

la impunidad más fácil, de la posibilidad menor de defensa, entonces la cualidad personal reviste el carácter de *circunstancia del hecho* criminoso, figura entre los elementos de su *materialidad*, y cargando todo su peso en la balanza política, agrava indistintamente a todos los conocedores o consocios del crimen, sin distinguir que en el lenguaje científico o legislativo se dé a aquel en quien semejante *cualidad* se nota el nombre de autor, de correo, de auxiliador, de consejero, de mandante o de socio. Luego que dicha *cualidad ha ejercido sobre el hecho la influencia* calculada por la ley, las previsiones de ésta se realizan y el delito se agrava respecto de todos. Tales son a mi pobre juicio, los términos de la solución del problema ante la pura razón científica, cuyo modo de ver es enteramente conforme al de ROBERTI, que ampliamente lo expone en su *Curso de Derecho penal, vol. II*, núm. 692 a 700. Es también conforme a la jurisprudencia napolitana, como se desprende del *Diccionario* de ARMILLINI, en la palabra *complicidad*, § 3. No debe determinar la definición del título el *accidente* de hallarse la cualidad especial en el *autor* o en el *cómplice*, o mejor dicho, la solución del conflicto no puede depender de la definición de un *título especial* o de la aplicación de un *nombre dado*. Dependerá de la influencia concreta de la cualidad personal sobre la ejecución del delito, en cuanto se pretenda considerar el hecho como más grave realmente, o de la consideración

del *deber violado* en cuanto se quiera juzgar más odiosa la *acción* de la persona que lo *violó* al delinquir.

§ 373. SEGUNDO CASO.—La cuestión reviste forma enteramente nueva y especial cuando se presenta enfrente de una legislación positiva, la cual (como el C. t. de 1853) no establece diferencia de título entre la muerte del padre y la del extraño. El C. t. admite *título de parricidio*; el hijo parricida es, como el extraño, castigado con la muerte (art. 309) si el homicidio fué premeditado. Es castigado como el extraño con la casa de fuerza desde siete a diez años, si el homicidio fué simple (art. 310). En presencia de este C. u otro semejante, la cuestión no puede plantearse derechamente bajo el punto de vista de la *comunicabilidad de las agravantes*, ni sufrir la influencia del principio de la *transformación* y de la *indivisibilidad del título*. El C. t. ha significado su horror contra la maldad del hijo, no *agravando* en los casos ordinarios, sino denegándole toda *minoración* de la imputabilidad aun en aquellos en que por motivos especiales se concediera a otro por la ley. Si el homicidio premeditado se comete contra un *ascendiente*, no es permitido admitir las *circunstancias extraordinarias* que autorizan la sustitución de la muerte con el ergástolo (art. 309, § 4.º). Si el homicidio es instantáneo, la excusa de la provocación no se admite siendo el *muerto ascendiente del*

*matador* (art. 340, § 3) <sup>1</sup>. No me parece sutileza, sino verdad positiva, afirmar que la cuestión, según nuestro C., es totalmente diversa de la tratada en general por los escritores, sobre la comunicabilidad o no del título de parricidio.

§ 374. No se trata realmente en nuestro caso del cálculo de una circunstancia que agrave la *cualidad* o cambie el *título* del delito, sino de la *valoración* o de la *preterición* de una circunstancia, que, por regla general, *degrada* la fuerza moral subjetiva, y por lo mismo *minora la imputación*. Trátase de una cuestión más próxima, el caso de *intención criminal distinta*, examinado antes que el problema de la *comunicabilidad de cualidades personales* influyentes sobre el título, a las cuales nos referimos en el presente caso. La equidad, la moral, la justicia imponen a los Jueces, dado el silencio de la ley, la aplicación de pena menor al matador o causante de lesiones, provocado gravemente a tales violencias. Esta regla se ha elevado ya a la categoría de principio científico. Pero han hecho más todavía, obligando a todos los buenos legisladores a consignar dicha causa en sus Cs. como precepto absoluto. ¿Por qué? Por la intuición de una degradación en la fuerza moral del delito. Se atenúa la imputación al

<sup>1</sup> Esta medida es análoga a la disposición del C. f. artículo 324, por extremo severa, donde se declara inexcusable la muerte del cónyuge cometida por el otro. Pero la locución francesa acaso es más impersonal que la del C. t.

provocado, porque la perturbación del justo resentimiento excitado en él por las injustas violencias del provocador lo pone en estado de *intención imperfecta*. No es tolerable, según regla, que en la balanza de la justicia pesen igualmente la intención imperfecta y la perfecta y completa en todos sus momentos morales de inteligencia y libertad. Tal es la razón de la excusa. Pero ésta es enteramente *subjetiva e individual*; no reside en el hecho ni en las condiciones de ánimo del agente; no se altera con ella la *cantidad* del delito considerado en sus elementos de hecho; se imputa, no obstante, menos a quien lo cometa bajo el impulso de una voluntad menos libre o menos lúcida.

§ 375. Luego esta excusa ha de buscarse mediante indagación subjetiva en cada uno de los delinquentes, como la menor edad, la imbecilidad, la coacción propia o impropia, el error, la embriaguez y otras semejantes, posibles en uno de los delinquentes y en el otro no, porque éste obró con inteligencia perfecta, con libertad de elección, mientras el primero lo hizo con libertad restringida o perturbada inteligencia. Luego en nada repugna a la ciencia y es coherente a las reglas de buena justicia, que de dos causantes de lesiones el uno pueda declararse provocado porque sufrió graves injurias de su enemigo y el otro no, porque se lanzó a la lucha por bárbara sed de sangre o por odio, sin razón alguna para considerar propias las injurias del pro-

vocado. En punto a excusas derivadas de cierto estado de ánimo, no se da comunicación jurídica. Tengo esta regla como absoluta, porque no encuentro la razón de la excusa en la hipótesis, extraña para mí, de la pérdida del derecho en el provocador, sino de la realidad irrecusable de la alterada situación de ánimo del delincuente.

§ 376. Para aclarar todo lo posible mi pensamiento, he de advertir, que esta regla no cambia por la práctica de reconocer provocación o excusa de justo dolor en las inferidas a nuestros próximos parientes, a un amigo y en general a una persona querida. Quien objetase con tales casos para impugnar la regla propuesta, argumentaría sofisticadamente. Cuando hiero al que maltrató a mi hermano, no alego como excusa la turbación de ánimo sufrida por mi hermano, sino la turbación *por mí* experimentada a causa de las ofensas inferidas a persona de mí amada. No es una *comunicación de estado intencional* hecha de hombre a hombre; es simplemente la valuación del estado intencional subjetivo en cada uno de los agentes. Por el contrario, si provocado yo por C. entro en lucha con él y un extraño casualmente recién venido, impelido del odio que alimenta contra aquél lo mata, consideremos la ausencia de vínculo alguno de *afecto* entre el extraño y yo, el *desconocimiento* por su parte de la provocación por mí sufrida, y dígase en qué principio moral o jurídico se apoyaría la excusa a favor del

extraño. Imagínese que yo he maltratado a C., pero éste se sobrepone y me maltrata; si yo vuelvo hacia él, ciertamente no he sido provocado, pero si mi hermano llega casualmente y viéndome en tierra bajo los golpes de C., su ánimo se conmueve y lo hiere, se deberá acordar una excusa a mi hermano aunque se niegue respecto de mí, y será indispensable negármela a mí aun cuando se acuerde para él. El dolo es individual, e individual ha de ser cualquier gradación de él. Repito, pues, como regla absoluta, que todas las excusas cuya raíz está en la fuerza moral subjetiva del delito, deben regularse mediante cálculo especial en cuanto a cada uno de los delinquentes. No comprendo, merced a qué preocupación, esta verdad admitida por todas las jurisprudencias en materia de atenuantes, vacilen algunos para admitirla a propósito de la más exacta evaluación de los grados del dolo.

§ 377. He asentado los precedentes expuestos a fin de abrirme paso en la solución de la duda sobre el segundo caso indicado, pues entiendo que negada la insostenible tesis de la *indivisibilidad* de la excusa, y sostenido, por el contrario, el principio de la *individualidad* de aquélla, la solución de la duda no parece difícil ni disputable.

§ 378. ¿Qué ha hecho el C. t. al negar al hijo matador de su padre la excusa de la provocación? Sancionar el sumo principio moral de la reverencia debida a la sacra persona de los ascendientes. Si el

padre se lanza a indebidas violencias con el hijo, éste no debe olvidar que es su padre. Aquí no se aprecia el derecho del provocante, sino la posición del provocado. Lo mismo existe la perturbación de ánimo en el hijo excitado por la injusta sevicia del padre, como en el extraño; pero la ley reprueba esa perturbación en el hijo y si no la tolera, compadecida por lo menos de la humana flaqueza, la excusa en el otro. La perturbación en el hijo no es considerada *justa*, porque la ley la rechaza y al hacerse limita a repetir un precepto de la ley natural, que manda a los hijos sufrir con paciencia hasta los excesos de quien les dió el ser. Es, por lo tanto, un deber de índole excepcional sufrir las violencias sin volverse contra ellas. Este deber no puede extenderse a los extraños. Luego la razón de la *inadmisibilidad* de la excusa no es común a los extraños. Han de ser juzgados éstos según la situación de su ánimo propio; en ellos es *justo* el resentimiento y el dolor, que son *injustos* en el hijo. Si veo maltratar a mi mujer, mi resentimiento es justo, como lo es si soy yo el maltratado, aunque en uno y otro caso el ofensor sea el padre de aquélla. Nadie duda de la procedencia de la excusa en mi favor si llego a matar a mi suegro por reacción en mi obrada a causa de los malos tratamientos inferidos por aquél a mi mujer o a mí mismo. Pero si mientras yo ataco a mi suegro mi mujer se me une, surge ya la duda terrible. Mi mujer es hija de mi agresor. Si

es declarada *autora* o *coautora* de la muerte, no hay excusa para ella, porque así lo dispone sabiamente la ley. Pero la excusa que me favorecía en la reacción contra mi agresor hasta el momento de intervenir en la lucha la hija del mismo, ¿desaparecía de improviso por un efecto de magia? La ley que evaluaba justamente mi resentimiento racional como excusa de los primeros golpes por mí asestados al adversario, ¿anulará repentinamente esta concesión por intervenir un hijo de aquél uniéndose a mí para herirlo? La degradación favorable cuando era *autor* del delito, ¿no me aprovechará si me he convertido en cómplice? Donde se sostuviese este modo de ver el formulismo de la denominación de autor o coautor representaría más fuerza que la verdadera. La ley natural y la ley social no me imponen el precepto de la obediencia pasiva y del sufrimiento de las ofensas producidas por un extraño. Debo ser juzgado según el conjunto de hechos en cuanto dependa de la *materialidad de los hechos*; en cuanto dependa de la condición del ánimo y de los deberes individuales, debo ser juzgado según mi posición particular.

§ 379. En este sentido resolvió claramente el problema el C. e. de 1848 en el art. 69, cuyo texto conviene reproducir: *Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para ase-*

gurar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurrían. Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar o atenuar únicamente la responsabilidad de los que tuvieron conocimiento de ellos en el momento de la acción o de su cooperación<sup>1</sup>. Interesa consultar sobre este artículo el comentario de PACHECO. El principio del respecto al elemento moral en la complicidad tiene aquí su más amplio desenvolvimiento. Parece que se inspira en los mismos principios, aun cuando no llegue a todas las consecuencias, el art. 103 del P. portugués: *En el caso de pluralidad de agentes, las circunstancias agravantes o atenuantes, que afectan a la criminalidad del hecho en sí, extiéndese a todos ellos; las que sólo modifican la culpabilidad personal de alguno, no se extienden a los otros*. Ciertamente el ímpetu de los afectos es circunstancia relativa a la menor culpabilidad del agente.

§ 380. Más explícito es el art. 105 del C. s. n. de 1861: *Las circunstancias o las cualidades permanentes o accidentales inherentes a la persona por las cuales se excluye, se aumenta o se disminuye la pena de cualquiera de los autores, agentes principales o cómplices, no se aprecian para excluir, aumentar o dismi-*

<sup>1</sup> Sin variación alguna se mantuvo esta regla en la reforma de 1850, y se conserva en la de 1870, art. 80. (N. del T.)

nir la pena respecto a los otros autores, agentes principales o cómplices del mismo reato. Las circunstancias materiales que agravan la pena de un delito, dañan únicamente a sus autores y a aquellos cómplices que las conocieron en el momento de la acción o de la operación constitutiva de su delincuencia. Cuando las circunstancias materiales constituyen por sí mismas un reato, perjudican únicamente a los autores y cómplices del mismo. BLANCHE (*Deuxième étude p. 37*), ha considerado este segundo caso en el tema análogo del conyugicidio, y concluye con estas frases: *porque uno de los autores sea inexcusable, ¿no podrán los otros aprovecharse de la excusa que la ley les autoriza a invocar? No lo creo*. Yo creo lo contrario, y hubiera deseado que el eminente criminalista hubiese desenvuelto con su poderoso raciocinio el principio superior en que se inspira para dar esa solución. La indivisibilidad del título es el obstáculo insuperable a los criminalistas franceses para el más amplio y completo desenvolvimiento de aquel principio.

§ 381. Esta dificultad no nos ocurre con el Código t. Así puedo terminar este difícil examen, dejando a un lado el controvertido problema del parricidio, que entre nosotros se ha hecho aacadémico, y esperar su solución de los sabios extranjeros, para los cuales tiene interés palpitante y vital. Se acepta la comunicabilidad de la condición personal en el hurto doméstico y en los demás casos en los cua-

les la condición personal de uno de los partícipes tiene verdadera realidad porque es propia para la ejecución del reato. En el *parricidio* y malos tratamientos causados a los padres no hay cuestión alguna para nosotros los toscanos, sobre oscilación de *título* ni acerca de comunicación de la *cualidad personal*: es cuestión de comunicar o no la repulsión de la excusa; es cuestión de no admitir por efecto de las condiciones individuales del culpable una *disminución de imputación*, que por regla general resultase declarada en la ley. Las circunstancias tocantes al *hecho*, que disminuyen la imputación, pueden ser comunes atendida su naturaleza. Pero las atenuantes, que proceden de *condiciones del ánimo*, son necesariamente individuales e incommunicables. Creo, por lo tanto, que si el cómplice del hijo presenta en sí mismo los términos constitutivos de la excusa legal, no deberá ser privado de ella por consecuencia de una interpretación extensiva de la ley, que niega la admisibilidad de la excusa al culpable, en el cual se da la cualidad de hijo. Lo establecido por la misma jurisprudencia francesa en punto a *circunstancias atenuantes* (sobre las cuales sin vacilación alguna se conviene que puede el tribunal admitirlas a favor de un delincuente y negarlas respecto del otro partícipe), procede también rectamente en cuanto a las *circunstancias extraordinarias*, según los términos de nuestro art. 309. La ilación aquí se nos presenta como irrecusable. Pero la

buena lógica exige que la diversidad de *incriminación* entre persona y persona admitida en el caso de homicidio premeditado, se aplique también al homicidio instantáneo, según el art. 310. Sobre la identidad de razón que milita, convida a rechazar una diferencia la repugnancia manifiesta que se produciría usando de mayor severidad en un caso que en el otro.

§ 382. Fuera de los tres casos excepcionales de *modificación*, las reglas generales proceden sin duda alguna, y la imputación se distribuye entre delincuente principal y accesorio, entre accesorio y accesorio, por la doble razón de las dos *fuerzas*, que deben concurrir como elemento *constitutivo* de todo *hecho* criminal y de las cuales se deriva el *criterio regulador* de su cantidad y de su grado. Lo que vale tanto como decir, que la imputación se reparte según la regla de la *cantidad moral* y de la *cantidad física* de la complicidad.