 5, lib. 6 del Fuero Juzgo, sin duda por esto castigaba como homicida, al que por injurias daba á otro puñada ó patada, si de esto le resultaba la muerte; pero como dice el mismo Goyena: "dar simplemente con la mano ó pié no prueba voluntad ó intencion de matar, cuando no la corroborean otras circunstancias (como, por ejemplo la de fuerza herculea en el agresor, y anteriores homicidios ó graves lesiones efectuadas con solo ella, en cuyo caso el inminente peligro de recibir irremediamente puñada ó patada de tales resultados, podria excusar al homicida, si se atiende á que la palabra ictus de que usa la ley del Fuero significa golpe, herida, contusion que resulta de alguna arma, ó de las manos y piés, segun puede verse en el Diccionario latino-español de Valbuena, reformado por Martinez Lopez."

Enseñan los criminalistas y entre ellos D. José Marcos Gutierrez en su *Prac. crim. Part. 3.ª Sec. única, n. 36*: que para calificar el homicidio de necesario, es indispensable que en ningún modo hubiera podido excusarse. D. Joaquín Eseriche en su Diccionario de Legislacion y D. Florencio Goyena en su Código criminal siguen en esto con el comun de autores el principio del Derecho romano que dice: "*Defensor propria salutis in nullo peccasse videtur, si aggressorem occiderit, modo illud fuerit factum cum moderamine inculpata tutela, id est, modo qui occidit, vita periculum dicitur non potuisset effugere.*"—Segun esto, si quien se vé amenazado de muerte, puede sin grave peligro ó deshonor evitar la de su contrario con huir, con recurrir á la proteccion del juez ó de otra persona, ó dando voces para que le venga algun

auxilio, ó para que se amedrente el agresor, ó hiriéndolo, sin causarle la muerte, ó de otro modo cualquiera, indudablemente debe ser castigado con alguna pena extraordinaria proporcionada al exceso de la defensa; por que si pudo evitar el homicidio, debió hacerlo, dejando á la ley ó á la autoridad pública vengarle del insulto y no encargarse de la venganza el mismo ofendido, pues por su misma cólera no se hallaba en disposicion de conocer hasta qué punto no se excedería de lo que era justo.

Condicion 2.ª—Agresion actual: El derecho de propia defensa, no encierra el de acometer por una injuria pasada, ó que se teme, pues en estos casos el ofendido debe ocurrir á la justicia. No se puede ejercer ese derecho anticipadamente, y sí solo, cuando el agredido no tiene tiempo de implorar el oficio de la ley; de manera que está obligado á probar, que absolutamente no le quedaba otro medio para librarse de su agresor, que el de darle muerte.

Condicion 3.ª—Imposibilidad de huir. "Es, pues, necesario (dice Goyena) que el que mata en defensa propia se halla retirado cuanto le haya sido posible, para evitar la violencia del agresor, pues aunque tal conducta pase justamente por cobardía en una guerra entre dos naciones independientes, la ley no reconoce este punto de honor entre dos ciudadanos, cuando la ley y los tribunales son los vengadores de las injurias, y darán al ofendido la debida satisfaccion. Asi no merecerá excusa el matador, sino cuando el peligro sea tan próximo y urgente, que no pueda huir, sin exponer su propia vida: tal es la doctrina de la justicia universal."

Condicion 4.ª—Defensa en el acto del peligro. Por lo que respecta á la manera de defenderse, es preciso tomar tambien en consideracion el tiempo; porque si el acometido no puede caer sobre el agresor, sino despues de pasado el peligro, ó cuando huye, no será la defensa propia la que ejerza, sino venganza, y la ley le tendrá por homicida voluntario.—Antonio Gomez, *Var. Resol. (tom. 3, cap. 3, n. 22)* enseña, que no es necesario que el agredido se defienda con armas iguales, pues basta que sea acometido con cualquier género de armas, y que se vea en inminente peligro de perder la vida.

Presunciones por la defensa á falta de testigos. No habiendo presenciado personas algunas el lance, se han de tener en consideracion las circunstancias de las personas y del caso, la especie de instrumento y otras particularidades para calificar ó no de necesario el homicidio; aunque siempre conste que un hombre ha quitado á otro la vida por defenderse, como es difícil justificar si se excedió ó no en su defensa, se le tendrá que excusar, mientras no se pruebe que abusó de las circunstancias para cometer un verdadero crimen.

Defensa de agresion provocada. Aun en el caso de que uno injurie á otro y acometido despues por este, y puesto en inminente riesgo le mate para salvar su vida, ó en el evento de que despues de haber acometido á otro con armas, retrocede y huye en tanto que le es posible, mientras que reducido á la necesidad de haber de morir él mismo ó de matar al que provocó, lo mata; hay autor que sostenga (segun dice Goyena), que ejerció el derecho de propia defensa, aunque deberá castigársele

con pena extraordinaria, en atención á que por su primera injuria verbal en el caso primero irritó á su contrario, y de este modo dió con su culpa ocasion á la muerte; y porque en el segundo caso, no parece hallarse constituido en riesgo de muerte, ni que ejerce el derecho de una defensa forzada, el que fué primero en insultar y acometer á su contrario, precipitándose con esto voluntariamente al peligro de perder la vida; pero si es verdad que nada hay que oponer á lo dicho en cuanto al caso de injuria verbal, no puede decirse lo mismo en el de provocacion ó acometimiento real sin armas, pues por las mismas razones aducidas, [como escribe Goyena] no habría lugar á pena extraordinaria, sino á la ordinaria de homicidio, que se procuró por los medios usuales y á propósito para lograrlo.— Véase sin embargo adelante la prescripción del Proyecto del Código penal.

Presunciones por la defensa, en defecto de testigos.

Quando dos personas han reñido y no hay medio de descubrir quién de ellas fué la primera que agredió, y ambas pretenden, que no obraron, sino haciendo uso del derecho natural de propia defensa, para averiguar la verdad, debe atenderse, como vá dicho, á la reputacion de que goza cada uno de los adversarios, á las circunstancias que precedieron, acompañaron y subsiguieron al hecho, á la confrontacion de las armas con las heridas y á la combinacion de las diferentes relaciones que puedan tener entre sí las declaraciones y las querellas.— Cuando, segun lo predicho, alguno alega para su justificacion la necesidad en que se vió de defender su vida amenazada, no debe admitirse esta excusa, sino en cuanto se halle apoyada en buenas razones y vehementes indicios; pero en caso de duda, si militan iguales presunciones por una y otra parte, debe inclinarse la balanza en favor del acusado.

Pruebas admisibles contra el que se exceptiona con la defensa.

Aunque justifique el matador que no quitó la vida á su adversario, sino por defender la suya, debe no obstante admitirse á los parientes ó herederos del agresor, la prueba que ofrecieren para acreditar que el ofendido *traspasó los límites de la legitima defensa*.— El cit. art. 34 del Proyecto del Código penal declara exculpante la excepcion de defensa en los términos preinsertos, “á no ser que el acusador *pruebe* que intervino alguna de las circunstancias, siguientes:—I. Que la agresion fué *provocada* por el que la repelió dando para ella causa inmediata y suficiente:—II. Que el agredido *previó* la agresion, y pudo *facilmente evitarla* por otros medios legales:—III. Que no hubo *necesidad racional* del medio empleado en la defensa:—IV. Que el daño que iba á causar al agresor era *facilmente reparable* despues, por medios legales, ó era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.— Para hacer la justa apreciacion de estos requisitos, tendrán presente los jueces el art. 235,” (que dice así):—“Para hacer la calificacion de si el exceso ó la culpa en la defensa legitima son punibles, se tendrán en consideracion *no solamente el hecho material, sino tambien: el grado de agutacion ó sobresalto del agredido, la hora, sitio, y lugar de la agresion: la edad, sexo, constitucion fisica y demas circunstancias personales del agredido y del agresor: el número de los que atacaron y se defendieron, las armas que se emplearon en el ataque y defensa.*”

Imposibilidad de descubrir cuál de los contendientes fué agresor.—Cómo se procederá en ella.

Si no es posible averiguar *quién de los dos adversarios ha sido el agresor*, dicen los criminalistas, que no debe castigarse al uno ni al otro; mas para resolver esta cuestion, otros Prácticos ponen las distinciones siguientes:—1.ª Si no ha sido herido ninguno de los dos adversarios, ó habiéndolo sido ambos se consideran de poca importancia las heridas, no se les debe imponer pena alguna, ó á lo menos no se les ha de imponer, sino una pena ligera.—2.ª Si uno solo ha sido herido, ó habiéndolo sido ambos resulta ser mas peligrosa la herida del uno que la del otro, debe la incertidumbre de la agresion hacer disminuir la pena que merecia el que hirió en el caso de que se le hubiera reconocido por agresor.—3.ª Si el uno sale vivo de la refriega y el otro queda muerto, quieren algunos Autores que se absuelva al homicida, porque no habiendo mayor presuncion contra el uno que contra el otro, se está en el caso de aplicar por razon de la duda la regla general, que tiene por menos malo dejar sin castigo al culpado, que condenar al inocente: otros pretenden, que si el vivo gozaba de buena opinion y fama, y era tenido por hombre pacífico, y de conducta irreprochable, debe presumirse que fué provocado y que cometió el homicidio por propia defensa, sin que por consiguiente haya incurrido en pena alguna: varios dicen que el vivo debe ser castigado como homicida, si no acredita que privó de la vida á su adversario por no tener otro medio de conservar la suya, porque así el homicidio, como cualquiera otro delito, se presume cometido con malicia ó dolo, mientras no se pruebe lo contrario; y muchos, finalmente considerando rigurosa esta última opinion, á causa de la incertidumbre de la agresion, no se atreven á pronunciar contra el vivo, sino pena menor que la del homicidio. La opinion anterior á esta, es la mas conforme con la ley de 5 de Enero de 1857, supuesto que por su artículo 6.º declara, que *todos los delitos de que trata, se deben reputar cometidos voluntariamente, á no ser que medren las circunstancias que ella marca, y de las que exige prueba*.—4.ª Cuando resulta que los dos adversarios se acometieron á un mismo tiempo, como si cada uno fué al encuentro del otro con espada en mano, ambos deben ser castigados si sobreviven, ó el que hirió ó mató.— Sobre la confesion del homicidio (calificada) ó con la excepcion de haberse perpetrado en propia defensa, véase la página 244 del tomo primero de esta obra.

Homicidios permitidos por las leyes españolas.

En las inserciones con que da principio al párrafo 1.º sobre la *excepcion de propia defensa ó en auxilio de otro*, no solo está comprendido el *homicidio necesario*, llamado así, porque no puede evitarse sino con peligro de la propia vida; sino tambien el *homicidio permitido*, que así se denomina, porque lo permite la ley en los demas casos señalados en las inserciones, despues del de defensa de la propia persona.— La ley 1.ª, tit. 21, lib. 12, Nov. Recop. numera los casos siguientes, en que declara lícito matar:

Homicidio del enemigo: no es ya permitido.

1.º Al *enemigo conocido*; pero como esto seria contentar mas bien la venganza privada, que tanto la repetida ley 1.ª como la 4.ª siguiente; la 17.ª, tit. 26, P. 2.ª, la 5.ª, tit. 3, P. 7.ª, y la 76 de Toro, procuraron satisfacer, mas bien que á la sociedad ofendida; desde muy atrasada fecha