

ceso de los medios y en el fin. Encargué el rapto de la joven, pero mis agentes la rodearon un lazo al cuello y quedó estrangulada: no soy responsable del homicidio. Dí la comisión de verificar el rapto, y mandé que se la sujetase por el cuello para impedir los gritos: soy responsable de la asfixia producida como consecuencia que debió preverse a causa de los *medios* por mí indicados.

§ 354. Hay diferencia entre atribuir responsabilidad a un delincuente, por los *efectos materiales* ocurridos contra sus previsiones y determinar aquella a causa del *estado de ánimo* de su compañero. En el efecto material más grave aparece la lesión de *derecho ulterior*, que requiere especial protección; si fácilmente se pudo prever como consecuencia de los *medios queridos*, justo es hacer responsable a quien fué causa de ellos, si bien con falta de intención. El *estado de ánimo* del delincuente no representa violación ulterior del derecho, sino una *forma* de la misma violación, cuya responsabilidad ha de pesar sobre el que la descubre en sí mismo, esto es, en las condiciones de su ánimo.

§ 355. 3.º *Coherencia en la situación jurídica de las personas*. Las reglas establecidas en punto a la *complicidad*, ora nos lleven a atribuir al cómplice imputabilidad menor, ora nos conduzcan a *igualarla* con la del autor principal, presuponen que todos los concurrentes al delito no presentan *cualidad excepcional* en sus personas. Si alguno de ellos mues-

tra en su persona una *cualidad* determinante de *aumento* o *disminución* de la imputabilidad, es cierta la regla general que excluye a los compañeros del agravio o del beneficio. Por ejemplo, la *reincidencia*, la cualidad de *extranjero* y otras análogas, que producen agravación de pena; la *imbecilidad*, la *embriaguez*, la *menor edad* y otros motivos de excusa o atenuación, cuando concurren en uno, pero no en otro, alteran la responsabilidad de aquél y dejan intacta la imputabilidad de éste; por tal manera nace un desequilibrio accidental en las proporciones ordinarias de la imputación. El punto hasta aquí no ofrece dudas.

§ 356. Pero se dan casos en los cuales la *condición personal* influye sobre el *título del reato*, y entonces surge grave disputa entre los escritores. En general, las *cualidades agravantes* derivadas de las *circunstancias materiales del hecho* son *comunes* a todos los coparticipes en el mismo, aunque subordinadas a las reglas del *conocimiento anterior* y del *exceso* anteriormente descritas. Son, por ejemplo, reos de hurto *violento* o de hurto con *escalamiento*¹ los que sin usar de *violencia* ni verificar la *efracción*, conocieron ambas circunstancias en el momento de obrar, y a pesar de ello persistieron en los actos: natural parece la consecuencia, puesto que esas circunstancias agravantes fueron *medio* para el

¹ Robo decimos en España, en ambos casos. (N. del T.)

delito por todos conocido y querido, y mero accidente la ejecución de las mismas por el uno o por el otro de los partícipes.

§ 357. Si las agravantes no proceden de circunstancia material del hecho, sino de especial cualidad de una persona (como el parricidio por la cualidad de hijo en el matador; el hurto doméstico por la de criado en el ladrón), ¿qué deberemos establecer? El cómplice que no es hijo ni criado, ¿será partícipe en la agravación nacida de la cualidad de hijo o de criado del autor principal? La cuestión es delicada.

§ 358. Algunos se fijaron en el nombre, y observando que un delito, según la persona que lo consume, cambia su nombre, dedujeron la mudanza del título y negaron la admisibilidad de dos títulos diversos sobre el mismo hecho. Los cómplices, conocedores de las condiciones personales de su compañero, consintieron en tomar parte en un delito, al cual la ley atribuía caracteres más odiosos por efecto del concurso de aquél y deben sufrir todas las consecuencias. Según ellos, por lo tanto, los conjurados que dieron muerte a César serían todos culpables de parricidio, porque Bruto era hijo del dictador.

§ 359. La jurisprudencia francesa se ha mantenido constante en ese sentido riguroso desde la sentencia del T. de C. dictada en beneficio de la ley el 3 XII 1812 hasta la decisión de 24 III 1852. Sostiene esta opinión entre los modernos BLANCHE

1 Y la española sigue el mismo derrotero (N. del T.)

(*Deuxième étude pratique sur le Code pénal*, París, 1864), el cual la resuelve planteándola en ciertos términos, a mi juicio inexactos. Afirma que el título de parricidio deriva de la cualidad personal del muerto, deduciendo, por lo tanto, la agravante como inherente al hecho, y por lo mismo común a cuantos en él participaron. El argumento no tendría réplica si en realidad la agravante derivase en absoluto de la cualidad inherente a la persona del muerto, por ejemplo, la de sacerdote, la de niño recién nacido y otras análogas. Pero la cualidad de padre es relativa; existe respecto a uno de los partícipes y no en cuanto al otro. Luego se adhiere al hecho del uno, pero no al del otro. De aquí nace la razón de la duda, que no se resuelve, por cierto, con la fórmula de BLANCHE¹.

1 Entiendo que este problema controvertido podría recibir cierta luz doctrinal por medio de una analogía. Sabido es que cuando aún regia el título de lesa majestad, todos los escritores enseñaban, como máxima generalmente recibida, que ese título requería, entre otros extremos esenciales, el de ciudadanía del delincuente. Ahora bien; ¿cuál era la enseñanza, cuál la decisión en el caso de participar un extranjero en la conspiración urdida por regnicolas contra el propio soberano? La sabiduría de nuestros mayores sancionó una teoría completa, que presenta la más cabal analogía con el caso cuestionado: como es relativa la cualidad de padre respecto del hijo, lo es también la del príncipe respecto del súbdito. La solución de un caso no puede diferenciarse de la del otro. El objeto de la indivisibilidad del título, fundamento único de la doctrina sobre comunicación, es idéntico en ambos ejemplos.

§ 360. Otros, por el contrario, miraron la cuestión por el punto de vista de la *violación del deber*. El cómplice, que no es *hijo* ni *criado*, dicen, no violó el sagrado vínculo natural ni rompió la fidelidad debida al amo: luego es menos culpable y debe ser menos castigado. Verdad es que se produce cierta repugnancia a considerar ineficaz en cuanto a los cómplices la cualidad modificativa del *título* determinada en el *autor* físico del delito. Admitamos respecto de aquéllos la inexistencia de *violación* de un especial *deber* impuesto al autor principal, pero ellos consintieron y concurrieron a sabiendas a la *violación de aquel deber*, cuya observación nos llevaría a dudar de la exactitud de la doctrina más benigna. Pero es igualmente cierta de otra parte la repugnancia de castigar con mayor dureza por la cualidad de cómplice, de la que se emplearía en castigar a éste si él fuese autor principal, cuya observación a su vez nos conduce a dudar de la opinión más rígida. En cuanto a mí tiene mucha fuerza la última.

§ 361. La opinión de los primeros parece más estrictamente legal y fué seguida por CARMIGNANI y GIULANI, y virilmente sostenida por RAUTER (*Traité de droit criminel*, § 119), y el insigne MOLINIER (*Revue critique* Vol. XIII, p. 86). La opinión de los segundos es más humana: ARMELLINI la sostiene en punto a infanticidio; CREMANI, ROBERTI y ROSSI respecto a parricidio, y antes que el último la habían sostenido en Francia CARNOT (*Instr.* 2, 574), LEGRA-

VEREND (1, 133), y después de él BOITARD (*Code pénal*, p. 294). CHAVEAU (*cap. II*), en Bélgica, HOOREBECK (*Complicité*, p. 208), y en España, PACHECO (*Estudios de derecho penal*, p. 178). Todavía se afirma con el parecer de otros insignes criminalistas, entre los más recientes el preclaro TOLOMEI, en su *Diritto penale*, Padua, 1863, p. 218.

§ 362. La fórmula a propósito, en mi juicio, para resolver este punto controvertido, es la usada modernamente por TREBUTIEN. La *complicidad*, dice, no puede ser más que *real*. Esta fórmula tiene un gran sentido. Significa que el cómplice es un *accesorio* del hecho, no de la *persona* del autor principal. Si el hecho constituye delito, aunque el autor principal no sea imputable, puede serlo el cómplice. Si al hecho corresponde un grado de imputabilidad, como diez (siquiera el autor principal, por condiciones particulares, sólo sea imputable como cinco o deba serlo como quince), la imputabilidad del cómplice se medirá por el tipo de diez, correspondiente al *hecho*, salvo las modificaciones requeridas a causa de las condiciones personales del cómplice. Entre las personas del autor principal y del cómplice no existe nexo alguno bajo el punto de vista de la respectiva imputabilidad. El nexo, tanto del uno como del otro, existe con el *hecho* violador de la ley, y sobre la determinación de esta única relación se ha de establecer el cálculo y fijar la medida de la respectiva responsabilidad. Pero en la aplica-

ción de la fórmula antedicha, TREBUTIEN, influido por la jurisprudencia francesa, se coloca en posición falaz cuando la *realidad* diversa del hecho deriva de la *variación* del nombre. Si el homicidio, dice, se convierte en *parricidio*, y el *hurto* simple en *doméstico*, porque el autor del primero es un hijo y el del segundo un criado, los cómplices serán respectivamente deudores de *parricidio* y de *hurto doméstico*, a virtud de un nexo *real*. Según él, por lo tanto, variado el nombre, *varia* la cosa. Por tal manera, se llega a identificar la *realidad* con el nombre y éste con aquélla. Ahora bien: si al legislador pluguiese crear un nombre distinto aplicable a los delitos cometidos por reincidentes o por extranjeros, como esta cualidad en el *autor* del delito venía a crear un título nominalmente diverso, se debería mirar como una *realidad*. El ver o no la premeditación como realidad, dependería de las eventualidades del lenguaje. En Francia, donde pareció conveniente dar el título de asesinato al homicidio premeditado, la premeditación sería *real*; en donde el nombre de asesinato se reserva para el verdadero caso, y el homicidio premeditado cae bajo el título de homicidio, dicha cualidad sería *personal*; ante semejantes obstáculos, me permito dudar acerca del modo de definir la realidad.

§ 363. El nombre es una accidentalidad derivada de la fantasía de los doctores y que podía no serlo, pues hay muchas circunstancias agravantes de un

delito cuyo nombre no varía. La *realidad* del hecho criminoso no consiste en el nombre dado por los criminalistas; reside en sus condiciones *materiales*, o sea en el efecto *dañoso* representativo de la violación de la ley. Si al *tercer hurto* hubiesen dado las escuelas un nombre especial, ¿no resultaría de aquí que la condición de reincidencia en el autor principal era cualidad *real*? Y cuando una legislación, por ejemplo la toscana, como pronto veremos, ha suprimido el nombre de *parricidio*, es intuitivo que desaparece la razón derivada del nombre. Por manera que las condiciones *intrínsecas* serán nada, según este criterio deducido del nombre.

§ 364. Para tener la *realidad*, la circunstancia agravante de previsión ha de constituir un momento *físico* de la ejecución del reato. Aplaudo, pues, la fórmula del insigne profesor de Rennes, pero no me persuado de su aplicación al caso del parricidio. La teoría de la *realidad* se adapta perfectamente al caso del particular convertido en cómplice de un Notario, que abusando de sus funciones comete falsedad en documento público: Casación de Francia de 10 IV 1821. Se adapta también al cómplice del Médico, que abusando de su arte haya procurado el aborto: Cas. de 16 VI 1865. Pero no se manifiestan, a mi juicio, los términos exactos cuando se pretende aplicarlos a una relación general sin influencia alguna material sobre la ejecución o facilitación del delito, o que para usar de nuestra

fórmula, no representan ninguna función en la fuerza física del delito, aunque se tomen en cuenta para determinar el aumento de la fuerza moral subjetiva u objetiva.

§ 365. Mi inteligencia vacila, lo confieso, ante esta grave cuestión. En último término me resolveré por la opinión más benigna en los casos en los cuales la realidad personal produce simple agravación del delito, sin cuidarme del cambio de nombre, como en el parricidio y en el infanticidio.

§ 366. No obstante, dos cosas conducen forzosamente a la comunicación: 1.º Si la cualidad personal constituye la esencia del maleficio. 2.º Si la cualidad personal sirve de medio para el delito.

§ 367. 1.º La cualidad personal constituye la esencia en el delito de deserción, en el incesto, en el adulterio, en la bancarrota: sin la condición de soldado, de pariente, de casado o de negociante en el autor principal, se reduciría a lícito ejercicio de la propia libertad en el primer caso, a simple fornicación no imputable políticamente en los otros dos, a mero fraude civil en el cuarto. Exhonerar en estos cuatro casos a los cómplices de las consecuencias de la cualidad personal del autor, sería tanto como decretar su impunidad, lo cual es absurdo. Igualmente, cuando la cualidad personal en el caso inverso, destruye la esencia del delito, como el del marido, que yace con la mujer propia, tampoco puede ser casti-

gado el cómplice. Este punto me parece claro¹.

§ 368. 2.º Si la cualidad personal de uno de

I En la interesante indagación sobre la influencia de las cualidades personales de un partícipe para la imputación del delito, ocupa lugar preferente la bellísima cuestión propuesta por PILEO *Cuestiones aureae* 134), y reproducida por HARP-RECHT *Dis.* 67. n. 86, 87), Ticio ha visto pastando en el campo un rebaño: llama a Cayo y le persuade a robar una res y venderla en beneficio común. C. equivocó la indicación del campo; fué a otro sitio donde pastaba el ganado de T.; arrebató una res y la vende. Se pregunta *quis juris* respecto a T. y respecto a C.? ¿Es éste autor de hurto, puesto que obró por orden del propietario de la cosa que se pretende hurtada? ¿Puede sostenerse la orden o consentimiento del propietario, cuando éste no quería el hurto de la cosa propia? ¿Coexiste talmente tentativa a causa del error accidental ocurrido en el acto consumativo? ¿T. es reo de instigación a delinquir, de concierto criminoso o de tentativa de hurto? En el caso de un Notario, cómplice del particular falsificador de documentos públicos, hase dudado de la concurrencia de agravante deducida de la persona constituida en oficio público, y por lo tanto de la procedencia de mayor pena. La Cas. de Francia en 23 III 1827 decidió negativamente, a mi juicio con razón. El reato de falsificación es cualificado a causa del abuso en el oficio público. Cuando semejante abuso no interviene, porque el particular falsificó con sus medios propios, no hay falsificación cualificada. Fáltale la condición esencial de la cualificación. Mas si por necesidad del hecho se da el abuso de oficio, porque sin el asentimiento del Notario no podía falsificarse el documento, ¿no sería verdaderamente judaica la misma solución? ¿Es por ventura menor la falsificación por el abuso del Notario (en lo cual está la racionalidad de la agravante) que suministrando dolosamente el protocolo y los medios necesarios para el delito, ha hecho ejecutar las alteraciones por otra mano, a su juicio más hábil que la suya?

los partícipes sirve de *medio* al delito, como acontece en el *peculado* o en el *hurto doméstico*, la agravante nacida de esta *cualidad personal* se compenetraba en cierto modo con el *hecho*, lo mismo que el escalamiento o la fractura la convierte en *realidad* en el riguroso sentido ontológico, porque no pudiéndose cometer aquel delito sin la intervención de la persona en la cual concurría la cualidad, que lo hace más odioso, la cualidad misma sirvió de instrumento para la *ejecución*. Intervino como elemento de la fuerza física del reato. Por lo tanto, en semejantes especiales condiciones, asumiendo la *cualidad personal*, el carácter de *realidad* debe influir sobre la suerte de todos los partícipes, que a sabiendas aprovecharon el beneficio de la misma. Condición del *hurto doméstico*¹, es que el ladrón, además de prestar servicio continuo y retribuido, cometa el hurto *abusando de la facilidad del servicio*. Respecto a la noción del hurto doméstico, es imposible negar una *realidad* a la condición de *criado* en el autor de aquél; si el servicio fué *medio*, la cualidad de sirviente lo fué también. La cualidad de *criado* será *personal*, pero la *eficiencia* de la *comodidad del servicio* sobre el hecho es *real*. Con razón el T. de C. de Florencia, en dos sentencias de 17 II 1855 y 28 IV 1860, se adhirió a la opinión más severa respecto a la domesticidad, porque entre nosotros el servicio

¹ La expresión italiana, por extremo concisa y adecuada, es *famulato*. (N. del T.)

como *medio* es esencial al hurto doméstico. Estas sentencias serían contestables en una legislación que agravase la pena del sirviente, aun cuando la domesticidad no *fuese medio para el hurto*, y en los casos en que el servicio de modo alguno hubiese sido la *ocasión* del delito entonces ningún carácter de *realidad* se determinaría en la *condición* del autor. La agravación tendrá su origen en el horror hacia la violación del deber y en el cálculo del mayor peligro o de los medios escogidos materialmente para la ejecución. Por lo mismo no se podría deducir de las sentencias citadas una solución general del problema en sentido científico, y mucho menos una conclusión idéntica en el tema del parricidio, en el cual la *realidad* de la condición de hijo es muy difícil de concebir.

§ 369. No puedo abandonar este punto sin volver a cierta indicación precedente y mostrar la *diversa forma* jurídica, que toma la cuestión gravísima de la *comunicabilidad* de las *cualidades personales* de uno de los partícipes del homicidio. Nace esto de una especial circunstancia: el derecho constituido, al proponerse el problema indicado, puede proceder con doble y distinto método, a saber: 1.º Dando al delito *nombre especial* a causa de la intervención en él de una *determinada persona* (el hijo del muerto). 2.º Sin cambiar el *nombre* del delito ni agravar la pena, dictando especiales disposiciones en odio a la persona que ostenta cierta cualidad.

§ 370. La divergencia en los efectos de ambos métodos es incontestable, y ella influye, no sólo en la solución del punto, sino que afecta también a la esencia de los argumentos por medio de los cuales se quieren resolver. Es, por lo tanto, indispensable resumir claramente el problema bajo los dos aspectos, para concretar sin equívoco alguno la fórmula de la pregunta en uno y otro caso y poderlas discutir sin confusión de ideas.

§ 371. PRIMER CASO.—La ley positiva acepta la *nomenclatura* especial que la ciencia usa para designar la muerte de un ascendiente y mantiene el título de *parricidio*. De esta circunstancia deriva el argumento de CARMIGNANI, generalmente repetido y punto de apoyo de la opinión más severa, que se condensa en la observación siguiente: El título de *parricidio* es diverso del de *homicidio*; si el hijo interviene en la muerte del padre, el *hecho* no constituye homicidio, se transforma en otro delito; y el extraño que participa en él debe sufrir las condiciones del título en el cual participó. Es repugnante, se añade, admitir *dos títulos diversos* de un sólo acto. El delito se transformó por efecto de aquella intervención y debe pesar sobre todos los partícipes con la nueva forma recibida. Llevada la cuestión a este terreno, fácilmente se comprende por qué la jurisprudencia francesa, combinando el principio de la *indivisibilidad del título* con las nociones de *autor* y de *cómplice*, ha casi constantemente distinguido si

el hijo era *autor*, *coautor* o *cómplice*, comunicando la agravante en el primero y segundo caso (Cas. 20 IV 1827, 16 VII 1835, 23 III 1843, 9 VI 1848, 11 IX 1851, 24 III 1813); y no comunicándola en el del hijo cómplice (Cas. 27 IV 1815, asunto *Balitout*, y 21 III 1844). De esta suerte, la cuestión se reduce a una pura *materialidad*, por cuya virtud el hijo que encargue a otro la muerte de su padre, no incurre en agravación de pena. Este es el punto de vista bajo el cual la cuestión se agita, principalmente entre los eruditos, quedando hasta ahora dudosa según mi modo de ver, si bien prevalezca la doctrina de la comunicación de la *cualidad personal* desde el *ejecutor* al *partícipe*, y de la negada validez a la *cualidad* del partícipe.

§ 372. Este sistema será justo y aceptable según las disposiciones literales de tal o cual derecho constituido. Pero mirado a la luz de los principios del derecho filosófico, no lo admito, porque me parece contradictorio del sentido moral y del criterio político. Si para aumentar la cantidad de un delito, habida cuenta de las *cualidades personales* del agente, se atiende a la *violación del deber* especial, la falta acrecerá tan sólo en cuanto al ligado con aquel deber, sea autor o sea cómplice del delito. Por el contrario, considerada la *cualidad personal* como elemento de gravedad política, a causa de la mayor alarma que produzca el delito cometido por ciertos individuos, de la facilidad mayor de cometerlo, de