CÓDIGO PENAL

REFORMADO

DE 1870

AL EXCMO. SEÑOR

DON EUGENIO MONTERO RÍOS,

EXMINISTRO DE GRACIA Y JUSTICIA Y DE FOMENTO

Y EXPRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO;

Al ilustre autor del Código penal reformado de 1870 y de tantas otras sabias leyes que perpetuarán su nombre, dedica esta 4.ª edición de su modesto trabajo, como testimonio de su más profunda admiración y respeto.

El Autor.

Madrid 1.º de Abril de 1890.

CÓDIGO PENAL

REFORMADO

DE 1870

CON LAS VARIACIONES INTRODUCIDAS EN EL MISMO

POR LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1876

CONCORDADO Y COMENTADO

para su mejor inteligencia
y fácil aplicación, con una multitud de ejemplos y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en más de **CINCO MIL** sentencias dictadas en materia de casación criminal desde 1870 á 1889, y de la jurisprudencia francesa en los casos no resueltos aún por la nuestra que dimanan de artículos del Código francés que guardan completa identidad ó analogía con los del Código español

SEGUIDO

DE UN EXTENSO Y MINUCIOSO REPERTORIO ALFABÉTICO

DE LAS MISMAS Y DE UN APÉNDICE CON LAS LEYES PENALES ESPECIALES DE CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN, FERROCARRILES, MONTES, LEY ELECTORAL Y MUNICIPAL, CAZA Y PESCA, LEY SOBRE PROTECCIÓN Á LOS NIÑOS DE 26 DE JULIO DE 1878 Y SOBRE USURPACIÓN Y FALSIFICACIÓN DE PATENTES DE 30 DEL PROPIO MES Y AÑO, ANOTADAS Y COMENTADAS CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

OBRA UTILÍSIMA Á LOS SEÑORES MAGISTRADOS,
Jueces, Fiscales, individuos del Cuerpo Jurídico-Militar y demás funcionarios encargados de la aplicación de la Ley y muy particularmente á los Sres. Letrados, defensores ó acusadores en causa criminal, y á todas aquellas personas que, deseosas de conocer el Código y la Jurisprudencia, no han podido hacer de ellos un estudio especial,

POR EL

ILMO. SR. D. SALVADOR VIADA Y VILASECA,

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo.

CUARTA EDICIÓN

NOTABLEMENTE CORREGIDA Y PUESTA EN CONSONANCIA CON LA CONSTITUCIÓN, LEYES Y DEMÁS LEYES ORGÁNICAS, CIVILES, ADMINISTRATIVAS Y DE PROCEDIMIENTOS PROMULGADAS HASTA EL DÍA

TOMO I

Scire leges, non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.—Para saber las leyes, no basta conocer sus palabras, sino también su espíritu y extensión.

MADRID

FERNANDO FE
C.ª de S. Jerónimo, 2

A. SAN MARTÍN
Puerta del Sol, 6

DONATO GUÍO
Arenal, 14

1890

ADRID, 1890.—Tipografía de Manuel Ginés Hernández, Libertad, 16 duplicado

Teléfono 934

Merecedores de gran estimación y aplauso son evidentemente los esfuerzos de aquellos que, desentrañando en la elevada región de la teoría los arduos problemas de la ciencia, nos ofrecen después en síntesis, como delicado fruto de sus continuas vigilias y penosas investigaciones, una serie de conclusiones y verdades que son el punto de partida para nuevas observaciones y descubrimientos, piedras miliarias en un dilatado camino, cuya meta no es dado tocar al hombre en esta vida; pero no es menos meritoria ni menos importante la tarea de los que, una vez asentada la verdad, resultado de la especulación científica, procuran facilitar su aplicación á la práctica, disminuyendo los inconvenientes que surgen al contacto de la realidad, desembarazando de obstáculos el camino y haciendo posible su tránsito á los que tienen que cruzarlo.

Y si en todos los órdenes es de interés y transcendencia, al mismo tiempo que difícil, el paso de la teoría á la práctica, mundo nuevo que viene á abrirse ante nuestra vista,

en el orden legal acrecen las asperezas, siendo á menudo embarazoso y apurado acomodar en el molde que la Ley ofrece hechos y situaciones que mil accidentes cambian y modifican, llevando la vacilación al ánimo. Todo cuanto venga á disipar dudas y fluctuaciones, todo cuanto pueda servir de guía y derramar luz en este terreno, tiene que ser bien recibido y mirado con cierta alegría, no sólo por aquellas personas á quienes inmediatamente presta más que regular beneficio, sino por la generalidad.

El trabajo que ha publicado el Dr. D. Salvador Viada y Vilaseca, Abogado Fiscal de la Audiencia de Barcelona (hoy Teniente Fiscal del Tribunal Supremo), trabajo al que consagramos las presentes líneas, pertenece á esta clase.

Propónese el autor comentar el Código penal español, reformado provisionalmente en 1870, pero de una manera eminentemente práctica, siguiendo un sistema diverso del empleado por otros distinguidos autores, cuyos comentarios entran, más bien que en otra cualquiera, en la categoría de puramente didácticos. El Sr. Viada, después de la trascripción de los artículos del Código y sus concordancias con los correspondientes á los Códigos de las demás naciones, hace una ligera explicación del artículo que considera, comentando sus palabras, y luego presenta las varias cuestiones que en la práctica pueden ocurrir, referentes á la disposición de que se trata, ofreciendo seguidamente la resolución de los Tribunales que sobre cada caso particular ha recaído, cuestiones que están extractadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de casación en los juicios criminales.

Mas no se contenta el Sr. Viada con esta para él enojosa tarea, que á los que manejen su obra proporciona considerabilísimo alivio de tiempo y trabajo: en aquellas cuestiones en las que nada se ha resuelto todavía por nuestros Tribunales, echa mano y va á buscar una solución á la jurisprudencia francesa, siempre que los artículos del Código francés á que se refieran guarden perfecta identidad ó grandes analogías con los correlativos del Código penal español.

Por esta ligerísima y breve reseña que hemos hecho del plan seguido por el Sr. Viada en sus comentarios al Código penal pueden juzgar los lectores de su mérito é importancia. Reconociendo desde luego nuestra pequeñez para emitir juicio acerca de un libro, fruto del estudio y de las aprovechadas lecciones debidas á no pocos años de práctica en la parte criminal y al continuo encuentro con dificultades que en último término venía á desatar el Supremo Tribunal, no impide esto el consignar, sin género alguno de duda, la creencia que abrigamos de su indisputable utilidad para todos los funcionarios del orden judicial y para todas aquellas personas que, más ó menos directa ó indirectamente, con diversos caracteres y títulos, tienen que mezclarse é intervenir en la Administración de justicia.

Hállase en la obra del Sr. Viada y Vilaseca en materia criminal todo lo que ahora tiene que buscarse esparcido en la *Colección Legislativa* ó en la *Gaceta de Madrid* y en otros libros á que es preciso recurrir á cada momento para la interpretación y explicación de los artículos de la ley penal. Tanto más interesante es este trabajo, cuanto que al Código penal comentado sigue un extenso y minucioso Repertorio

alfabético de las disposiciones del Código y de los casos que han merecido resolución de los Tribunales.

Creemos rendir un justo tributo á la laboriosidad é ilustración del Sr. Viada, y al mismo tiempo hacer un verdadero servicio á todas las personas que tengan que manejar nuestro Código penal, dando noticia de esta nueva obra, que viene á enriquecer nuestra literatura jurídica.

ÁLVARO LÓPEZ MORA.

NOTA. La noticia bibliográfica que antecede fué escrita al dar cuenta de la primera edición de esta obra y publicada en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. La reproducimos ahora como un tributo de reconocimiento al cariñoso examinador de nuestro trabajo.

INFORME

EMITIDO POR LA

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.— Excmo. Sr.: Esta Real Academia ha examinado atentamente la obra de D. Salvador Viada y Vilaseca, intitulada *Código penal reformado de 1870*, que V. E. se sirvió remitirle con Real orden de 23 de Enero del año anterior, para que esta Corporación informase lo que le pareciese sobre su mérito, á los efectos de los arts. 169 y 170 de la ley orgánica del Poder judicial. Desde luego el trabajo del Sr. Viada y Vilaseca no es, ciertamente, por su índole, una obra de grandes concepciones filosóficas en materia penal, porque ni comprende el estudio de los diversos sistemas que se disputan la supremacía en el campo de la ciencia, ni se dis-

cuten en ella los problemas iniciados por el espíritu moderno sobre este ramo importante de la legislación; pero no cabe desconocer que el libro del Sr. Viada y Vilaseca es un excelente comentario del Código de 1870, y un trabajo bien pensado, escrito con corrección y con inteligencia, á la vez que con una concisión y claridad que le hacen muy útil para el estudio de la juventud, no menos que para la recta aplicación de las disposiciones del Código por los funcionarios del orden judicial y fiscal en sus diversas jerarquías. Después de todo, revela esta publicación un estudio detenido y concienzudo de la ley penal reformada, así como el conocimiento completo de las teorías más admitidas sobre los elementos que constituyen la naturaleza del delito en su esencia, y la distinta participación que los culpables han podido tener en él; puesto que el Sr. Viada establece la buena doctrina sobre la tentativa, el delito frustrado y el consumado, explicando con acierto, en su caso y lugar, la teoría de la complicidad anterior y posterior al crimen. Ni se limita el Sr. Viada en su comentario á la exposición de la doctrina, sino que tiene el buen acuerdo, la idea feliz de robustecer su opinión con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en los varios fallos de casación que ha dictado, fijando la inteligencia recta de la Ley sobre puntos dudosos y controvertibles. Denuncia, por último, el trabajo del Sr. Viada aplicación y laboriosidad, aptitud y conocimientos poco comunes en derecho penal, y es por lo

tanto acreedor, á juicio de esta Real Academia, atendido el mérito especial de su obra, á que se le apliquen los efectos de los arts. 169 y 170 de la ley orgánica del Poder judicial. Lo que tiene el honor esta Real Academia de someter al elevado criterio de V. E.—Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 6 de Junio de 1877.—Excmo. Sr.—*El Presidente*, FLORENCIO R. VAAMONDE.—Por acuerdo de la Academia. *El Secretario interino*, FERNANDO ÁLVAREZ.—Excelentísimo Sr. Ministro de Gracia y Justicia.—Es copia.

CÓDIGO PENAL

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas.

TÍTULO I

DE LOS DELITOS Y FALTAS Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA ATENÚAN Ó LA AGRAVAN

CAPÍTULO I

De los delitos y faltas.

Artículo 1.° Son delitos ó faltas las *acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley.*

Las acciones y omisiones penadas por la Ley *se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.*

El que cometiere voluntariamente un delito ó falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar. (Art. 1.°, Cód. pen. de 1850.—Art. 1.°, Cód. pen. Franc.—Art. 1.°, Cód. pen. Belg.—Arts. 1.° y 2.°, Cód. Ital.—Art. 1.°, Cód. Prus.)

Acciones y omisiones voluntarias.—Estos dos modos de delinquir, *acción* y *omisión*, corresponden al doble orden de leyes, *prohibitivas* las unas, y son las más, *preceptivas* las otras, y son las menos. Por eso es mucho más raro el delito que consiste en una omisión que en una acción. Una y otra han de ser reales y efectivas para que caigan bajo el dominio de la ley penal; en una palabra, han de *exteriorizarse.*

La *voluntariedad* de la acción ú omisión es un *totum* complejo: su primer elemento es la *libertad*: sin ésta no puede haber nunca delito, por grande que sea el daño producido por la acción ú omisión,—y más adelante veremos que por no obrar con libertad, *no delinque* (art. 8.°) y está exento de responsabilidad criminal, consiguientemente, el que obra violentado por una fuerza irresistible, ó impulsado por miedo insuperable de un mal mayor ó igual, etc.

El segundo elemento de la voluntad es la *inteligencia*: sin esta facultad, necesaria para apreciar la moralidad de los actos humanos, para distinguir lo lícito de lo ilícito, tampoco puede haber nunca delito, y por carecer de ella, veremos también que declara la Ley que no delinquen ni el loco, ni el furioso, ni el infante.

CUESTION I. *¿Es la intención un elemento indispensable del acto humano, para que éste constituya delito?*—Un célebre jurisconsulto (Pacheco) ha dicho que acto voluntario vale tanto como acto libre, acto inteligente, acto *intencional*; que faltando cualquiera de estas condiciones, la voluntad falta y se extingue; que sólo el completo de ellas constituye la esencia del acto humano, del acto responsable. No estamos conformes con esta opinión tan en absoluto sentada: nosotros diremos tan sólo: que en la mayoría de los casos, sin intención no habrá delito; pero que puede existir éste en algunos casos sin aquélla.—Salgo de caza, disparo á un animal y hiero á un hombre que estaba oculto detrás de un árbol: el hecho de herir á ese hombre no fué *intencional*; aquí no habrá delito; pero no sólo porque no fué intencional el acto, sino porque nada hay en él que me pueda ser imputado, ni siquiera la falta de *diligencia*, pues yo no pude prever que detrás del árbol hubiese un hombre oculto.—Pero juegan A y B, ponemos por caso, á la navaja por mera distracción ó divertimiento, y en una de las suertes hiere el primero al segundo: aquí tampoco hubo *intención* de herir; pero el acto ejecutado no fué *lícito*, ni menos se verificó con la *diligencia* debida, y por lo tanto, si no del delito de lesiones, será A responsable del delito de imprudencia temeraria. Luego podemos sentar como conclusión general y práctica: que para que el acto *no intencional* no constituya delito alguno, es preciso que sea *lícito* y se haya verificado, además, con la *diligencia debida*.

CUESTION II. *Habiendo salido el Alcalde de un pueblo, acompañado del Alguacil y de varios vecinos, con el objeto de reconocer los montes, al llegar á uno de su propiedad, encuentra á un sujeto que hacía leña en él, por lo que le intima que le entregue el hacha, y negándose el interpelado á hacerlo, le dispara un tiro con la escopeta que llevaba, aunque sin herirle; y como echara aquél á correr y gritara el Alcalde «á ese que huye,» el Alguacil dispara otro tiro, causándole en el antebrazo, mejilla y parietal izquierdo varias lesiones que curaron á los veintiocho días: ¿deberá calificarse como* **voluntario,** *y por ende constitutivo de* **delito,** *el acto por el Alcalde y el Alguacil ejecutado?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Albacete declaró que los hechos expuestos constituían los delitos de disparo de arma de fuego y lesiones, de los que eran autores los procesados, á quienes condenó á la pena de tres años de prisión correccional á cada uno, accesorias y costas por mitad. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa de los reos, por infracción, entre otros, del

artículo 1.º del Código, por haberse calificado de delito un acto que no lo constituía, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso, fundándose, respecto del Alcalde, en que de los hechos admitidos en la sentencia no resultaba que dirigiera el disparo contra el lesionado, y por otra parte tampoco aparecía que sus palabras fueran inductivas del acto ejecutado por el Alguacil, el cual debió entenderlas en el sentido más propio de proceder á la detención ó captura de aquél; y en cuanto al Alguacil, en que según los mismos hechos admitidos en el fallo de la Audiencia, no podía reputársele autor malicioso del segundo disparo y lesiones causadas, porque la actitud y palabras del Alcalde, el carácter de auxiliar de la Autoridad y las demás circunstancias del caso concurrieron á precipitarlo é impedir que empleara con la debida diligencia y acierto los medios conducentes á la detención del reo, siendo evidente, por lo tanto, que al aplicarse como se aplicaron por la Sala sentenciadora los arts. 1.º, 13, 423 y 433 del Código penal, se incurrió en error de derecho. (Sentencia de 3 de Febrero de 1875, publicada en la *Gaceta* de 31 de Marzo.)

CUESTION III. *Seguida causa contra un sujeto por injurias, fué condenado á destierro, cuya pena empezó á extinguir estableciendo su domicilio en una población determinada; mas como poco tiempo después tuviese noticia el Juzgado de que el desterrado había vuelto á su domicilio ordinario, se instruyó contra él, por quebrantamiento de sentencia, nuevo proceso, en el que manifestó que había residido en el punto de destierro hasta que el Presidente de la Comisión provincial le mandó volver á la capital, dándole segura garantía de que no le pararía perjuicio y diciéndose autorizado por el Gobernador de la provincia; apareciendo en corroboración de su dicho que en cierta carta le había aquél manifestado que podía ir á la capital sin ningún temor, pues le presentaría al Gobernador de la provincia, de quien recibiría la autorización conveniente para permanecer allí, encareciéndole la exactitud por ser necesaria su presencia á fin de despachar ciertos expedientes de quintas: ahora bien, presupuestos los antecedentes hechos, ¿cabe calificar de* **delito** *de* **quebrantamiento de condena** *el acto ejecutado por el procesado?*—Así lo calificó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona, y con arreglo al art. 129, regla 5.ª y demás aplicables del Código penal, condenó al procesado en un mes y un día de arresto mayor, accesorias y costas. Mas interpuesto por la defensa del reo, contra la anterior sentencia, recurso de casación por infracción de ley, señalando como infringido, entre otros, el art. 1.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, según el párrafo segundo del citado artículo, las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario; que la carta que el Vicepresidente de la Diputación provincial dirigió al procesado al punto donde cumplía la condena de destierro revela que si no ejecutó al aban-

donarlo un acto de obediencia debida á mandato en forma oficial requerido, era por lo menos indudable que de buena fe pudo abrigar la creencia de que el interés de un servicio público de quintas, invocado por funcionario tan caracterizado á nombre del Gobernador civil, disculpase la transgresión á que se le excitaba y que hasta había de motivar la presentación á dicho Gobernador, á cuya disposición se encontraba, y habría necesidad de autorizarle para su permanencia en la capital; que ante semejante buena fe y racional creencia, no despertada por estímulos de conveniencia particular ni otro interés doloso, desaparecía por prueba en contrario la presunción *juris* de la voluntad y malicia del acto que ejecutó, y por falta del elemento moral del delito á la vez constitutivo de la imputabilidad, no pudo declararse en este caso la criminalidad del procesado por el delito perseguido, sino con infracción del art. 1.º del Código. (Sentencia de 12 de Diciembre de 1878, inserta en la *Gaceta* de 10 de Marzo de 1879.)

Penadas por la Ley.—No basta que las acciones ú omisiones sean voluntarias para que constituyan delito ó falta; es preciso que estén *penadas por la Ley*, como dispone el artículo: *ubi non est lex nec prævaricatio*, dijeron ya los Romanos: en una palabra, es precisa condición que el hecho esté previsto y penado en el Código para que pueda ser calificado como delito; si no lo estuviera, por más atentatorio que fuese á la moral y á la sociedad, no constituiría acto punible alguno. Ya veremos en el artículo siguiente lo que en tal caso deben hacer los Tribunales.

CUESTION. *La omisión por parte de un comerciante de llevar en su contabilidad algunos de los libros que prescribe el art. 32 del Código de comercio* (1), *¿puede constituir* **delito?**—Ó en otros términos, *¿cabe exigir con las formas del procedimiento criminal la responsabilidad establecida en el artículo 45 del Código de comercio, que castiga con una multa que no bajará de 6.000 reales ni excederá de 30.000 al comerciante que omite llevar dichos libros, ó los oculta siempre que se le mande su exhibición en la forma y casos prevenidos por derecho?* (2).—En 7 de Marzo de 1876 se constituyó una delegación de la visita del sello del Estado en el comercio de D. Ibo Esparza, habitante en Madrid, en la calle de la Montera, núm. 33, notando la falta de sellos de guerra en las hojas de reintegro del libro diario y en las del libro mayor, y la falta del libro de inventario. Denunciado el

(1) Art. 33 del Código de comercio, hoy vigente, de 22 de Agosto de 1885.

(2) Aun cuando el Código de comercio actual no sujeta ya á responsabilidad penal especial el incumplimiento por parte del comerciante de la obligación de llevar los libros de contabilidad que la Ley determina, no creemos inútil reproducir el caso, con la resolución que al mismo dió el Tribunal Supremo, por si se presentase alguna cuestión analoga con relación á sanciones penales especiales establecidas por alguna otra ley civil ó administrativa.

hecho al Juzgado de primera instancia del distrito de Buenavista por el Visitador, previo informe de la Administración económica, dictó aquél auto declarando que la casa de comercio de D. Ibo Esparza había incurrido en la responsabilidad pecuniaria del art. 45 del Código de comercio por no llevar el libro de inventario en la época en que se hizo la denuncia, condenando en su consecuencia al referido Esparza, en vista del artículo 52 de la Instrucción de 1.º de Octubre de 1851, á la multa de 1.500 pesetas y en todas las costas; auto que confirmó con las de segunda instancia la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid. Mas interpuesto recurso de casación por D. Ibo Esparza contra el referido auto, el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* á él, fundándose en que, según el artículo 1.º del Código penal, son delitos ó faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley; y sólo se reputan tales los hechos de una y otra clase previstos en el mismo, con exclusión expresa de los que se hallen penados por leyes especiales, al tenor de lo dispuesto en el art. 7.º; que la omisión por parte de un comerciante de llevar los libros mayor y de inventario, que es el cargo que los hechos probados arrojan contra el recurrente D. Ibo Esparza, no constituye delito, ni está, por consiguiente, sujeta á ninguna de las disposiciones del Código penal y sí á la responsabilidad especial prevenida en el art. 45 del Código de comercio, que castiga al comerciante que omita en su contabilidad alguno de los libros que el 32 manda llevar, con una multa que no bajará de 6.000 reales ni excederá de 30.000; que esta responsabilidad no puede exigirse con las formas del procedimiento criminal, aplicable solamente á los hechos que el Código penal comprende, sino en expediente instruído en virtud de la jurisdicción gubernativa y disciplinaria que ejercían los Tribunales de comercio y donde no los había los jueces del fuero común y que hoy corresponde exclusivamente á éstos desde que se llevó á cabo la unificación de fueros; que sin necesidad de entrar en el examen de las disposiciones del citado art. 45 del Código de comercio, así como tampoco de la Instrucción de 1.º de Octubre de 1851 para llevar á efecto el Real decreto de 8 de Agosto del mismo año, ni de prejuzgar la responsabilidad á que el recurrente se hiciera acreedor bajo el punto de vista de estas disposiciones, lo indudable es que la Sala sentenciadora infringió el art. 1.º del Código penal. (Sentencia de 10 de Febrero de 1879, publicada en la *Gaceta* de 12 de Abril.)

Se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario.—Esto nos dice la Ley, de acuerdo con la filosofía y el buen sentido: todo acto humano se reputa siempre voluntario; porque inteligencia y libertad son las condiciones normales del hombre: esa presunción moral es presunción también jurídica, de las que se conocen en el derecho bajo el nombre de *juris tantum*, que cede siempre á la prueba en contrario.

CUESTION I. *El autor de un* **acto agresivo** *contra determinada persona, ¿será responsable del* **mal** *ó* **daño** *que ésta se cause al tratar de evitar ó eludir la referida agresión?* En otros términos más concretos: *El que en un momento de arrebato ó de cólera da de bofetones á una persona, la que al levantarse por ello de la silla en que estaba sentada se causa una herida en la cabeza, que tarda en curarse más de ocho días y menos de treinta, ¿será responsable del* **delito** *de* **lesiones menos graves,** *por más que no haya producido él directamente semejantes lesiones?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que según el art. 1.° del Código penal son delitos ó faltas las acciones ú omisiones voluntarias penadas por la Ley, las que se reputan siempre voluntarias á no ser que conste lo contrario; disponiéndose también en el apartado último que incurre en responsabilidad criminal el que voluntariamente comete un delito, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar: Considerando que es indudable que libre y voluntariamente Manuel Jiménez García dió de bofetones á María Moreno Gil, y que si bien esta misma se causó la lesión que padeció al levantarse de la silla en que estaba sentada, fué consecuencia de la agresión de que era víctima, y por lo tanto imputable á él, que fué la causa de ella, por más que resultase un mal mayor que el que se propuso: Considerando que la Sala no ha infringido el art. 1.° del Código, como se supone en el recurso, etc.» (Sentencia de 26 de Junio de 1880, publicada en la *Gaceta* de 16 de Septiembre.)

CUESTION II. *Pero si el acto ejecutado por el procesado no lo fué de* **agresión,** *de verdadera* **fuerza,** *sino una simple* **amenaza,** *¿será responsable del* **mal** *ó* **daño** *que se cause el ofendido al asirse del arma blanca con que aquél, como se ha dicho, no hizo más que amenazarle, sin acometerle?*—Cipriano Belinchón se puso á segar hierba en un ribazo de la huerta de Evaristo Gómez, y acudiendo éste, le reconvino para que no lo volviese á hacer, é incomodándose por tal motivo el Belinchón, levantó la hoz con ademán de dar al Evaristo, quien, con el fin de evitar el golpe, echó mano á la hoz, infiriéndose varias lesiones incisas en los tres últimos dedos de la mano derecha, quedando de resultas impedido para la flexión del anular y del meñique. La Audiencia de Albacete calificó el hecho de *delito* de lesiones graves y condenó á Cipriano Belinchón como autor de él, con la circunstancia atenuante de no intención de causar un mal tan grave, á la pena de seis meses y un día de prisión correccional, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto contra dicha sentencia por la defensa del procesado recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos los arts. 1.° y 431 del Código penal, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que son delitos, al tenor del art. 1.° del Código penal, las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley: Considerando que la

única acción atribuída al procesado Cipriano Belinchón en la sentencia objeto de la casación es la de haber hecho ademán de dar á Evaristo Gómez con la hoz levantada con que momentos antes de verse reconvenido por ello estaba segando hierba, siendo por consiguiente indudable que ese mero acto por el Belinchón ejecutado no puede rigurosamente caer bajo la sanción penal del art. 431 que aplica la Sala sentenciadora, y supone que el agente responsable hiera, golpee ó maltrate á otro de obra, produciendo alguna de las lesiones graves expresadas en los cuatro números que comprende: Considerando que las de esta especie por inutilidad de un miembro no principal que resultaron á Evaristo Gómez y aparecen penadas con arreglo al núm 3.° del mencionado artículo, *no fueron efecto directo* de herida, golpe ó *maltratamiento* que Belinchón le produjese, sino de la indiscreción con que al levantar aquél la hoz, sin descargar golpe *que exigiese ser contenido*, se asió de ella y cortó los dedos, *acto que, en manera alguna, pudo entrar en la previsión del procesado, ni evitarlo* en la prontitud con que se concibe se asiera Gómez á la hoz, levantada en ademán de amenaza: Considerando, por tanto, infringidos en su aplicación los arts. 1.° y 431, núm. 3.°, del Código penal y autorizado el recurso, etc.» (Sentencia de 11 de Junio de 1880, publicada en la *Gaceta* de 13 de Septiembre.)

CUESTION III. *Al reprender un guarda de una heredad á un pastor porque las cabras de éste habían comido en una sementera, y al intentar cogerle el capote para llevárselo, se ase el pastor á la escopeta del guarda, en cuyo acto, forcejeando ambos, sale el tiro, matando al pastor: ¿podrá calificarse al guarda de autor de* **delito** *de homicidio, ó deberá estimarse que el hecho no constituye delito alguno, con arreglo al art. 1.° del Código, por no ser un* **acto voluntario?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada entendió lo primero y condenó al guarda como autor del delito de homicidio, si bien apreciando á su favor dos circunstancias atenuantes, á la pena de tres años de prisión correccional. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por el Ministerio Fiscal, citando como infringido el art. 1.° del Código, en razón á que, declarándose probado que el tiro que lesionó al interfecto salió cuando estaban forcejeando, sin constar quién comprimiera el gatillo, ni tampoco si éste llegó á comprimirse, era lógico suponer que el disparo fué casual, debido tal vez al roce violento que se produjo cuando el lesionado tiraba del arma, y por tanto, no podía aceptarse en el procesado idea alguna de criminalidad, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso por los fundamentos siguientes: «Considerando que con arreglo al art. 1.° del Código penal son delitos ó faltas todas las acciones y las omisiones voluntarias penadas por la Ley, reputándose siempre voluntarias unas y otras, á no ser que conste lo contrario: Considerando que el hecho referido, tal como le declara pro-

bado la sentencia recurrida, no reune los requisitos que dicho artículo exige para que se pueda determinar la existencia de un delito, puesto que no se dice en ella que la muerte de Antonio Vico fuera el resultado de una acción ejecutada por el procesado, y menos una acción voluntaria é intencional, antes, al contrario, se consigna en la misma que el interfecto cogió la escopeta que Cabrerizo llevaba para su guardería, y forcejeando salió el tiro, que infirió á Vico la lesión que le privó de la vida, lo cual demuestra que el disparo no se hizo por el procesado, sino que fué *casual y efecto de la imprevisión del ofendido*: Considerando que la Sala sentenciadora, por consiguiente, ha infringido el expresado artículo, etc.» (Sentencia de 13 de Mayo de 1882, publicada en la *Gaceta* de 30 de Julio.)

CUESTION IV. *Disputan dos sujetos; de las palabras pasan á vías de hecho; se agarran y caen los dos sobre un montón de astillas, de las que se clava una uno de los contendientes, produciéndole una herida que queda curada á los once días: ¿cabe calificar al que salió ileso como autor del* **delito** *de lesiones menos graves?*—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, la que apreciando en el hecho la circunstancia atenuante de no intención de causar un mal tan grave, condenó al que resultó ileso de la caída á un mes y un día de arresto mayor, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia por infracción, entre otros, del art. 1.° del Código penal, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que siendo delito, según lo define el art. 1.° del Código penal, toda acción *voluntaria* penada por la Ley, y reputándose siempre voluntaria la acción á no ser que conste lo contrario, es indispensable que ésta, para constituir delito, lleve en sí toda la malicia que suponen la voluntad y la intención de causar el mal que sea objeto del delito mismo: Considerando que si bien es cierto que Mariano Sánchez del Pozo y Santiago Castellanos al cuestionar y luchar se propusieron ofenderse recíprocamente, cuando cayeron al suelo no pudieron tener voluntad de herirse con las astillas que en él había, y por consiguiente al serlo Castellanos, como pudo serlo Sánchez del Pozo, no ejecutó éste con la voluntad é intención necesaria acción alguna que debiera dar por resultado la lesión que recibió su contrario: Considerando que el hecho expresado no constituye, por tanto, delito por su propia naturaleza, y que al calificarlo como tal y penarlo la Sala sentenciadora ha infringido el citado artículo del Código, etc.» (Sentencia de 31 de Mayo de 1882, publicada en la *Gaceta* de 11 de Agosto.)

CUESTION V. *Aun cuando el agente no haya tenido intención de causar el mal realizado, si éste se ha producido á consecuencia de un acto* **agresivo** *ó* **de fuerza** *ejecutado por el mismo, ¿perderá el hecho el carácter de* **delito** *que constituye el mal ó daño inferido, para revestir el de una mera* **imprudencia temeraria?** En otros términos más concretos: *El que in-*

comodado con otro le da un fuerte empujón que le derriba al suelo, causándose en la caída la fractura de una pierna, cuya curación excede de noventa días, ¿podrá alegar válidamente á su favor que no cometió **delito** *porque no tuvo intención de lesionar al perjudicado, y que á lo sumo puede ser responsable de un acto de* **imprudencia?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que con arreglo á lo que dispone el art. 1.º del Código, las acciones ú omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias á no ser que conste lo contrario, y que el autor de un delito ó falta incurre en responsabilidad aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar: Considerando que la Sala sentenciadora, al calificar al recurrente de autor del delito de lesiones graves, comprendido en el núm. 3.º del art. 431 del referido Código, con las circunstancias núm. 3.º del art. 9.º y 1.ª del 10, é imponerle la pena señalada en el mismo, se ha ajustado estrictamente al resultado de los hechos que declara probados, porque de ellos aparece justificado que el procesado, incomodado porque Pedro Cuenca se negó á entregarle la cápsula metálica que le reclamaba, lo cogió del brazo, y *dándole un fuerte empujón lo dejó caer en tierra* (acto de agresión ó de fuerza), ocasionándose con tal motivo la fractura de la pierna izquierda, cuya curación duró ciento veinticuatro días: Considerando que la violencia é irascibilidad con que procedió el recurrente demuestra que el hecho ejecutado por el mismo no fué por simple ni aun por temeraria imprudencia, como se pretende en el recurso, puesto que no era lícito empujar, y menos violentamente, á Pedro Cuenca, causándole las lesiones graves que ha sufrido: Considerando, por lo tanto, que en la sentencia recurrida no se han cometido las infracciones que se citan en el recurso, ni por lo tanto incurrido en el error de derecho que se le atribuye, etc.» (Sentencia de 20 de Febrero de 1883, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto.)

Igual doctrina vemos consignada en otra Sentencia posterior: «Considerando que habiendo sido directo, perfectamente voluntario é intencional el acto realizado por Rubio de dar á Cleto el bofetón que le hizo venir á tierra, fracturándose al caer la tibia de la pierna derecha, es responsable de todas las consecuencias de su acción, aun cuando su intención no fuese la de causarle un mal de tanta gravedad como el que produjo, cuya falta de intención sólo puede ser apreciada para la atenuación de la correspondiente pena, que es como se aprecia en la sentencia recurrida, y que por la misma razón de haber realizado el hecho determinante del mal mayor que sobrevino con la intención de causar un mal menor, no puede calificarse tal hecho como una imprudencia más ó menos calificada, etc.» (Sentencia de 21 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1885).—Fundado en idénticas consideraciones, ha declarado el propio Tribunal Supremo «que el que enfadado con otro le da un puntapié,

pero con tal mala suerte que le produce una lesión contusa en la pierna, que hubo menester para su curación ochenta y siete días de asistencia facultativa, es responsable del delito *voluntario* é *intencional* de *lesiones graves*, aunque con la circunstancia atenuante de no intención de causar un mal tan grave.» (Sentencia de 12 de Diciembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 20 de Agosto de 1885, pág. 10.)

CUESTION VI. *Pero si de los hechos consignados en la sentencia del Tribunal* **à quo**, *tal cual aparecen explicados y aclarados en uno de sus considerandos, resulta que el procesado* **no tuvo intención de causar mal alguno** *á unos muchachos* **hacia** *quienes arrojó una piedra que lesionó mortalmente á uno de ellos, sino tan sólo la de* **asustarlos** *y* **ahuyentarlos** *para que no le molestaran, ¿será aquél responsable como autor del delito* **voluntario** *é* **intencional** *de* **homicidio**, *ó deberá responder del mal producido como autor simplemente de* **imprudencia temeraria?** —La Audiencia de lo criminal de Úbeda estimó esto último; y aun cuando el Ministerio Fiscal interpuso recurso en el sentido de ser constitutivo el hecho de homicidio *voluntario*, declaró el Tribunal Supremo *no haber lugar* á él: «Considerando que el delito especial de imprudencia temeraria, definido en el art. 581 del Código penal, se caracteriza esencialmente por la falta de malicia con que obra el agente al realizar un acto productor de cualesquiera de los males ó daños que tienen sanción penal en el libro II del mismo Código, si al realizarle prescinde de la más vulgar previsión exigible á cuantos se encuentran en el pleno uso de su razón: Considerando que según los hechos de la sentencia recurrida, tal cual aparecen explicados y aclarados en uno de los considerandos de la misma, no se puede atribuir al penado Juan José Jiménez la intención de causar mal alguno á los muchachos, hacia quienes arrojó la piedra que lesionó al niño Juan Padilla, sino solamente la de asustarlos y ahuyentarlos para que no le molestaran; por lo cual, aun cuando la muerte del niño haya sobrevenido por consecuencia de la lesión, y fuese imputable el desarrollo de la gravedad de ésta al agente más bien que al descuido é imprudencia del mismo lesionado en los primeros días de su curación, el homicidio resultante no lo fué con malicia é intención, sino por consecuencia del acto de imprudencia realizado por el Juan José Jiménez al arrojar la piedra hacia los muchachos sin calcular sus consecuencias, no habiendo consiguientemente cometido en este sentido la Audiencia de lo criminal de Ubeda el error de derecho que el Ministerio Fiscal le atribuye.» (Sentencia de 21 de Noviembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 12 de Abril de 1885.) —En corroboración de la doctrina establecida en el caso de la cuestión anterior, ha declarado el propio Tribunal Supremo, en otro muy análogo, que el principio de que el que ejecuta intencionalmente un acto encaminado á *producir un mal cualquiera* responde del producido, aun cuan-

do sea mayor que el que se propuso realizar, no es aplicable al que con ánimo tan sólo de apartar de su lado á una persona la hace caer al suelo, produciéndose ésta con la caída una lesión más ó menos grave; no debiendo ser considerado en este caso como autor de un delito *intencional*, sino simplemente de una *imprudencia temeraria*: «Considerando que por no aparecer claramente de la sentencia recurrida como hecho probado si Rafael Antímez limitó su acción de tocar á Fausto Cardoso al objeto de separarle ó apartarle, sin ánimo de causarle algún daño, falta la principal base para atribuirle la responsabilidad que el Ministerio Fiscal exige, pues aun cuando es evidente que quien ejecuta intencionalmente un acto encaminado á producir un mal cualquiera responde del producido, siquiera sea mayor que el que se propuso realizar, el sencillo acto que queda expuesto no revela intención ninguna de daño, ni puede ser consiguientemente origen ó fundamento de un delito ejecutado con malicia: Considerando que, esto supuesto, la Audiencia de lo criminal de Ciudad Rodrigo no ha cometido el error de derecho que por el Ministerio Fiscal se le atribuye, etc.» (Sentencia de 30 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 8 de Marzo de 1886, págs. 106 y 107.)

Véase, sin embargo, un caso *casi* idéntico al que es objeto de la *Cuestión* anterior, en que el Tribunal Supremo ha declarado que el hecho es constitutivo, no de imprudencia, sino de homicidio *intencional*. La diversidad de la resolución estriba precisamente en la diferencia muy importante de que en el primer caso la piedra fué arrojada *hacia* los muchachos para *asustarlos* ó *ahuyentarlos*, y en el que vamos á citar lo fué *contra* el grupo de aquéllos, con manifiesta voluntad é intención, no de matar ciertamente, pero sí de causar *algún daño*: «Considerando que admitido como cierto que la muerte del niño Emilio Clavero fué consecuencia de la asfixia producida por un tétano de forma rápida, presentado como complicación en el curso de la curación de la herida que le produjo la procesada María Martínez Cano, por modo evidente resulta que el acto fué al fin, y por efecto de los accidentes á que dió origen, la causa eficiente de la desgracia de aquél, determinando la responsabilidad de dicha Martínez como culpable del delito de homicidio: Considerando que el expresado acto de arrojar la Martínez la piedra al grupo de chiquillos que la provocaban y tiraban de la carga fué impulsado *por el deseo de hacerles daño*; y aunque se aprecien en favor suyo, como se ha hecho, circunstancias especiales de atenuación, hay que convenir también en que por ser aquel acto directo, intencional y voluntario, rechaza la idea que se aduce en el recurso, suponiendo el mal causado hijo de una imprudencia temeraria, pues ésta legalmente no existe cuando se ha ejecutado con malicia el hecho productor de ese mal causado.» (Sentencia de 2 de Marzo de 1887, publicada en la *Gaceta* de 10 de Agosto, págs. 36 y 37.)

CUESTION VII. *El llavero de una cárcel que por orden del Alcaide de la misma cobra una cantidad determinada, que entrega á su jefe, de las personas que hablaban en el patio con los presos, ¿podrá ser declarado* **coautor** *de ese delito de* **exacción ilegal,** *si no se prueba que lo hiciera por interés de lucro ó con conocimiento de que el Alcaide no estaba autorizado para el cobro de aquella cantidad?*—La Audiencia de Palma de Mallorca lo calificó de *coautor* del delito y lo condenó á once años y un día de inhabilitación especial *temporal* (1), multa correspondiente y costas. Mas interpuesto por la defensa del procesado recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción, entre otros, del art. 1.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que los hechos atribuídos en la sentencia recurrida á Antonio Bonet y Costa, y que se reducen á que como llavero de la carcel de Ibiza, sometido, por consiguiente, á las órdenes del Alcaide D. Rafael López, por mandato y encargo de éste recaudaba 12 céntimos de peseta que le entregaban y exigía á las personas que hablaban en el patio con los presos, mientras no resulte, como no resulta probado en dicho fallo, que lo hacía por interés de lucro, ó bien con conocimiento de que el citado Alcaide no estaba facultado para cobrar esos céntimos, no hay en ello materia de delito ni es justiciable penalmente la conducta del mencionado Bonet y Costa, y al entender lo contrario el Tribunal sentenciador y condenarle como culpable de exacciones ilegales, ha incurrido en el error de derecho de calificar como delito un hecho que no lo es, infringiendo el art. 1.º del Código y demás pertinentes que se citan en el recurso.» (Sentencia de 6 de Octubre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 12 de Abril de 1886, pág. 120.)

CUESTION VIII. *Aun cuando un marido no se haya propuesto precisamente matar á su mujer con los continuos y crueles malos tratamientos que la infiriera, si por informe pericial declara probado el Tribunal* **à quo** *que la muerte de aquélla debió ser producida por los malos tratos anteriores y los que recientemente demostraba el estado del cadáver, ¿procederá declarar la existencia del delito de* **parricidio,** *con arreglo al art. 1.º del Código?*—La Audiencia de lo criminal de Soria estimó que los hechos ejecutados por el procesado en cuanto á maltratar á su mujer, y las lesiones que se encontraron en el cadáver de ésta, no podían estimarse en conciencia como constitutivos del delito de parricidio, y absolvió libremente á aquél. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, por infracción del art. 1.º, en relación con el 417 del

(1) Así dice la sentencia. El calificativo *temporal* huelga aquí de todo punto en buen lenguaje, que no deben desdeñar los Tribunales de Justicia, pues es claro que imponiéndose al culpable *un número determinado de años* de inhabilitación, ésta no puede ser sino *temporal.*

Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que entre los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida hay dos muy importantes y decisivos para la resolución del presente recurso, á saber: los continuos y crueles malos tratos que Agustín Bretón Pascual daba á su mujer, hasta el extremo de dejarla, en ocasiones, encerrada dentro de la casa, con los brazos atados á la espalda y sujetos por los codos con una cuerda de cáñamo, y el de que, según opinión de los facultativos que practicaron la autopsia, aceptada por el Tribunal sentenciador, estos malos tratos fueron los que produjeron su muerte, sin que tales hechos aparezcan contradichos por ningunos otros que el mismo Tribunal haya estimado probados: Considerando que aun cuando Agustín Bretón Pascual no se propusiera matar á su mujer con los malos tratos que le infería, es responsable legalmente del resultado desgraciado que por consecuencia de ellos sobrevino, y consiguientemente, del delito de parricidio previsto y definido en el artículo 417 del Código, porque dicho procesado fué quien realmente mató á su legítima consorte con actos voluntarios y por medios adecuados, aunque su intención no fuese la de causar un mal tan grave como el producido: Considerando que si bien la intención criminal ó malicia es un elemento tan esencial al delito, genéricamente definido en el art. 1.º del Código, que sin su concurrencia desaparece el concepto jurídico del mismo, no es preciso que esta intención abarque y comprenda toda la extensión del mal realizado por el hecho que lo determina si acompaña á éste, siquiera sea para un objeto punible de menor gravedad, porque en tal caso, semejante falta de intención relativa sólo se aprecia por nuestro Código como circunstancia atenuante, modificativa de la penalidad: Considerando que no pudiendo menos de atribuirse intención criminal y objeto punible al procesado Agustín Bretón Pascual en los malos, constantes y crueles tratos que infirió á su mujer, produciendo con ellos su muerte, la Audiencia de lo criminal de Soria ha incurrido en error de derecho, dejando de penar como delito de parricidio un hecho que reune todos los elementos del mismo; Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la expresada sentencia, etc.» (Sentencia de 28 de Abril de 1886, publicada en la *Gaceta* de 22 de Agosto, págs. 126, 127 y 128.)

CUESTION IX. *La mujer que al dar á luz un niño, en ocasión de encontrarse sola en casa de su amo, corta ella misma el cordón umbilical á raíz del abdomen, sin practicar ligadura, y muerta ya la criatura á consecuencia de la hemorragia producida, la oculta dentro de un arca, arrojándola pocos días después á un pozo, ¿será responsable del delito* **voluntario** *de* **infanticidio,** *ó deberá estimarse que no tuvo intención de cometerle y que sólo por su impericia al cortar el cordón umbilical á la criatura cau-*

só la muerte de ésta por su **imprudencia** *en no avisar á alguna persona que la auxiliara en tan duro trance?*—El Tribunal Supremo ha declarado que en este caso está perfectamente determinado el delito *voluntario* é *intencional:* «Considerando que la cortadura del cordón umbilical á raíz del abdomen hecha por María Asunción de Gracia al dar á luz una niña fué la causa determinante de la muerte de ésta, y constituye un medio adecuado para producirla que demuestra la intención y malicia del agente al emplearle, y que en la sentencia recurrida no se consigna hecho ninguno que desvirtúe en lo más mínimo dicha supuesta malicia que se presume legalmente en todo delito, por lo cual el Tribunal sentenciador no ha cometido las infracciones de derecho que por la recurrente se le atribuyen, al calificar y penar como delito de infanticidio el perpetrado por la María Asunción de Gracia, etc.» (Sentencia de 2 de Abril de 1886, publicada en la *Gaceta* de 14 de Agosto, pág. 52.)

CUESTION X. *¿Será aplicable al delito de* **falso testimonio** *el principio general del art. 1.° del Código, según el cual «las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias ó no ser que conste lo contrario?»*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que la esencia del delito de falso testimonio, como delito bien caracterizado, consiste en contradecir la verdad cuando por la notoriedad de ésta debe revelarse igualmente á todos, peritos é imperitos, según su naturaleza, sin que pueda consiguientemente atribuirse la contradicción á error en la opinión del que la desconoce; y que al delito de falso testimonio, así determinado, es aplicable el principio general del art. 1.° del Código penal, según el que las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias en la acepción más lata de la voluntariedad, á no ser que conste lo contrario, correspondiendo al inculpado la prueba de esta excepción: Considerando que es un hecho probado, según la sentencia recurrida, que el lesionado José Vicente no se hallaba curado de su lesión el día 5 de Mayo de 1881, por lo que al declarar los recurrentes la sanidad del Vicente con dicha fecha, faltaron evidentemente á una verdad que por su índole debe racionalmente clasificarse entre las notorias, y cometieron el delito de falso testimonio, definido en el art. 336 del Código, sin que en la sentencia de la Audiencia de Valladolid se consigne hecho alguno del cual pueda derivarse como excepción la circunstancia de que hayan declarado por error, sin intención de delinquir, y sí, por el contrario, antecedentes que dan mayor fuerza á la suposición *juris* de la voluntariedad, etc.» (Sentencia de 9 de Octubre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 1.° de Febrero de 1886, págs. 33 y 34.)

El que cometiere voluntariamente un delito ó falta.—La Ley ha venido á sancionar, con la disposición de este párrafo, un principio de estricta justicia. El que comete voluntariamente un delito, dice, incurrirá en respon-

sabilidad criminal, aunque el mal ejecutado sea distinto del que se propuso ejecutar.—Resuelvo matar á mi enemigo, y en vez de disparar contra él, disparo equivocadamente contra un tercero, á quien hiero y mato; por más que no haya tenido intención de matar á ese tercero, mi *intención* fué la de matar á un hombre; á la intención subsiguió el *acto;* responsable soy del delito de homicidio, por más que éste se haya realizado en persona distinta de aquella contra la que me propuse ejercer mi venganza.

CUESTION I. *El que, proponiéndose matar á su padre, mata á un extraño, ¿será responsable del delito de* **parricidio,** *ó del de* **homicidio** *simplemente?*—Si bien la *intención* del agente fué realmente en este caso la de matar á su padre, ó sea la de cometer un parricidio, la Ley lo que castiga es el *acto* realizado, y, por lo tanto, siendo éste un homicidio con relación al extraño sobre quien recayó, será el autor del hecho responsable de este último delito; mas atendida la mayor criminalidad de la intención, agrava la Ley la responsabilidad del homicida en este caso, imponiéndole la pena del delito *en su grado máximo.* (Véase la regla 2.ª del artículo 65.)

CUESTION II. *El que, habiendo premeditado durante largo tiempo la muerte de un tercero, mata á otra persona distinta por equivocación, ¿será responsable, por razón de la premeditación conocida, del delito de* **asesinato,** *ó lo será simplemente del de* **homicidio?**—Como quiera que el *acto* ejecutado en dicha persona lo fué sin premeditación conocida, con relación á la misma, es evidente que será responsable su autor tan sólo del delito de homicidio; mas como quiera también que, á haber realizado la muerte de aquel que se propusiera matar, hubiera cometido un verdadero *asesinato* por razón de la *premeditación conocida* que interviniera en el acto, es evidente que, á tenor de la regla citada en la cuestión anterior, será responsable de la pena del homicidio, impuesta, empero, en su grado máximo.

CUESTION III. *El que, proyectando matar á un extraño, mata á su propio padre por equivocación, ¿incurrirá en la pena del* **parricidio,** *ó del* **homicidio** *simple?*—Muy duro sería que se castigara como *parricida* al que simplemente quiso matar á un hombre, á un extraño; la Ley, en este caso, compensa muy acertadamente la *intención* con el *acto:* la intención fué matar á un extraño, cometer un simple homicidio; de este último delito declara al autor responsable; mas atendida la gravedad del acto, del daño ejecutado, agrava la responsabilidad de aquél, imponiéndole la pena del homicidio, en su grado máximo. (Regla 1.ª del art. 65.)

CUESTION IV. *El que hurta una cosa, creyendo que es de su padre, resultando luego ser de un extraño, ¿incurrirá en responsabilidad criminal por semejante hecho?*—El art. 580 del Código no sujeta á responsabilidad criminal, y sí sólo á la civil, los hurtos que recíprocamente hacen los hijos

á sus padres y éstos á aquéllos. Ahora bien: en el caso propuesto es evidente que el hecho que *se propuso* ejecutar el hijo no constituye delito, en virtud de la disposición citada, y, por otra parte, el hecho ejecutado no lo fué *voluntariamente*, pues que el agente no tuvo intención de cometer un acto criminal. Opinamos, por lo tanto, que no habrá incurrido en responsabilidad criminal alguna el autor del hecho, por no constituir delito, á tenor de lo dispuesto en este artículo y el 580 del Código.

CUESTION V. *Se presenta* A, *á las ocho de la noche, en el estanco de* B *á comprar tabaco, y habiéndose negado éste á dárselo al fiado, se retira aquél sin mediar entre ambos disputa alguna; pero, transcurrido un cuarto de hora, hallándose el estanquero despachando á* C, *se oye la detonación de un arma de fuego disparada por* A *desde la calle, quedando muertos en el acto* C *y el estanquero: supuesta la no intención en* A *de matar á* C, *y sí sólo al estanquero, ¿cabe calificar la muerte de éste de* **homicidio** *y la de* C *de* **imprudencia temeraria?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada lo estimó así, y condenó al procesado á catorce años de reclusión por el homicidio y á un año de prisión correccional por la imprudencia. Aparte de que la muerte del estanquero debió calificarse de asesinato y no de homicidio, por haberse ejecutado con alevosía, es evidente que la muerte de *C*, suponiendo que no se propusiera ejecutarla el procesado, no pudo calificarse de imprudencia temeraria, sino que también debió declarársele responsable de la misma, á tenor de lo dispuesto en este apartado último del artículo; y que siendo ambas muertes producidas por un *solo hecho*, ó sea por un solo disparo, debió imponerse al reo la pena del delito de asesinato en el grado máximo, á tenor de lo dispuesto en el art. 90 del Código, ó sea la pena de muerte. Se ve, pues, claramente que en la antedicha sentencia, aparte de otros artículos del Código, se infringió por la Sala la disposición de este apartado último del artículo muy principalmente, y así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de Junio de 1872, publicada en la *Gaceta* de 1.º de Agosto.

CUESTION VI. *El que haciendo un disparo* **alevoso** *contra una persona mata á* **otra distinta,** *¿será responsable del delito de* **asesinato,** *ó procederá calificarle de autor de* **homicidio,** *con imposición de la pena de este último delito en el grado máximo, con sujeción á la regla 2.ª del art. 65 del Código?*—El Tribunal Supremo ha declarado que la calificación de *asesinato* es la procedente, y no la de homicidio, no siendo, por lo tanto, de aplicación en este caso la regla 2.ª del citado art. 65: «Considerando que según el concepto de la alevosía, tal cual aparece explicado en el art. 10 del Código, que trata de dicha circunstancia, es evidente que, al hacer Alejandro Sola con la carabina que llevaba el disparo que produjo la muerte de Nazario Íñigo, empleó una forma que tendía á asegurar la ejecución del delito, sin riesgo ninguno para su persona,

procedente de la defensa que pudiera hacer él ofendido, pues ni el herido Bartolomé Lobejano, á quien el penado dirigía el tiro para matarle, con objeto de que no declarase sobre el atentado de que había sido poco antes víctima, según afirma la Sala sentenciadora, se hallaba en disposición de defenderse por modo alguno, ni lo mismo éste que el Nazario Íñigo pudieron apercibirse contra una agresión tan injustificada y rápida como inesperada: Considerando que la circunstancia puramente accidental de haber resultado por consecuencia del disparo la muerte de una persona distinta de aquella contra quien el criminal atentaba, en nada modifica en el presente caso los elementos constitutivos del delito de asesinato, caracterizado por la alevosía con que obró Alejandro Sola, lo mismo con relación al herido Bartolomé Lobejano que al interfecto Nazario Íñigo, por lo que ninguna aplicación tienen al caso del presente recurso las reglas del art. 65, no habiendo en realidad ejecutado el delincuente un delito distinto del que se proponía ejecutar apreciado en sus conceptos sustancial é intrínseco: Considerando que la Audiencia de lo criminal de Pamplona ha incurrido en error de derecho al hacer aplicación de la regla 2.ª del expresado art. 65 para imponer al procesado veinte años de reclusión como autor del delito de homicidio, con infracción del art. 419, que indebidamente aplica, y del 418, que es el que debió aplicar.» (Sentencia de 7 de Mayo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 21 de Febrero de 1886, págs. 47 y 48.)

Art. 2.º En el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la Ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigorosa aplicación de las disposiciones del Código resultare notablemente excesiva la pena, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito. (Art. 2.º Cód. pen. de 1850.—Art. 4.º, Cód. Fran.—Art. 2.º, Cód. Belg.—Arts. 3.º y 4.º, Cód. Ital.—Art. 2.º, Cód. Prus.)

Es un principio general, absoluto, que no admite excepción de ninguna especie, que no pueden existir más hechos punibles que aquellos que la Ley prevé y castiga previamente. Por muy atentatorio que sea el acto humano contra la moral, la sociedad ó el individuo, si el legislador no lo ha calificado ni como delito ni como falta expresa y terminantemente, ni ha

consignado de antemano la sanción penal aplicable al mismo, su persecución y castigo son de todo punto imposibles. El Tribunal que tenga conocimiento de semejante hecho debe abstenerse de todo procedimiente sobre él. Sólo le es lícito dirigirse al Gobierno y exponerle la necesidad y conveniencia de que sea aquél objeto de sanción penal. Los casos en que esto ocurra serán raros, pero pueden acontecer. Es de advertir que bajo la denominación de Tribunales deben comprenderse también los Juzgados, así municipales como los de instrucción, y el orden de proceder en tales casos será el de jerarquía. Si es un Juez de instrucción, por ejemplo, el que hace la consulta, deberá elevarla á la Audiencia del distrito, ésta al Tribunal Supremo, y éste, á su vez, al Ministro de Gracia y Justicia, acompañando cada cual su dictamen; si la hace el representante del Ministerio público deberá dirigirla al Gobierno, por conducto también de su superior jerárquico.

La disposición del segundo párrafo del artículo tiene por objeto evitar á la vez la arbitrariedad judicial y la dureza excesiva de la pena en ciertos casos. Por más dura que sea la establecida por la Ley, los Tribunales deben aplicarla con sujeción á los preceptos de la misma, sin perjuicio de hacer uso del derecho y de cumplir con el deber que les impone el párrafo del artículo en que nos ocupamos. Si el Gobierno, á quien deberán elevar sus consultas los Tribunales en los casos que ocurran, considera que la disposición penal aplicada adolece efectivamente de una dureza y severidad excesiva, que ha de ser general respecto de cuantos hechos punibles de igual naturaleza se cometan, propondrá su reforma al poder legislativo; si conceptúa que lo excesivo de la pena depende de las circunstancias particulares del caso, es natural que proponga al Jefe del Estado el indulto total ó parcial de aquélla, según lo estime justo y conveniente (1).

CUESTION I. *Dos muchachos cortan flores en el corral de una casa, lo cual, visto por la dueña, echa á correr tras ellos, y alcanzando á uno, le da con la mano cerrada un golpe en la cabeza que produce al niño un derrame sanguíneo y poco después la muerte: ¿de qué delito deberá declarársela responsable?*—La Audiencia de Cáceres, huyendo, sin duda, del rigorismo de la Ley, declaró que el hecho constituía simplemente la falta prevista en el número primero del art. 604 de Código; pero el Tribunal Su-

(1) El artículo 20 de la ley provisional estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, de 18 de Junio de 1870, dispone que pueden proponer el indulto el Tribunal sentenciador ó el Tribunal Supremo ó el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo á lo que se dispone en el párrafo segundo, artículo 2.° del Código penal, debiendo ser reservada la propuesta hasta que el Ministro de Gracia y Justicia, con su vista, decrete la formación del oportuno expediente. Con la propuesta de indulto deberán acompañar el informe y documentos á que se refieren los artículos 24, 25 y 26 de dicha ley (art. 27 de la misma).

premo, en Sentencia de 4 de Julio de 1872, publicada en la *Gaceta* de 7 de Agosto, declaró, como no podía menos de declarar, que el hecho constituía el *delito* de *homicidio*, ya que, si bien el puñetazo dado al niño por la procesada no llegó á lesionar la parte externa de la cabeza, causó indudablemente la conmoción y congestión cerebral, lesión, aunque interna, grave y mortal, como lo demostró bien pronto el mismo resultado.—Nosotros hubiéramos hecho igual calificación, que es la legal y justa, y apreciando en la procesada las circunstancias de atenuación muy calificadas de no haber tenido intención de causar un mal tan grave y de haber obrado con arrebato y obcecación, la hubiéramos impuesto la pena de seis años y un día de prisión mayor, acudiendo al Gobierno, en virtud de la disposición de este párrafo que comentamos, para que atenuara, por medio de un indulto parcial, lo excesivo de la pena resultante de la rigorosa aplicación de la Ley.

CUESTION II. *¿Podrá recurrirse en casación contra la sentencia del Tribunal del juicio por el hecho de haber dejado indebidamente de acudir al Gobierno en el caso del párrafo segundo del artículo que comentamos?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa, fundándose en que tal infracción no puede ser nunca motivo de casación, por no hallarse comprendida en ninguna de las causas que taxativamente señala la Ley, la cual ha dejado al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador el uso de la facultad que allí se le concede. (Sentencia de 13 de Enero de 1876, publicada en la *Gaceta* del 31 del propio mes y año.)

Á esta resolución hay que agregar otras posteriores, en las que se establece igual doctrina: «Considerando, respecto del último motivo de casación alegado por el recurrente, que no lo es, por no estar comprendido, ni consiguientemente autorizado, en ninguno de los casos de Ley, que un Tribunal aprecie ó deje de apreciar excesiva la pena en su relación con el delito castigado, á los efectos de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2.° del Código penal, y que la Audiencia de lo criminal de..... no ha incurrido consiguientemente en ninguno de los errores de derecho que por el recurrente se le han atribuído.» (Sentencia de 31 de Diciembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Agosto de 1885.)—«Considerando, dice otra Sentencia, que el art. 2.° del Código, en su segunda parte, no contiene disposición alguna de derecho penal positivo, sino que establece una regla equitativa y tutelar y otorga una atribución cuyo ejercicio depende de la apreciación y criterio del Tribunal sentenciador; que toda alegación relacionada con dicho artículo es impropia del carácter, fin, objetivo y efectos del recurso de casación, y que no es lícito invocar su infracción, como improcedentemente lo ha verificado la defensa de Mariano Gatón Carrancio.» (Sentencia de 29 de Julio de 1886, publicada en las *Gacetas* de 23 y 30 de Septiembre, págs. 215 á 218.)

CUESTION III. *Cuando efectivamente resulta notablemente excesiva la pena impuesta, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito, y el Tribunal sentenciador, sin embargo, no hace aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 2.° del Código, no procediendo, como se ha visto, el recurso de casación contra el no uso de esa facultad por el Tribunal* **à quo**, *¿qué remedio habrá para aminorar el rigor de la pena impuesta al culpable?* —La contestación nos la da el siguiente: «Considerando que si bien es cierto que la pena impuesta por el delito á D. Francisco Sánchez Hernández resulta muy desproporcionada, atendidas las circunstancias del mismo y objeto que el recurrente se propuso al cometerlo, no habiendo el Tribunal senteciador hecho aplicación de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 2.° del Código penal, sólo puede corregirse ya semejante desproporción por la vía de *indulto*, etc.» (Sentencia de 10 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 10 de Septiembre.)

Art. 3.° Son punibles no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa ó accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento. (Art. 3.°, Cód. pen. de 1850.—Arts. 2.° y 3.°, Código Franc.—Arts. 51, 52 y 53, Cód. Belg.—Arts. del 96 al 100, Cód. Ital.)

Son punibles, etc.—Los actos de preparación interna del delito, idea, deseo, volición, vacilación, propósito, resolución, proyecto, no son punibles ni pueden serlo: éstos son actos de conciencia que no caen bajo el dominio de la ley penal, la que sólo puede castigar los actos *externos. Cogitationis pœnam nemo patitur,* dijeron ya los Romanos. Los actos externos, preparatorios del delito, no son punibles sino cuando tienden *directamente á su ejecución*—y para ello es menester que tengan una relación *inmediata* y *necesaria* con él. Resuelve un malvado envenenar á su padre: acto interno, para la Ley inapreciable. Compra una sustancia venenosa. Ya tenemos aquí un acto externo; pero ¿basta por sí sólo para constituir delincuencia? No, ciertamente, pues dicho veneno, lo mismo pudo comprarle

para matar á una persona que para libertarse de animales dañinos: en una palabra, es un hecho que no se relaciona *necesariamente* con el delito. Esta doctrina, empero, no es extensiva á aquellos actos que por sí solos castiga la Ley como delitos. Entre las excepciones de que hablamos, se halla, por ejemplo, la *simple tenencia de ganzúas,* que el art. 528 castiga por sí sola como delito, si no se da el suficiente descargo sobre su adquisición ó conservación; y la *ocupación de monedas falsas,* que por su número y condiciones se infiera que están destinadas á la expendición, cual simple ocupación ó tenencia, considera también por sí sola el art. 302 como *tentativa* de expendición de moneda.

Tentativa.—La primera circunstancia que exige la Ley para que haya *tentativa* consiste en que la acción del delito comience, y para que haya tal principio de ejecucion, es preciso que lo demuestren ciertos *actos exteriores* que tengan relación *directa* con el hecho. En el ejemplo citado anteriormente hemos visto que la adquisición de una sustancia venenosa por el que proyecta cometer un envenenamiento no puede constituir por sí sola *tentativa* del delito, por no tener el acto relación *necesaria* ó *directa* con éste. Pero en el mismo caso propuesto, siguiendo el culpable en su propósito, vierte el veneno en la comida destinada á su víctima: ya tenemos aquí el *principio de ejecución,* porque se ha realizado un *acto exterior* cuya tendencia *directa, racional* y *necesaria* no puede ser otra que la de producir el envenenamiento de la persona para quien se destina la comida. Hemos dicho que la acción del delito ha de comenzar; esta misma acción no ha de concluir *subjetivamente* ni ha de realizarse tampoco el mal material, esto es, la acción *objetiva* del delito, pues entonces ya pasaría á la categoría más grave de frustrado, como veremos más adelante.

Un ejemplo de la acción empezada, pero no concluída *subjetivamente*: el ladrón penetra en la casa, por escalamiento, ó por fractura de la puerta; mas antes de llegar al piso en que se encuentra la caja, cuyos caudales se propone sustraer, es sorprendido; la acción *subjetiva* no ha concluído; le quedaba aún al ladrón por hacer varias cosas: violentar la puerta de dicho piso, penetrar en él, forzar la caja: aquí tenemos la *tentativa.*

La última circunstancia que requiere el artículo para que ésta exista es la de que la acción subjetiva del culpable no concluya por causa ó accidente que no sea *su propio y voluntario desistimiento.* Luego, cuando la acción del delito empieza, y el culpable, presa del temor ó del remordimiento, *desiste* de su continuación, no hay tentativa. Ejemplo: al instante en que la persona á quien se ha querido asesinar lleva á su boca el alimento envenenado, el desgraciado que concibió el crimen le detiene; se arrepiente y confiesa su horrible proyecto: la circunstancia que en este caso ha suspendido la acción del delito ha emanado *puramente de la voluntad* del autor de la tentativa, y por lo mismo ésta ya no es punible. La Ley,

en efecto, no hiere sino á pesar suyo; prefiere impedir el crimen que castigarlo. Si el autor de la tentativa, después de haber comenzado á ejecutar el delito por actos exteriores, se detiene, por un sentimiento libre y espontáneo, en el borde del abismo, salvo está. Es un llamamiento al remordimiento, á la conciencia, una gracia, un perdón que concede la Ley al arrepentimiento voluntario.

Delito frustrado.—Para que exista, es menester, conforme nos dice el artículo, que el culpable haya practicado *todos* los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito (es decir, que haya realizado el completo de la *acción subjetiva*), sin que se haya producido, sin embargo, el mal material en que aquél consiste, ó sea quedando sin realizar la *acción objetiva*, que es el fin que se propone el culpable. Lo principal, lo esencial, pues, del delito frustrado estriba en que el autor del hecho *haya practicado todos los actos de ejecución*; si algo le quedaba aún que hacer para dar por totalmente terminada su obra, el hecho no podrá calificarse de frustrado, sino que quedará en los límites de la tentativa.

Delito consumado.—Después de consignar el art. 3.° del Código que son punibles no sólo el delito *consumado*, sino el *frustrado* y la *tentativa*, sólo nos da la definición de estos dos últimos estados del delito, haciendo caso omiso de la del delito consumado. ¿Por qué? Porque éste lo constituye la *acción* misma ó la *omisión* penada por la Ley, la acción ú omisión *plena* y *totalmente* realizadas.

Desde el momento, pues, que el acto penable ha llegado á su completo desenvolvimiento, y con él se ha producido el hecho ó *mal* material en que consiste el delito, éste se ha consumado. Si se ha disparado contra un hombre y á consecuencia del disparo se ha producido su muerte, el hecho podrá constituir un delito de parricidio, asesinato ú homicidio, según que deba comprenderse en los arts. 417, 418 ó 419 de este Código; pero como de resultas del acto ejecutado se ha producido la *muerte*, el delito no puede ser sino *consumado*.

Después de haber forzado el ladrón el arca, objeto de su criminal codicia, echa mano de los caudales que encierra, los mete en un cesto ó saco y se los lleva: se ha realizado el *apoderamiento* de la cosa mueble ajena; el robo, por lo tanto, ha alcanzado su perfecta *consumación*.

Parece, después de lo dicho, que no ha de caber duda alguna sobre si el delito se *consumó* plenamente, ó si quedó tan sólo en estado de *frustración* ó de mera *tentativa*, y, sin embargo, más de una vez se califican ó se pretende calificar como frustrados delitos que jurídicamente no pueden tener otro carácter que el de consumados, ó viceversa, como podrá verse por los casos prácticos que más adelante expondremos.

TENTATIVA

A.—Si la ineficacia del medio empleado para realizar el delito es ó no obstativa á la apreciación de la tentativa.

CUESTION. *Cuando por el culpable no se han empleado los medios adecuados ó eficaces para producir el mal del delito, aun siendo indudable la intención criminal con que practicó los actos de ejecución, ¿podrán éstos calificarse de* **tentativa** *de* **delito**?—El Tribunal Supremo ha resuelto esta importantísima cuestión en sentido negativo. De los resultandos de la sentencia aparece que D.ª María de los Desamparados Llovera, mujer de D. Manuel Villanueva, que había indicado alguna vez que había de envenenar á su marido, le dió á beber el 5 de Marzo de 1876 dos vasos de beleño, que le produjeron sed, debilidad en la vista, delirio y quebrantamiento general; de cuyos hechos, que se declaran probados por la Sala, infería el Villanueva que su citada esposa había tratado de envenenarle, lo cual se corroboraba por haber encontrado un puchero con una tisana, compuesta de varias hierbas y beleño y un poco de esta hierba dentro de un lavabo. Reconocidas por peritos las sustancias referidas, manifestaron que todas las que componían la tisana eran inocentes, á excepción del beleño, el cual no existía en cantidad suficiente para producir acción tóxica, y sí sólo para causar en sujetos muy sensibles los primeros fenómenos, no siendo tampoco suficiente para producir efectos tóxicos la planta seca de beleño blanco, cocida en gran cantidad de agua como para hacer una tisana; y dos peritos más, examinados á solicitud del actor, manifestaron que no podía negarse que debió ser respetable la cantidad de sustancia tóxica tomada por éste, atendidos sus efectos, y que no podía afirmarse que le fuese suministrada sin perjuicio para la vida y la salud del mismo. Con estos antecedentes, la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia dictó sentencia absolviendo libremente á la acusada, por no constituir los hechos expuestos delito de tentativa de envenenamiento; é interpuesto contra ella por el acusador particular recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos los arts. 1.º, 3.º, 67 en relación con el 417 y con el 432 del Código penal, porque no se calificó de delito un hecho que lo constituía, ya fuese como tentativa de parricidio ó lesiones graves, declaró el Tribunal Supremo *no haber lugar* á él. Véanse los fundamentos de su Sentencia: «Considerando que hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de eje-

cución que deberían producirlo por causa ó accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento: Considerando que los términos de esta definición, comprendida en el art. 3.º del Código, que en relación con el 67 se supone infringido, pugnan abiertamente con lo acontecido y declarado probado como obra de la procesada D.ª Desamparados Llovera, al preparar y servir la tisana con alguna porción de beleño que durante un día alteró la salud del recurrente su esposo, puesto que si su propósito fué producir por su medio la muerte de aquél envenenándole, es lo cierto que, dando principio á la ejecución del delito, practicó todos los actos de ejecución que debieron producirlo, al conseguir que su esposo bebiese la tisana con tal supuesto intento preparada: Considerando que, ateniéndose al hecho indubitado y no contradicho de que todo el efecto de la tisana se redujo á una indisposición ligera y de algunas horas de duración, á ese final resultado que produjeron los actos que ejecutó D.ª Desamparados hay que atender para la calificación legal del hecho justiciable: Considerando que esta calificación la ha hecho con acierto la Sala sentenciadora al considerar como *falta* un mal físico de duración de un solo día, fundándose para ello en la ineficacia del medio empleado para producir la muerte ni otro mal que el causado; razón por la cual, *aun concedida la intención de cometer aquélla con el carácter de un parricidio,* jamás podría tener existencia real, ni menos legal, semejante delito en grado de tentativa, como el recurrente pretende, ni en ningún otro de los que describe el art. 3.º del Código: Considerando, en su virtud, no autorizado este recurso conforme al caso segundo del art. 798, ni infringidos los artículos del Código penal que se citan; Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia por D. Manuel Villanueva y Lapiedra, etc.» (Sentencia de 26 de Noviembre de 1879, publicada en la *Gaceta* de 12 de Febrero de 1880) (1).

B.—Caso de falsificación de billetes de Banco.

CUESTION. *Para que exista la* **tentativa** *del delito de* **falsificación de billetes de Banco,** *¿será necesario que las pruebas halladas en poder del reo tengan entera semejanza con las legítimas?*—Un inspector de policía, acompañado de varios agentes, se presentó en casa de Antonio Boige en el momento en que éste enseñaba á dos sujetos, confidentes del

(1) Consúltese, además, la *Cuestión* única, pág. 18 del *Suplemento* primero de esta obra.

inspector, una plancha fotográfica con una reproducción de un billete del Banco de España de 25 pesetas, y viéndose Boige sorprendido, arrojó dicha plancha al patio de una casa inmediata, de donde fué recogida, y reconocida la suya, se le ocuparon dos clichés y pruebas fotográficas de los billetes referidos, papeles engomados, cajas para botellas, veintiuna botellas con líquidos y minerales como colodium, antimonio, sulfato de cobre y zinc y fuschina, los que reconocidos por peritos manifestaron éstos que su simple inspección demostraba el uso criminal de los mismos, así como del cotejo de los billetes falsificados con los legítimos se descubría el propósito de imitarlos, lo cual no se había hecho con perfección por impericia ó ignorancia de su autor. La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona calificó estos hechos de tentativa de falsificación de billetes de Banco y condenó á su autor á cuatro años, dos meses y un día de prisión correccional, multa de 1.500 pesetas, accesorias y costas. Contra esta sentencia interpuso el procesado recurso de casación por infracción de ley, alegando la del art. 3.º del Código. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que en este caso (del art. 3.º que define la tentativa) se encuentra Antonio Boige y Gispert, respecto á la falsificación de billetes de Banco de que se trata, porque como actos directos y primeros de ejecución del delito deben estimarse los hechos probados, según la sentencia recurrida, de tener en su poder, sin dar explicación satisfactoria acerca del legítimo propósito de su adquisición, objetos é ingredientes cuya simple inspección demostraba, á juicio de peritos, el uso criminal de los mismos, y de haber utilizado estos materiales, propios para la falsificación, sólo en la confección de las pruebas de dichos billetes, que igualmente se hallaron en casa del procesado, concurriendo á justificar esa punible intención, además de esos hechos, el de arrojar al patio de la casa vecina la plancha fotográfica destinada á la reproducción de aquéllos, en el instante de ser sorprendido por los agentes de la Autoridad, y constando, por último, que no dejó de consumar el delito por su propio y voluntario desistimiento: Considerando que á lo expuesto en el considerando precedente no se opone que las pruebas de los billetes falsificados, hallados en poder del procesado, no tuviesen entera semejanza con los legítimos, porque esta circunstancia no es necesaria conforme á los arts. 314, núm. 1.º, y 318 del Código penal, rectamente interpretados, para que el delito de falsificación exista, y menos cuando, como en el caso presente, su perpetración no ha pasado todavía del estado de mera tentativa, etc.» —(Sentencia de 13 de Mayo de 1881, publicada en la *Gaceta* de 4 de Agosto.)

C.—**Adulterio** CALIFICADO DE **frustrado,** DEBIENDO SERLO DE MERA **tentativa.**

CUESTION. *Teniendo un marido sospechas sobre la fidelidad de su esposa, finge que se va de viaje, y oculto en la casa, cuando comprende que su mujer trata de recogerse, la sorprende en su alcoba en actitud de desnudarse en compañía de un tercero, ¿habrá aquí* **delito frustrado,** *ó* **tentativa** *simplemente de* **adulterio?**—La Sala segunda de la Audiencia de Madrid calificó el hecho de *adulterio frustrado,* é impuso á los dos culpables la pena de ocho meses de prisión correccional, con sus accesorias. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de Mayo de 1871, publicada en la *Gaceta* de 23 de Julio, considerando que el hecho de haber sido sorprendidos en la alcoba los dos acusados y en actitud de desnudarse la mujer es un *principio de ejecución* del adulterio, sin haberse practicado *todos los actos que deberían producir* como resultado el delito para traspasar el límite designado en la Ley, que diferencia la tentativa del delito frustrado, y que por lo tanto al calificar la Sala sentenciadora el hecho de adulterio frustrado, y no de tentativa *que es su verdadero carácter,* infringió este art. 3.°, declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los procesados, y en su consecuencia casó y anuló la sentencia antedicha.

D.—**Robos** CALIFICADOS COMO **frustrados,** DEBIENDO SERLO DE MERA **tentativa.**

CUESTION I. *Penetran varios sujetos en una casa con el fin de perpetrar un robo, y son rechazados todos á viva fuerza al dirigirse al segundo piso del edificio, en donde se halla la caja: ¿habrá aquí* **delito frustrado,** *ó* **tentativa?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona entendió lo primero, é impuso á los culpables la pena de siete años de presidio mayor. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de Octubre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 9 de Noviembre, declaró que no había delito frustrado, sino simplemente *tentativa,* ya que si bien los culpables fueron impedidos del logro de su mal propósito por el ataque de que fueron objeto, este accidente ocurrió *en ocasión en que les quedaban aún varios actos de ejecución por realizar hasta conseguirlo,* como llegar hasta el segundo piso, forzar su puerta, introducirse en él, forzar la caja donde se custodiaba el dinero y apoderarse del mismo, con cuales actos se habría realizado seguramente toda la acción *subjetiva* de los culpables.

CUESTION II. *Unos malhechores sorprenden á los habitantes de una*

casa en el portal de la misma, y les intiman con una pistola á que se echen boca abajo, mientras uno de ellos exige al dueño el dinero que tuviera, oyendo lo cual la criada apaga la luz, disparando entonces uno de los malhechores varios tiros y huyendo todos: ¿deberá calificarse este robo de **frustrado,** *ó de simple* **tentativa?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia estimó lo primero. Mas el Tribunal Supremo, llamado á decidir el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia, declaró que el hecho no traspasó los límites de la *tentativa*, fundándose en que al cesar los procesados en su criminal intento, tan luego como una de las criadas del ofendido apagó la luz y se creyeron sorprendidos, todavía no habían obligado á aquél ni á otro alguno de los individuos de su familia á que les condujese desde el portal de la casa en que se encontraban hasta donde estuviese el dinero que se proponían robar, ni se habían puesto en situación de apoderarse de él, y que, por consiguiente, no habiendo practicado todos los actos que debían producir como resultado el delito de robo, y sí meramente algunos, no puede ser calificado el hecho perseguido como delito frustrado, sino como tentativa, atendido el precepto contenido en los párrafos segundo y tercero del art. 3.º del Código, los cuales infringió la Sala, el primero por haber sido erróneamente aplicado, y el segundo por haber dejado de serlo. (Sentencia de 14 de Mayo de 1883, publicada en las *Gacetas* de 7 y 8 de Septiembre.)

E.—**Estafa** CALIFICADA DE **frustrada**, DEBIENDO SERLO DE MERA **tentativa.**

CUESTION. *El que escribe á otro una carta pidiéndole cierta cantidad para librarse de la prisión, ofreciéndole un supuesto tesoro, y es detenido en el acto de entregarle el cartero un certificado que por indicación de la policía le dirigiera aquel á quien se trataba de hacer víctima del timo, ¿deberá ser calificado de autor de delito* **frustrado** *de estafa, ó de mera* **tentativa** *del propio delito?*—La Audiencia de Madrid estimó lo primero, mas el Tribunal Supremo declaró lo segundo: «Considerando, dice, que el solo hecho de pedir el recurrente por medio de una carta una cantidad de dinero, con suposición de bienes y propósito de defraudar, no constituye sino mera *tentativa* del delito de estafa; porque si el culpable dió principio á la ejecución por actos externos, no llegó á practicar otros precisos para producirla, tales como el recibimiento con la suposición del documento de crédito ó de los valores representativos de la suma pedida, á causa, ciertamente no imputable á él, de la desconfianza y precauciones de las personas á quienes intentaba perjudicar y de los agentes de la Autoridad; y que al estimar la Sala sentenciadora tal hecho como delito frus-

trado, en vez de calificarle de tentativa, ha infringido el art. del 3.º Código penal, etc.» —(Sentencia de 6 de Febrero de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Junio).—Igual doctrina vemos establecida, tratándose de otro caso idéntico, en la Sentencia de 6 de Febrero de 1884, publicada en las *Gacetas* de 17 y 18 de Agosto.

F.—**Violación** CALIFICADA TAMBIÉN COMO **frustrada**, CONSTITUYENDO TAN SÓLO UNA MERA **tentativa.**

CUESTION. *El que saca sus partes reservadas delante de una mujer, se las pone en la mano y trata de arrojarla en una cama, sin que pudiera lograr su objeto por haberse abrazado á él la acometida y haber acudido gente á las voces de ésta, ¿deberá ser calificado de autor del delito* **frustrado** *de* **violación,** *ó de mera* **tentativa** *del mismo?*—La Audiencia de la Habana entendió lo primero y condenó al procesado á once años de prisión mayor. Mas el Tribunal Supremo declaró que el hecho constituía tan sólo una *tentativa* del expresado delito: «Considerando que los actos realizados por el recurrente no excedieron los límites jurídicos de la tentativa del delito, porque si bien comenzó por hechos exteriores, de significado carácter, á ejecutar el delito que se propuso y llegó hasta derribar á la persona ofendida, la presencia de otras que acudieron en auxilio de ésta le impidió efectuar algunos todavía necesarios dentro de la índole especialísima del delito mismo, para que éste se entendiera consumado por su parte del modo que podía serlo sin producir los efectos intentados; y que, por tanto, la Sala sentenciadora, estimando que dicho delito alcanzó la categoría y grado de frustrado, ha infringido las disposiciones legales citadas en el recurso, etc.» (Sentencia de 3 de Marzo de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Agosto.)

G.—**Parricidio** CALIFICADO COMO **frustrado**, DEBIENDO SERLO COMO MERA **tentativa** DEL MISMO.

CUESTION. *El padre que habiendo concebido la idea de matar á una hija suya de dos años de edad, le causa con las manos pequeñas equimosis en la cara y considerable número de erosiones en el cuello y parte superior del pecho, hechas, al parecer, con las uñas y como si se hubiese intentado la estrangulación, de cuyas lesiones quedó aquélla curada á los ocho días, ¿deberá ser calificado como autor de* **parricidio frustrado,** *ó de* **tentativa** *del propio delito?*—La Audiencia de lo criminal de Toledo entendió lo primero y condenó al procesado á trece años de cadena. Mas inter-

puesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del reo, alegando como infringido el art. 3.° del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que si bien el culpable dió principio directamente por hechos exteriores á la ejecución del delito de parricidio en la persona de su hija Julia al tratar de estrangularla, no practicó todos los actos de ejecución que debieran haberlo producido, pues de ejecutarlos todos, no concurriendo, como no concurrió, ninguna circunstancia ó accidente que se opusiera á su voluntad ni atajara su impulso, habría logrado el crimen; y es evidente que por causas que no fueron su voluntario desistimiento, valiéndose Bejerano de su propio esfuerzo, no llegó á emplear el necesario para producir la muerte, y en su consecuencia, corresponde al hecho, conforme al artículo 3.° del Código penal, la calificación de tentativa: Considerando que, al no estimarlo así el Tribunal sentenciador y condenar al recurrente don Julián Martín Bejerano, por los actos que ejecutó intentando estrangular á su referida hija, como autor de parricidio frustrado, ha cometido el error de derecho que en tal concepto alega el recurso é infringido el artículo 3.° del Código penal, relacionado con el 417, dando lugar á la casación pretendida que establece el caso 3.° del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, etc.» (Sentencia de 18 de Diciembre de 1884, publicada en las *Gacetas* de 20 y 21 de Agosto de 1885, págs. 16 y 17.)

H.—Hecho calificado indebidamente de **tentativa** de **homicidio,** debiendo serlo de una simple **falta** de **amenaza con arma,** prevista en el núm. 2.° del art. 604 del Código.

CUESTION. *Para que un hecho pueda calificarse de* **tentativa** *de* **homicidio,** *¿será indispensable que conste de un modo indudable que la intención de su autor fué matar, y que además la acción ejecutada por éste signifique ese exclusivo y esencial propósito?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa. Fué el caso el siguiente: Hallándose Manuel Sobrino Blanco en la taberna de Inocencio Sánchez, pidió una navaja, que no quisieron darle las personas que allí se encontraban, y aprovechando el descuido de Luis Rodríguez Ramos, se apoderó de un instrumento de éste, llamado calabozo, que sirve para rozar terrenos montuosos y cortar leña, y se dirigió corriendo hacia el interior del establecimiento, seguido por Cirilo Sánchez, que en altas voces excitaba á los concurrentes á que le detuvieran, por suponer que iba á matar á Domingo Rodríguez y García, llegado cerca del cual, Sobrino levantó el calabozo para descargarle sobre éste, lo que se evitó por los circunstantes, que desarmaron al procesado. Instruída causa sobre este hecho y seguida por sus trámites, la Sala de lo

criminal de la Audiencia de Madrid declaró al procesado autor del delito de tentativa de homicidio, y le condenó á la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión correccional, accesorias y costas. Mas interpuesto contra esta sentencia recurso de casación por infracción de ley á nombre del procesado, citando como infringidos los arts. 419, 3.º y 604 del Código penal, por calificarse de tentativa de homicidio el hecho procesal, á pesar de no haber producido lesiones, ni acreditádose que el instrumento citado debiera causar la muerte al descargarse sobre una persona, ni probado que Sobrino tuviera ánimo de producir la de Rodríguez, y no haber sido estimado el acto realizado por el procesado como una falta comprendida en el último de los artículos que se invocan, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso por los fundamentos siguientes: «Considerando que si bien es imputable la tentativa de homicidio cuando el culpable da principio á la ejecución de este delito directamente por actos exteriores, solamente hay principio de ejecución directa para ese efecto cuando se realizan hechos encaminados por impulso de intención resuelta y conocida, y por medios idóneos dependientes del propósito criminal al logro de la muerte preconcebida, con tan patente y precisa dirección que excluya la posibilidad de otro fin de menor importancia jurídica: Considerando que no expresando de manera terminante la sentencia recurrida que moviera al procesado el ánimo de matar á Rodríguez, ni significando la acción ejecutada ese exclusivo y esencial propósito, ya que no es posible afirmar que, descargado el golpe, se hubiera necesariamente producido la muerte, la responsabilidad de Manuel Sobrino queda limitada al valor propio y seguro de su acto sin consideración á su ignorado fin, y por tanto, á una intimación de mal que constituya una amenaza con arma, que, como falta, corrige el núm. 2.º del art. 604 del Código penal; y Considerando que al no estimar aplicable la Sala sentenciadora esta disposición al hecho procesal y fundar su fallo en los artículos 3.º y 419 del mismo Código, los ha infringido, etc.» (Sentencia de 24 de Octubre de 1882, publicada en la *Gaceta* de 3 de Diciembre.)

I.—HECHO QUE SE PRETENDE CALIFICAR DE **proposición** Ó **conspiración** PARA COMETER EL DELITO DE **asesinato,** CONSTITUYENDO UNA VERDADERA **tentativa** DEL MISMO.

CUESTION. *Dos sujetos proponen á un tercero el asesinato de una persona determinada, ofreciéndole como precio cierta cantidad de dinero, y llévanle además para enseñarle la casa del que había de ser víctima, mostrándoselo después personalmente, sin que se realizara el delito por haber denunciado el hecho uno de aquéllos: ¿deberán calificarse estos actos simple-*

mente de **conspiración** *ó* **proposición** *para cometer un asesinato, ó bien de* **tentativa** *del propio delito?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada estimó esto último, y condenó á los procesados á seis años y un día de presidio mayor á cada uno y accesorias; y si bien el recurso que éstos interpusieron fué desechado por haberse interpuesto fuera del término legal, y por haberlo fundado en las disposiciones de una ley derogada, el Tribunal Supremo, entrando, aunque de pasada, en el fondo de la cuestión, declaró que se impugnaba sin ningún fundamento la sentencia de la Sala, porque los hechos expuestos *constituyen realmente una* **tentativa** *de delito.* (Sentencia de 10 de Abril de 1875, publicada en la *Gaceta* de 11 de Mayo.)

J.—HECHO DEBIDAMENTE CALIFICADO DE **tentativa** DE **homicidio,** Y NO DE **delito frustrado** DEL MISMO.

CUESTION. *Cuando de la causa resulta que hallándose el ofendido durmiendo á orilla de un río, fué despertado por unas voces que daba el procesado, el cual, dirigiéndose á él con un revólver en la mano, le disparó tres veces sin que el tiro llegase á salir, y á pesar de haber sido desarmado y derribado al suelo, volvió no obstante á lanzarse sobre el ofendido, procurando asestarle algunos golpes con una navaja, sin causarle más daño que una pequeña punzada y una mordedura en la nariz, que no le impidieron dedicarse á sus faenas habituales, ¿deberá calificarse semejante hecho de* **delito frustrado,** *ó simplemente de* **tentativa** *de homicidio?*—La Sala de justicia de la Audiencia de Pamplona estimó esto último y condenó al procesado á cuatro años, dos meses y un día de prisión correccional, accesorias y costas. Contra esta sentencia interpuso el Ministerio Fiscal recurso de casación por infracción del art. 3.º del Código, porque, en su sentir, la Sala había calificado indebidamente el hecho de tentativa, supuesto que, dada la intención de matar, que con sobrada razón se atribuía al procesado, era necesario convenir que éste hizo cuanto estuvo de su parte para realizar su propósito, insistiendo por tres veces en el disparo del arma de fuego y acometiéndole después con un arma blanca, por lo que debió calificársele de autor de delito *frustrado.* Mas, á pesar de estas alegaciones, declaró el Tribunal Supremo *no haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que para que exista delito de homicidio *frustrado,* por medio de arma de fuego, es indispensable, según en gran número de Sentencias lo tiene consignado este Supremo Tribunal, además de algunos antecedentes por los que se infiera qne la intención y resolución del agresor no fué sólo la de herir, sino la de privar de la vida al acometido; y condiciones tales en el arma de fuego y en la manera de emplearla, que

hagan cuando menos posible aquel resultado; que por esta razón, para conceder ó para negar que el homicidio existiese con el carácter de frustrado, se ha exigido en todos casos el conocimienlo del *propósito* homicida, de la *clase* y *estado* del *arma* empleada, *proyectil* con que estuviese cargada, *distancia* á que se hiciera el disparo y *dirección* del mismo á la parte media y principal del cuerpo, como datos de todo punto necesarios para adquirir el convencimiento de que el agente practicó por su parte todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado la muerte del acometido; que en la sentencia recurrida se echa de menos la existencia de todo antecedente de animosidad ó resentimiento graves del procesado respecto del ofendido; y por la desaparición del llamado revólver y de la navaja, el conocimiento de que fuese aquél tal revólver, y no un pistolete ó cachorrillo, con ó sin pistón, y uno ú otro con carga de proyectil mortífero, y teniéndola, se hallasen, además, por su mecanismo en condiciones propias y adecuadas para producir el disparo, ignorancia mediante la cual, sin hacer supuesto de la cuestión y sin faltar al principio de que lo meramente hipotético y condicional no es permitido invocarlo en perjuicio del presunto reo, no cabe considerar infringido el art. 3.º, párrafo segundo, en relación con el 419 del Código, como el Ministerio Fiscal pretende; que en rigor ésta su pretensión descansa tan sólo, dada la imposibilidad del reconocimiento de las armas, en la presunción ó hipótesis de que debiera existir la animosidad ó resentimiento; de hallarse las armas en el lleno de las condiciones propias para causar la muerte del acometido, y de que esta acometida se hiciera á distancia conveniente, dirigiéndola á la parte media y principal del cuerpo: presunciones ó hipótesis contra las cuales pueden proponerse en defecto de prueba otras concretas favorables al reo, y en concreto, el antecedente de que, pues no salió el tiro á pesar de tres disparos, el arma no estaría cargada, ó estándolo, no sería á propósito para lanzar el proyectil; que estas razones, aunque en principio sean aplicables y comunes á la calificación de tentativa con relación al homicidio penado por la Sala sentenciadora, contra esta calificación no preparó el procesado recurso de casación, ni puede ser, por consiguiente, objeto de resolución en el presente, en que sólo versa la cuestión sostenida por el Ministerio Fiscal de si por los hechos que se declaran probados en la sentencia, el procesado debe sufrir el más grave reato de un homicidio frustrado, en vez del que por mera tentativa del mismo delito le atribuye la Sala sentenciadora. (Sentencia de 16 de Abril de 1877, inserta en la *Gaceta* de 16 de Agosto.)

L.—**Expendición de billetes de Banco falsos,** CALIFICADA DE **consumada,** DEBIENDO SERLO DE MERA **tentativa.**

CUESTION. *Cuando de la causa resulta que detenido y registrado el procesado por la Autoridad, se le encontraron en el bolsillo 498 billetes falsos del Banco de Francia, los que manifestó haber adquirido de un tercero en la creencia de que eran verdaderos ó legítimos, y que cuando fué detenido entonces presumió serían falsos, habiéndose comprobado su falsedad por reconocimiento practicado en Francia por el Ingeniero de la fabricación de billetes de aquel Banco, ¿deberá ser calificado este hecho de delito* **consumado** *de* **expendición de billetes falsos,** *ó simplemente de* **tentativa** *del mismo?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona estimó lo primero, y con arreglo á los arts. 305 y 306 del Código, condenó al procesado á cuatro años y dos meses de presidio correccional, accesorias, multa de 850 pesetas y costas. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa del reo contra dicha sentencia por infracción, entre otros, del artículo 3.º del Código, porque se castigó como delito consumado lo que en su caso sería *tentativa,* toda vez que no se llevó á cabo la expendición de los billetes, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* por tal motivo al expresado recurso, fundándose en que la Sala infringió evidentemente el artículo 3.º, párrafo segundo, que define la tentativa, y el 67, que señala la pena de los autores de ella, al no aplicarlos al caso de autos, pues de los hechos expuestos no resultaba que el procesado hubiera llegado á expender definitivamente en España ninguno de los billetes, para calificarle de autor del delito consumado, sino que dió principio á la ejecución que no pudo llevar adelante por la denuncia que se hizo y su inmediata aprehensión. (Sentencia de 10 de Julio de 1877, publicada en la *Gaceta* de 8 de Octubre.)

M.—HECHO CALIFICADO DE DELITO DE **amenazas de muerte,** DEBIENDO SERLO DE **tentativa** DE **homicidio.**

CUESTION. *Si con motivo de cierta disputa que tuvieron procesadas y ofendida, en la que vinieron á las manos, hubieron de quedar enemistadas, y como mes y medio después, yendo dicha ofendida por un camino en compañía de una amiga, le salieron al encuentro las procesadas, las que, profiriendo insultos y denuestos contra aquélla, se arrojaron sobre ella y la sujetaron, rompiéndole la enagua; en vista de lo que, atemorizada la ofendida, logró desasirse y se arrojó al río, atravesándole con gran peligro de su vida, y*

mientras tanto le arrojaban piedras las agresoras, una de las cuales atravesó el puente con objeto de maltratarla, lo que evitaron unos hombres que pasaron, cuyo aúxilio reclamó la compañera de la ofendida, ¿cabe calificar semejante hecho de delito de **amenazas de muerte,** *ó procederá calificarlo de* **tentativa** *de* **homicidio?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza calificó el hecho de delito de amenazas de muerte incondicionales, y con arreglo al párrafo segundo del art. 507 del Código, condenó á las procesadas á tres meses de arresto mayor á cada una, accesorias, multa de 125 pesetas, caución ó destierro en su defecto y costas. Mas interpuesto por el Ministerio Fiscal recurso de casación contra dicha sentencia, designando como infringidos los arts. 3.º y 419 del Código, porque en realidad las procesadas eran responsables de *tentativa de homicidio*, toda vez que no se limitaron á amenazar de muerte á la ofendida, sino que con actos exteriores, que colocaron á ésta en gravísimo riesgo, y con violencias que aumentaron todavía el peligro, dieron principio á la ejecución del delito de homicidio con que la habían amenazado, cesando en su persecución por una causa que no fué su propio y voluntario desistimiento, ó sea por la intervención de persona extraña que prestó oportuno auxilio á la víctima, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso, fundado en las propias consideraciones alegadas por el Ministerio Fiscal recurrente. (Sentencia de 26 de Junio de 1878, inserta en la *Gaceta* de 25 de Agosto.)

N.—Hecho calificado de **homicidio frustrado,** constituyendo tan sólo una **tentativa** del mismo.

CUESTION. *El que persigue á otro cuchillo en mano, lo derriba al suelo y le da varias cuchilladas, causándole once heridas en las regiones dorsal, escapular izquierda, cervical, masa encefálica, clavícula izquierda, tercio superior del antebrazo derecho y mano derecha, algunas de ellas de tres á cuatro centímetros de profundidad, otras interesando sólo la piel, y otras en forma de simples rasguños, de las que se obtuvo la curación completa á los treinta y nueve días, marchándose el agresor á las voces de auxilio, ¿deberá ser calificado de autor de* **homicidio frustrado,** *ó de simple* **tentativa** *del mismo?*—El Juez de Lérida y la Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona, que confirmó su sentencia, estimaron lo primero y condenaron al procesado á diez años y un día de prisión mayor, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa del reo por infracción, entre otros artículos, del 3.º en su párrafo tercero del Código, porque, aun supuesta en el recurrente la intención de matar, el hecho debió calificarse, á lo más, de *tentativa* de homicidio, declaró el

Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que con sujeción á los hechos expuestos, no es posible desconocer que las once heridas causadas á la ofendida en puntos como el cuello y cavidad torácica, que contienen vasos y vísceras tan esenciales á la vida, y el móvil de despiadada venganza que impulsó al agente, obligan á reconocer que el procesado se propuso realizar un homicidio en la persona de aquélla; que si en tal concepto no cabe calificar el hecho de meras lesiones graves, es, sí, evidente la infracción del art. 3.º, párrafo tercero del Código, por cuanto en la realización del homicidio no consta que el culpable practicase *todos* los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito; antes bien, lo que aparece es que, dando principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, no practicó todos los actos que debieran producirlo, por el accidente del auxilio á voces pedido por varias personas y que influyó poderosamente para la no consumación del delito, por tal modo existente sólo en grado de *tentativa*. (Sentencia de 22 de Marzo de 1879, publicada en la *Gaceta* de 14 de Mayo.)

O.—Error que consiste en calificar de **tentativa** de **homicidio** un hecho constitutivo tan sólo de una **falta** de **lesiones leves.**

CUESTION. *Aun cuando el procesado, resentido con el ofendido, profiriera contra éste palabras de muerte, y seguidamente le diera un golpe con un puñal, que el segundo pudo desviar con el brazo, recibiéndole en el rostro, donde le causó una lesión leve, y huyendo el agredido, le persiguiera de cerca con el mismo puñal en la mano, llegando hasta la puerta de la casa donde aquél se refugiara, ¿deberá calificarse este hecho de* **tentativa** *de* **homicidio?**—Así lo estimó la Audiencia de Alicante, la que condenó al procesado en dos años, cuatro meses y un día de prisión correccional. Mas interpuesto por la defensa de éste recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 3.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los *importantes* fundamentos siguientes: «Considerando que, según el art. 3.º del Código penal, hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento: Considerando que para la ejecución del delito de homicidio es de rigurosa necesidad que el propósito de privar de la vida á una persona se manifieste por *actos que de una manera inequívoca tiendan á conseguir aquel resultado por medios adecuados* en el principio de ejecución: Considerando que los hechos probados no permiten dar á la lesión leve que en el rostro infirió José Ruiz al Manuel Peñalva el carácter de un homicidio,

pues los hechos exteriores de una amenaza de palabra con el resultado indicado y la persecución posterior no pueden por sí solos determinar la calificación hecha por el Tribunal sentenciador, tratándose de un delito en el que la Ley, más que en ningún otro, *se inspira en los resultados materiales*, producto de la transgresión, y en tal concepto, no habiéndose hecho acertada aplicación de los mencionados arts. 3.° y 419 del Código penal, y autorizándose así el presente recurso, conforme al caso 3.° del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal; Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por José Ruiz y García, etc.» (Sentencia de 27 de Marzo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 18 de Noviembre, pág. 194.)

P.—HECHO CALIFICADO DE **tentativa** DE **parricidio**, NO CONSTITUYENDO ACTO ALGUNO DELICTIVO.

CUESTION. *El hecho de presentarse un hijo en casa de su padre, en ocasión que éste está durmiendo, anunciando su resolución de matarle á una hermana suya, y sacando del bolsillo un revólver y una carta dirigida al Juzgado, dando cuenta del hecho que iba á realizar y sus motivos (no pasando más, porque despertando el padre á las voces, reprendió á su hijo, pidiéndole éste perdón por el mal pensamiento que había tenido), ¿será constitutivo de* **tentativa** *del delito de* **parricidio?**—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, la que condenó al procesado á la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio correccional. Mas interpuesto por su defensa recurso de casación contra dicha sentencia por errónea aplicación del art. 3.° del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que si los actos de Gómez Cascante pudieron revelar, como preparatorios del delito, la resolución de atentar contra la vida de su padre, expresada por claras palabras además, ninguno de tales actos, consistentes en el anuncio de su decisión y en presentarse en la casa preparado con la carta dirigida al Juzgado y con el revólver que no aparece se hallara cargado, salió fuera de la esfera de la preparación y del propósito; que no son por sí legalmente punibles para llegar á la de la material ejecución, cuyo principio constituye la tentativa penable, porque el arma que en estado de alteración y de acaloramiento mostró á su hermana no tuvo siquiera ocasión de dirigirla contra el padre de ambos, á quien no consta viera en aquellos primeros momentos, y ese acto, ú otro semejante de violencia, sería preciso para estimar principiada la comisión del delito de la manera directa que el art. 3.° del Código penal requiere para reconocer la existencia de la tentativa, que sólo por actos directos, además de exteriores, se expresa: y Considerando, por tanto, que

el Tribunal sentenciador, al penar al recurrente como autor de tentativa de parricidio, á pesar de no haber el último enderezado su acción concretamente contra su padre, ha cometido el error de derecho que se le atribuye y las infracciones á tal fin citadas, etc.» (Sentencia de 20 de Enero de 1886, publicada en la *Gaceta* de 19 de Mayo, pág. 221.)

Q.—HECHO CALIFICADO DE **tentativa** DE **estafa**, NO CONSTITUYENDO ACTO PUNIBLE ALGUNO.

CUESTION. *El que presentándose en casa de un sujeto con una carta con firma supuesta, aunque no fingida ni contrahecha la letra, en que se le dice entregue al dador cierta cantidad, y no encontrando á aquél por haber salido, deja la carta á la criada para que se la entregue á su regreso, sin volver más tarde por la contestación, ¿será responsable como autor de* **tentativa** *del delito de* **estafa?**—Así lo calificó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valladolid, y además, de autor de delito de *falsedad en documento privado*, este último como medio de perpetrar el primero, y le condenó en tres años y cinco meses de presidio correccional, multa de 250 pesetas, accesorias y costas. Mas el Tribunal Supremo, llamado á resolver el recurso contra dicha sentencia interpuesto por la defensa del procesado, declaró que ni existía el delito de tentativa de estafa ni el de falsedad: «Considerando que el acto, también declarado probado, de entregar á una criada para su amo una carta con firma supuesta, aunque no fingida ni contrahecha la letra, pidiendo 200 reales, sin volver el portador por la contestación para obtener el objeto propuesto, no puede apreciarse semejante acto como delito complejo de tentativa de estafa por medio de una falsedad, puesto que dicho portador dejó espontáneamente de realizar el referido propósito, y por consiguiente, no produjo efecto el hecho mencionado por el propio y voluntario desistimiento del pretendido culpable, ni tuvo eficacia alguna la indicada carta, que por otra parte tampoco revestía el verdadero carácter de las falsedades consignadas en el precitado art. 314 del Código.» (Sentencia de 20 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 17 de Agosto, págs. 93 y 94.)

R.—**Tentativa** DE DELITO DE **robo**, NO APRECIADA EN UN CASO CONCRETO POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

CUESTION. *Si convenidos y concertados varios sujetos para efectuar un* **robo** *en una casa, se dirigen todos á ella, logrando con un hierro forzar la puerta que daba paso al corral, en cuyo sitio desistieron de llevar adelan-*

te su propósito, por haber observado luz en una de las habitaciones, ¿dejará de ser punible esta **tentativa** *de delito, porque quince días después los mismos procesados consumaran en la propia casa el proyectado* **robo**, *de cuyas resultas se produjo el* **homicidio** *de uno de los damnificados?*—Así lo ha estimado el Tribunal Supremo: «Considerando que si bien los actos ejecutados por Gregorio Portela y consortes, en la noche del 10 de Febrero, son genéricamente constitutivos de tentativa de robo, en el caso actual sólo implican procedimientos preparatorios del robo con homicidio, consumado en la noche del 25; que esta suma individua de hechos no permite duplicidad de penas, y que no estimándolo así el Tribunal *à quo*, ha incurrido en el motivo de casación consignado en el núm. 1.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, no porque fuera voluntario el desistimiento de la acción damnable, según supone la representación de Silvestre Marín, sino porque la improcedencia de la pena impuesta, al dividir la continencia de los hechos, afecta en este punto la validez del fallo.» (Sentencia de 29 de Julio de 1886, publicada en las *Gacetas* de 23 y 30 de Septiembre, págs. 215 á 218.)—Á pesar del respeto que nos merecen todas las decisiones del Tribunal Supremo, no podemos estar en modo alguno conformes con la que motiva estas líneas, pues que no se trata aquí de un delito *sucesivo*, sino de *dos* delitos *reiterados*, independientes y distintos el uno del otro, *ratione temporis*. Nosotros preguntamos: si los procesados no hubiesen cometido el segundo hecho, ¿hubiera dejado de penarse el primero? Pues cometiéndose los dos, ¿por qué no se pena más que el segundo? ¿Puede acaso esta segunda delincuencia anular la existencia real y jurídica de la primera? La razón que se alega de división de la continencia de los hechos podrá ser valedera para comprender á ambos en un mismo proceso; pero para impedir que se aprecie lo que positiva y legalmente ha existido, eso no acierta á comprenderlo nuestra razón, por más esfuerzos que haga para dejarse convencer en este sentido.

S.—Hecho que no deee calificarse de **tentativa**, sino de parricidio **frustrado.**

CUESTION. *El hecho de haber depositado un sujeto en un guiso que había de comer su mujer bastante cantidad de fósforo en cabezas de cerillas, y de haberla instado repetidamente que tomara dicho alimento, lo que no realizó porque al mojar un pedazo de pan en la salsa y llevarlo á la boca notó el mal gusto al par que el olor desagradable del expresado guiso, ¿será constitutivo del delito* **frustrado** *de* **parricidio**, *ó de la simple* **tentativa** *del mismo?*—El Tribunal Supremo ha declarado que la primera y más

grave calificación es la procedente: «Considerando que el hecho de haber depositado Eusebio Martínez y Gutiérrez en una cazuela de bacalao guisado que había de comer su mujer Dorotea Vázquez bastante cantidad de fósforo en cabezas de cerillas, y de haberla instado repetidamente para que tomara dicho alimento, no obstante repugnarlo al probar un pedazo de pan que había mojado en la salsa, determina el delito de parricidio frustrado, porque por parte del primero, y á fin de matar á la segunda, se practicaron todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado dicho parricidio, debiéndose su ineficacia, no á la voluntad, que fué íntegra, del Martínez, sino á que la Vázquez comprendiera el inminente peligro de muerte en que se hallaba.» (Sentencia de 9 de Noviembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 13 de Enero de 1887, pág. 36.)

Véanse, además, las *Cuestiones* del art. 4.°

DELITO FRUSTRADO

Las infracciones más frecuentes del segundo párrafo del art. 3.° del Código, que define el delito frustrado, consisten, ora en calificar como delito *consumado* de lesiones ó disparo de arma de fuego ciertos hechos que, dada la intención conocida ó manifestada del agente, merecen la calificación más grave de delito *frustrado* de homicidio ó asesinato, según los casos, ó viceversa; ora en estimar como *consumados* ciertos actos que por no haber llegado á su completo desenvolvimiento jurídico sólo merecen la consideración de *frustrados*, y ora, finalmente, en considerar como simple comienzo de ejecución, y, por ende, como mera *tentativa*, actos cuya totalidad hubiera producido la cabal consumación del delito, á no mediar ó sobrevenir una causa ó accidente del todo ajeno á la voluntad del culpable, y que por lo tanto han debido calificarse de delitos *frustrados*.—Véanse, en corroboración de lo que decimos, las siguientes cuestiones ó casos prácticos:

HECHOS QUE CONSTITUYEN EL DELITO DE **homicidio** Ó **asesinato frustrados**, Y NO EL DE **lesiones** Ó **disparo de arma de fuego**, Ó UNO Y OTRO Á LA VEZ.

CUESTION I. *Si resulta que el procesado, al desafiar á su contrario á que saliera fuera, indicando con sus ademanes y palabras la punible intención que llevaba, fué advertido por un tercero, que le cogió por los brazos para detenerle, sobre lo que iba á hacer, no obstante lo cual acometió á aquél,*

infiriéndole con un arma blanca una herida en el espacio intercostal por debajo de la tetilla, llegando hasta interesar el pulmón, cuya herida fué calificada de sumamente grave, y si bien tuvo un término satisfactorio á los seis meses y días, los mismos facultativos llegaron á dudar de su curación, ¿deberá calificarse semejante hecho de delito de **lesiones graves,** *comprendido en el núm. 3.° del art. 431 del Código, ó deberá hacerse de él la calificación más grave de* **homicidio frustrado?** —El Tribunal Supremo ha declarado que en tal caso esta última es la calificación que procede: «Considerando que los hechos consignados en la sentencia demuestran que el acusado practicó los actos que debían producir como resultado el *homicidio,* por el *sitio* á que se dirigió el golpe del instrumento punzante, la *fuerza* que impulsó la penetración hasta interesar el pulmón, produciendo la herida, que los facultativos calificaron de sumamente grave, la *provocación insistente,* sin embargo de haberle llamado la atención sobre el acto que iba á ejecutar, demuestran, como se ha dicho, que el acusado *se propuso cometer un homicidio,* que no se consumó por causas independientes de la voluntad del agente.» (Sentencia de 20 de Junio de 1881, inserta en la *Gaceta* de 4 de Septiembre.)

CUESTION II. *El que de noche y desde una ventana de una casa dispara contra un tercero un arma de fuego, causándole en la parte superior del cuerpo varias lesiones, que necesitaron más de cien días de asistencia facultativa y dejaron al paciente imposibilitado para ciertos trabajos de su profesión de médico, ¿será responsable del delito consumado de* **lesiones graves,** *comprendidas en el número 2.° del art. 431 del Código, ó del más grave de* **asesinato frustrado,** *con arreglo al artículo 3.°, en relación con el 418 del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto que esta última calificación más grave es la procedente: «Considerando que, según el art. 3.° del Código penal, hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos que deberían producir como resultado el delito, y sin embargo no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente: Considerando que Domingo Alerani y Mas puso en práctica todos los actos de ejecución perfectamente adecuados y que naturalmente debían producir la muerte de D. Juan García Orovio, como fueron los de emplear contra él un arma que de suyo hay que calificar entre las más mortíferas, de haberse colocado en sitio deliberadamente elegido como el más apropósito y á distancia enteramente proporcionada para que los proyectiles llevasen la fuerza suficiente, y el haber dirigido el tiro á la región del cuerpo de la víctima donde más seguro era que le había de privar de la vida, todo lo cual demuestra la más acabada intención de matar, y que si no lo consiguió fué por causas independientes de su voluntad, por cuyo motivo, y teniendo, además, presente que, habiendo mediado la circunstancia cualificativa de alevosía, el delito ha

sido acertadamente calificado en la sentencia recurrida como asesinato frustrado, sin que por lo tanto se haya infringido por la Audiencia sentenciadora el art. 3.º del Código, no siendo tampoco cierta la infracción, también alegada por el recurrente, del art. 431, en relación con el 423, porque, conforme al texto literal de este mismo artículo, nunca puede tener aplicación la disposición penal del mismo en casos como el actual, en que el hecho perseguido deba estimarse como delito de parricidio, asesinato ú homicidio frustrado.» (Sentencia de 15 de Noviembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 10 de Abril de 1885.)

CUESTION III. *El que, impulsado por el deseo de matar á otro, le espera al anochecer oculto en un sitio por donde debía pasar, y al hacerlo le dispara de repente, con arma corta, tres tiros á dos pasos de distancia, causándole otras tantas lesiones en la cara, en la región torácica y en la parte inferior del cuerpo, curadas al cabo de catorce días, ¿será responsable del doble delito de* **disparo de arma de fuego** *y* **lesiones**, *ó lo será del más grave de* **asesinato frustrado?**—El Tribunal Supremo ha resuelto también que esta última calificación es la procedente en este caso: «Considerando que hay delito frustrado, conforme al párrafo segundo del artículo 3.º del Código, cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito, y sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente: Considerando que en ese supuesto no tiene apoyo alguno el primer motivo alegado en su recurso por la representación de Gregorio Perosanz Gualdea, porque siendo cierto que éste, impulsado por el deseo de matar á su cuñado Joaquín del Cerro, le esperó al anochecer oculto en un sitio adonde en esos momentos debía llegar, y cuando así sucedió, con un arma de fuego corta, á la distancia de dos pasos, le disparó, no uno, sino tres tiros, y le causó lesiones de más ó menos importancia en las cavidades vitales craneana y torácica, semejante proceder reune todos los actos de ejecución del crimen, que no se consumó por causas extrañas á aquél, como fueron, entre otras, la resistencia que opuso al proyectil un cuerpo duro y la de haber sido dicho del Cerro herido de pasada ó refilón en la barba, etc.» (Sentencia de 9 de Febrero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 22 de Septiembre, pág. 94.)

HECHOS, POR EL CONTRARIO, CALIFICADOS INDEBIDAMENTE DE **parricidio frustrado**, CONSTITUYENDO TAN SÓLO LOS DE **disparo de arma de fuego** Y **lesiones**.

CUESTION I. *Si el procesado, en sus continuas disensiones con su mujer, la amenazara reiteradamente de que un día la había de matar, y en el de autos la amenazó de nuevo, diciéndole que había llegado el momento de*

cumplir su propósito, y con un hacha que al efecto había comprado la noche anterior le dió dos golpes en la cabeza por la parte opuesta al filo, causándole lesiones que tardaron treinta y siete días en curarse, y huyendo su mujer á la calle, le hizo un disparo con una pistola sin alcanzarla, persiguiéndola hasta la casa donde se refugió y donde fué detenido, ¿deberá calificarse este hecho de **parricidio frustrado?**—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza, la que condenó al procesado como autor de dicho delito, con las circunstancias agravantes de premeditación y reincidencia, á la pena de diez y ocho años de cadena, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 3.º del Código, por indebida aplicación, con relación al 417, y el 423 y 431, núm. 4.º, que, á su juicio, debieron aplicarse, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso por los fundamentos siguientes: «Considerando que aun cuando Manuel Terén Alquézar, en las frecuentes cuestiones que con su mujer Tomasa Arbiol solía tener, le había dirigido reiteradamente la amenaza de que un día la había de matar, y aunque en el que ocurrió el hecho criminal á que se refiere el presente recurso la amenazó de nuevo, diciéndole que había llegado el momento de cumplir lo que tantas veces le había prometido, esto no obstante, es preciso creer que no llegó á formar propósito verdadero y voluntad resuelta de matarla, puesto que á pesar de haberla tenido de rodillas á sus pies sin presentarle la menor resistencia, á pesar de llevar consigo dos armas igualmente mortíferas y de haberlas empleado en su daño, lo hizo, sin embargo, de manera que no la privó de la vida, golpeándola con el destral por la parte opuesta al filo y con escaso impulso, dado que aun usado por esta parte con alguna violencia en la cabeza, adonde le dirigió el golpe, la habría matado, y disparándole la pistola á distancia y en condiciones que en la sentencia no se determinan, y que por lo mismo, y porque ninguna lesión le produjo el proyectil, hay que juzgar que el culpable no practicó, así como tampoco con el hacha, de que también hizo uso, todo lo necesario y que estuvo en plena libertad de hacer para causar la muerte á su mujer; y que, por consiguiente, no se le puede reputar autor del delito de parricidio frustrado, habiendo incurrido la Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza, al estimar lo contrario, en el error de derecho que se le atribuye en el recurso, é infringiendo los arts. 3.º y 417 del Código, que en tal concepto se han citado por el recurrente: Considerando que los actos de Manuel Terrén, de pegar á la Tomasa Arbiol con el hacha ó destral, produciéndole heridas que no quedaron curadas hasta los treinta y siete días, y de disparar sobre ella un arma de fuego, como actos distintos é independientes, y ambos penados por la Ley, deben estimarse como constitutivos de dos delitos diferentes y castigarse con la pena correspondien-

te, que es la señalada en los arts. 431, núm. 4.º, y 423, los cuales, por lo tanto, debe estimarse que han sido igualmente infringidos en el fallo recurrido: Considerando, en consecuencia, que procede la casación de este fallo por los motivos expuestos y la imposición al procesado de la pena señalada á los dos mencionados delitos, en su grado máximo; por haber concurrido en su ejecución las dos circunstancias agravantes estimadas en aquél, y que no han sido objeto del recurso, y esto aun cuando no se tenga en cuenta la primera del art. 10 (1), que también concurrió, como inútil para influir en la penalidad, mediante la existencia de las otras dos.» (Sentencia de 7 de Diciembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Abril de 1886, pág. 167.)

CUESTION II. *El hecho de disparar un hijo una pistola contra su madre, á consecuencia de una disputa que con ella tuviera, sin causarla afortunadamente daño alguno, ¿será constitutivo de un delito de* **parricidio frustrado**, *ó deberá calificarse de* **disparo de arma de fuego**, *con la circunstancia agravante genérica del parentesco?*—La Audiencia de lo criminal de Salamanca estimó lo primero y condenó al procesado en diez y seis años y seis meses de cadena, cuya sentencia *casó* el Tribunal Supremo por indebida aplicación del art. 3.º, en relación con el 417 del Código: «Considerando que para que el disparo de arma de fuego contra determinada persona pueda calificarse de homicidio, asesinato ó parricidio frustrado es absolutamente indispensable, según lo tiene declarado reiteradamente este Supremo Tribunal, que aparezca con toda evidencia de los actos ejecutados la intención en el agente de matar al sujeto contra quien haya dirigido el indicado disparo: Considerando que los accidentes del caso de autos, atendidos los fundamentos de hecho de la sentencia recurrida, no revelan manifiestamente, como sería necesario, que la sola intención y el exclusivo propósito de Benito Martín González fuese matar á su madre al dirigirle un tiro con la pistola de dos cañones que sacó instantáneamente y disparó á la misma distancia de diez pies en que se encontraba, cuando ocurrió el motivo del referido suceso: Considerando en tal virtud que la Audiencia sentenciadora, al calificar de parricidio

(1) Conformes nosotros en un todo con la doctrina establecida en esta Sentencia que creemos es la única aceptable dentro del espíritu y carácter de nuestra legislación penal, esencialmente materialista en punto á la frustración y tentativa de los hechos criminosos, no podemos estarlo con respecto á la apreciación de la circunstancia del *parentesco* como agravante *genérica* del delito cometido; pues tratándose de unas lesiones *graves*, el parentesco es circunstancia *específica* ó *cualificativa* del propio delito, que tiene su determinación y penalidad especial en el párrafo que subsigue al núm. 4.º del art. 431 del Código. De este delito, pues, especial de lesiones y del de disparo de arma de fuego debieron calificarse los hechos procesales, despojados ya del carácter de parricidio frustrado, que indebidamente les diera el Tribunal *à quo*.

frustrado el hecho procesal, ha incurrido en el error de derecho y cometido las infracciones de ley alegadas en su respecto por la representación del recurrente.» (Sentencia de 20 de Noviembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 15 de Enero de 1887, págs. 51 y 52.)

HECHO INDEBIDAMENTE CALIFICADO DE **asesinato frustrado,** DEBIENDO SERLO DE SIMPLES **lesiones.**

CUESTION. *El que proponiéndose envenenar á un sujeto le suministra un tóxico bastante para producirle una enfermedad de mayor ó menor duración, pero insuficiente en cantidad ó calidad para ocasionar la muerte de una persona, ¿será responsable del delito de* **asesinato frustrado,** *por envenenamiento, ó lo será tan sólo de las* **lesiones** *causadas?*—La Audiencia de Manresa estimó lo primero y condenó á los procesados á nueve y ocho años respectivamente de presidio y prisión mayor. Mas interpuesto por su defensa recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 3.º, en relación con el 418 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que cualquiera que fuese la intención de José Font y María Fortuny, respecto del envenenamiento de Manuel Font, si al efecto emplearon un medio inadecuado para conseguir el intento criminal, falta la realidad objetiva del delito, para poder exigírseles la responsabilidad del mismo en ninguna de sus categorías, debiendo exclusivamente castigárseles por razón del daño que causaron, ó sea como autores del delito de lesiones menos graves, atendida la duración de la enfermedad que produjeron al Manuel Font, administrándole la nuez vómica: Considerando que la Audiencia de Manresa ha incurrido, consiguientemente, en error de derecho al calificar como tentativa de asesinato un hecho que sólo constituye el de lesiones menos graves, etc.» (Sentencia de 9 de Diciembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 18 de Junio, págs. 305 y 306.)

HECHOS CALIFICADOS INDEBIDAMENTE DE **homicidio frustrado,** DEBIENDO SERLO DE **disparo de arma de fuego** Ó **lesiones,** Ó DE UNO Y OTRO DELITO Á LA VEZ.

CUESTION I. *El hecho de disparar sucesivamente* **dos** *tiros de pistola ó revólver contra una persona, á consecuencia de algunas palabras tenidas con la misma, causándola con el segundo disparo una herida en la frente, ¿será bastante para determinar la existencia de un delito* **frustrado** *de* **homicidio,** *ó deberá calificarse simplemente el acto ejecutado*

de **disparo de arma de fuego contra determinada persona?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid estimó lo primero y condenó al procesado, como autor de homicidio frustrado sin circunstancias apreciables, á la pena de ocho años y un día de prisión mayor. Mas el Tribunal Supremo, llamado á decidir el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia por la defensa del reo, por infracción de los artículos 419 y 3.º del Código, declaró *haber lugar á él,* fundándose en que tanto el delito *consumado* como el *frustrado* de homicidio suponen en el delincuente la *verdadera intención de matar,* derivándose en el primer caso, con arreglo al art. 1.º del Código, del hecho mismo de haber dado muerte á un tercero, y siendo necesario en el segundo que por otros medios se comprueben así dicha intención como la eventualidad de la circunstancia que haya ocasionado la frustración, ó sea que el delito no se haya llevado á cabo por causa independiente de la voluntad del delincuente; que en el caso del recurso no había otro dato para presumir que el procesado quisiera matar á la ofendida que la reiteración del disparo de pistola que hizo contra ella, dato por sí solo insuficiente, principalmente cuando no constaba que semejante acción obedeciese á resentimientos anteriores, ni fuera efecto de otra cosa que de la *acalorada disputa* habida entre ambos en aquellos mismos momentos, y cuando natural y lógicamente se derivaba la intención contraria de las circunstancias de no haber ocasionado el proyectil á la ofendida más que una herida contusa, lo cual demuestra que no fué disparado á la distancia y en condiciones apropiadas para producir la muerte, y el haber cesado el ofensor en todo acto de hostilidad contra aquélla en el instante en que la vió tan levemente herida; por lo que la Sala cometió error de derecho é infringió los arts. 419 en relación con el 3.º del Código al calificar como homicidio frustrado el hecho procesal, y no de doble delito, simplemente, de disparo de arma de fuego y lesiones menos graves. (Sentencia de 26 de Enero de 1884, publicada en la *Gaceta* de 16 de Agosto.)

CUESTION II. *El que al preguntar á otro si insistía en ciertas expresiones ofensivas que le había dirigido la noche anterior, y al contestarle el interpelado que no sólo insistía sino que las reiteraba, saca encolerizado una pistola de dos cañones, cargados ambos, y diciéndole á su interlocutor: «Lo que yo hago es matarte,» le dispara un tiro á corta distancia, sin que le alcanzára afortunadamente, ¿deberá ser declarado responsable del delito* **frustrado** *de* **homicidio?**—Así lo estimó la Audiencia de lo criminal de Manzanares, la que condenó al procesado á seis años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto por la defensa de éste recurso de casación contra dicha sentencia. declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que si bien el disparo que verificó el procesado pudo ocasionar al Fernández Sevilla la muerte, caso de darle,

y producirle el proyectil mortales heridas, no consta que tal fuera la intención de aquél, y antes al contrario, de los antecedentes y circunstancias del hecho aparece que la agresión fué rápida y momentánea, que apeló á ella encolerizado y por estímulos poderosos que naturalmente le produjeron arrebato y obcecación, aquietándose en seguida sin disparar el otro cañón de la pistola de que se valió; actos todos que, no obstante sus amenazadoras palabras, muestran la falta de voluntad de producir homicidio é impiden, por tanto, calificarlo de frustrado: Considerando que en este concepto la Sala sentenciadora ha cometido el error de derecho que se alega é infringido el art. 423 del Código penal, por no haberlo aplicado, dando lugar á la casación que el número 3.° del 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal establece.» (Sentencia de 12 de Enero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 25 de Agosto, pág. 53.)

CUESTION III. *El que en una cuestión ó disputa habida con otro acomete á éste con una faca, causándole una lesión en la región mamaria izquierda, que necesitó asistencia facultativa por espacio de setenta y un días, ¿será responsable del delito de* **homicidio frustrado**, *ó lo será tan sólo del de* **lesiones graves**, *previsto y penado en el núm. 4.° del art. 431 del Código?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de esta Corte estimó lo primero y condenó al procesado á la pena de seis años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, que apoyó en el acto de la vista el Ministerio Fiscal, por haber sido calificado erróneamente el hecho de homicidio frustrado, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que cuando un hecho concreto resulta determinada é individualmente penado como el de lesiones, no es legalmente procedente atribuir una mayor intención en la extensión del mal al delincuente para calificar el hecho más gravemente, si circunstancias muy señaladas no revelan de una manera clara y evidente esta mayor trascendencia en la intención: Considerando que la primera y la más esencial condición en el delito de homicidio frustrado es la intención por parte del agente de causar la muerte á la persona contra quien atenta; así como también es preciso el empleo de medios adecuados que debieran producir la perpetración del delito, que si no llega á consumarse es por causas ajenas á la voluntad del criminal: Considerando que en la relación de hechos probados que la sentencia recurrida condensa en el primero de sus resultados no hay ninguno del que pueda deducirse la primera de las expresadas condiciones, antes, al contrario, la repentina é indeliberada acometida del procesado Joaquín López Basanta fué determinada por la injuria que le causó Justo Melero, llamándolo *maricón* y hombre á quien, á pesar de haberlo buscado en el terreno de los hombres, no lo había encontrado; y ya se atienda á la forma en que ocurrió el hecho, ya se tenga en cuenta que López Basanta no repitió el golpe, es

evidente que no aparece demostrada una mayor intención de causar la muerte de Melero, y por tanto, que el golpe que dió á éste sólo puede ser calificado por el resultado que produjo y no por el que pudo producir: Considerando que habiendo consistido el resultado del golpe que con la faca dió López Basanta á Melero en la lesión grave que causó á éste, cuya curación tardó en verificarse setenta y un días, es visto que, por la duración de la herida y por los hechos que determinaron la agresión, el hecho aquí justiciable es el de lesiones graves, previsto en el núm. 4.º del artículo 431 del Código, etc.» (Sentencia de 4 de Octubre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 12 de Noviembre, pág. 236.)

CUESTION IV. *El que incomodado con otro por cierto recado ú orden que diera á su mujer le dice: «No volverás á darme otra,» y sacando una pistola le hace un disparo á dos pasos de distancia, causándole lesiones en un brazo, que tardaron en curarse veintiséis días, ¿será responsable, á pesar de aquellas palabras, del delito de* **homicidio frustrado?**—Así lo estimó la Audiencia de Albacete, que le condenó á ocho años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, que apoyó en el acto de la vista el Ministerio Fiscal, declaró el Tribunal Supremo que el hecho impuesto sólo constituía el doble delito de disparo de arma de fuego y lesiones menos graves: «Considerando que cuando un hecho concreto constituye un delito propio, determinada é individualmente penado, como el de lesiones, no es legalmente procedente atribuir una mayor intención al delincuente en la extensión del mal, para calificar el hecho con mayor gravedad, salvo si circunstancias muy señaladas y bien determinadas no demuestran por modo claro y evidente esta mayor transcendencia en la intención: Considerando que, con arreglo á este principio, en el delito de homicidio frustrado son elementos esenciales la intención por parte del agente de causar la muerte á la persona contra quien atenta, intención que ha de estar demostrada de una manera tan clara y evidente que excluya toda duda, y el empleo de medios adecuados que deban producir la perpetración del delito, que si no se consuma, es por causas ajenas á la voluntad del criminal: Considerando que en la relación de hechos que la sentencia recurrida condensa en el primer resultando no hay elementos bastantes para afirmar que el ánimo é intención de Juan Martínez García, al disparar la pistola que llevaba contra Marcelino Banegas á distancia de dos pasos, fué matarlo, ya se atienda á la facilidad que para ello le daba, y no aprovechó, la corta distancia á que estaba del Banegas, ya se tenga presente que hecho el disparo cesó el recurrente en la agresión: Considerando que el disparo de la pistola produjo al Marcelino Banegas unas lesiones que tardaron en su completa curativa veintiséis días; y por este resultado, y no por el que pudo producir, ha de calificarse el hecho justiciable, que aquí es el de lesiones menos graves,

penado en el art. 433, y el de disparo de arma de fuego, previsto y castigado en el 423, que habrán de penarse como un solo delito, con arreglo al art. 90.» (Sentencia de 25 de Octubre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 17 de Noviembre, pág. 247.)

CUESTION V. *El que encontrando en la calle á un tío suyo, y á consecuencia de una cuestión que con el mismo suscitara, le dispara dos tiros de pistola á ocho pasos de distancia, sin que afortunadamente le hiriera, ¿será responsable del delito de* **homicidio frustrado,** *ó simplemente del de* **disparo de arma de fuego** *contra determinada persona?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid estimó lo primero y condenó al procesado á ocho años y dos meses de prisión mayor. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del reo, que apoyó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, por infracción del artículo 3.º, en relación con el 419 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él y que el hecho sólo constituía un delito de disparo de arma de fuego, comprendido en el art. 423 del Código: «Considerando que cuando un hecho concreto resulta determinada é individualmente penado, como el de disparo de arma de fuego contra cualquiera persona, no es legalmente posible calificar el hecho con mayor gravedad, salvo que no hayan concurrido en el mismo todas las circunstancias necesarias que revelen en el agente, de una manera clara y exenta de toda duda, que su intención fué cometer otro delito de mayor importancia criminal: Considerando, en este supuesto, que para exigir á José Molina Márquez mayor responsabilidad que la señalada en el art. 423 del Código, al hecho concreto que ejecutó de disparar contra su tío D. José Márquez dos tiros de pistola, ó sea para calificar el hecho de homicidio frustrado, forzoso sería que de los hechos que la Sala sentenciadora declara probados aparecieran todos los elementos necesarios y constitutivos del expresado delito, esto es, que el culpable practicó todos los actos de ejecucion que debieran dar por resultado la comisión del delito, que si no se consumó, fué por causas independientes de su voluntad: Considerando que si bien el disparo de un arma de fuego á corta distancia y en ciertas condiciones es, por regla general, medio adecuado para consumar el delito de homicidio, no basta este medio por sí sólo para graduar la intención del agente: Considerando que en el caso presente aparece que el encuentro del procesado José Molina con su tío D. José Márquez fué casual; que por vivir éste y estar en relaciones con una hermana de aquél, tuvieron ambos algunas palabras, y el Molina disparó sobre su tío á distancia de ocho pasos una pistola de dos cañones, sin que le hiriera ninguno de los proyectiles; y es visto, tal como los hechos ocurrieron, que la causa de que el homicidio no tuviera lugar no puede juzgarse plenamente independiente de la voluntad del procesado, toda vez que bien pudo, si su intención hubiera

sido matar á su tío, asegurar mejor y á más corta distancia y con más cierta puntería el disparo: Considerando que, por lo expuesto, los hechos probados de la sentencia recurrida no demuestran la existencia del delito de homicidio frustrado, y sí sólo el de disparo de arma de fuego contra determinada persona; y al calificarlo de homicidio frustrado, la Sala sentenciadora ha infringido los artículos del Código que se citan, é incurrido en el error de derecho que le atribuye el recurrente.» (Sentencia de 18 de Enero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 27 de Mayo, pág. 171.)

CUESTION VI. *Aun cuando unas lesiones causadas por arma de fuego se hayan producido en partes principales del cuerpo y los disparos se hayan hecho á corta distancia y con reiteración, ¿será esto, por sí sólo, motivo bastante para convertir el delito materialmente realizado de* **disparo de arma de fuego** *y* **lesiones,** *en el más grave de* **homicidio frustrado?**—Al pasar Anselmo Ruisola por la calle de Paula, de la ciudad de la Habana, vió venir en dirección contraria á dos pardos á quienes no conocía, y como uno de ellos llevase un estilete, con el cual intentaba herir á otro que pasaba próximamente, dijo: «Cuidado conmigo,» en cuyo acto el otro pardo que acompañaba al del estilete sacó un revólver y disparó un tiro contra Ruisola, el cual volvió á llamar la atención; pero diciendo el del estilete á su compañero que disparara otro tiro, así lo hizo, produciendo al Ruisola con ambos disparos dos lesiones, una en la cara y otra en un hombro, que curaron á los veintidós días. Calificado este hecho por la Audiencia del doble delito de disparo de arma de fuego y lesiones, y condenado su autor á cuatro años de prisión correccional, interpuso el Ministerio Fiscal recurso de casación contra dicho fallo, pretendiendo que el hecho debió ser calificado de homicidio frustrado, dadas sus condiciones y circunstancias. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al expresado recurso, por los fundamentos siguientes: «Considerando que para poder calificar de homicidio frustrado un hecho punible, conforme á la jurisprudencia repetidamente establecida por este Supremo Tribunal, es preciso que de las circunstancias y accidentes que acompañaron al expresado hecho aparezca en el ánimo del agresor de la manera más evidente la intención de matar, y en el caso de autos, si bien las lesiones se produjeron en dos principales partes del cuerpo y los disparos se hicieron á corta distancia, el encuentro puramente casual del agresor y agredido, la falta absoluta de motivo que ocasionara la agresión contra una persona desconocida, que en dirección opuesta al pardo Luis Peñalver y su compañero transitaba por aquel punto inofensivamente, el andar el otro pardo amenazando á los transeuntes con un estilete desnudo y ordenando al Peñalver que disparase su revólver, como sucedió con el segundo tiro que dirigió al herido Anselmo Ruisola, con todos los demás particulares del suceso, dan una idea clara de que el propósito de los pardos era marchar

cometiendo atropellos por las calles, más bien que inferir determinada y deliberadamente la muerte con los daños que por un capricho inconcebible, si no era efecto de la embriaguez, iban causando indistintamente á cuantas personas hallaban á su paso: Considerando en virtud de lo expuesto que la Sala sentenciadora, al calificar el hecho procesal de disparo de arma de fuego y lesiones y no de homicidio frustrado, no ha cometido las infracciones de ley y errores de derecho que el Ministerio Fiscal ha supuesto como fundamento del presente recurso.» (Sentencia de 12 de Diciembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 20 de Agosto de 1885.)

Aborto QUE NO DEBE CALIFICARSE DE **tentativa,** SINO DE DELITO **frustrado.**

CUESTION. *Si para deshacer el feto á una mujer embarazada se le hacen varias sangrías y se le administran diferentes medicamentos, entre ellos los polvos de cantárida, reconocidos como uno de los estimulantes más poderosos para el aborto, se la aplican lavativas y se la hace llevar un doble corsé para comprimir el vientre, declarando los facultativos que todo lo ensayado y practicado revelaba no haberse omitido medio alguno para conseguir el aborto, ¿deberá calificarse el hecho de simple* **tentativa,** *ó de* **delito frustrado** *de* **aborto?**—El Tribunal Supremo ha declarado que esta última calificación es la procedente: «Considerando que se consigna como hecho probado que á..... le fueron suministrados varios medicamentos que, según declararon los facultativos que la reconocieron, debieron producirle el aborto, por lo que, si el delito no llegó á consumarse, no fué porque dejaran de practicarse todos los actos de ejecución necesarios para conseguir el resultado que se proponían, sino por causas ajenas á la voluntad de los que los suministraron, y en tal concepto, la calificación de *delito frustrado* de aborto, hecha por la Sala sentenciadora, es justa y arreglada á lo dispuesto en el art. 3.° del Código, etc.» (Sentencia de 9 de Noviembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 20 de Enero de 1881.)

Estafa QUE DEBE CALIFICARSE DE **frustrada,** Y NO DE MERA **tentativa.**

CUESTION. *Si los procesados trataron de apoderarse de unos bultos de géneros de comercio que suponían en la estación, presentándose en ella con el talón que se había remitido á la casa consignataria dentro de una carta, la cual debió ser sustraída del correo, sin que pudiese averiguarse ni por quién ni por dónde llegó á manos de los procesados, no habiendo éstos conseguido su objeto, porque los bultos habían sido retirados dos ó tres días an-*

tes por la casa consignataria, ¿deberá calificarse el hecho de **tentativa,** *ó de* **delito frustrado** *de* **estafa?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid calificó y penó á los procesados como autores del delito de estafa *frustrada*. La defensa de uno de éstos interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, citando como infringido el art. 3.° del Código penal, porque el procesado no hizo, en su sentir, más que dar principio á la ejecución del delito, lo cual constituye una *tentativa* del mismo, y no un *delito frustrado*, como lo apreció la Sala. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, y, sin embargo, no lo producen, por causas independientes de la voluntad del agente; y que en el caso presente, el recurrente, en unión de su co-reo, trató de apoderarse de los dos bultos que suponían en la estación, presentándose en ella con el talón, y no lo consiguieron porque habían sido ya retirados de la misma, lo cual constituye el delito *frustrado*.» (Sentencia de 3 de Enero de 1876, inserta en la *Gaceta* de 31 del mismo mes y año.)

Estafa CALIFICADA INDEBIDAMENTE COMO consumada, SIENDO frustrada.

CUESTION. *La devolución inmediata por el culpable de la cosa que se propuso estafar, tan pronto como el perjudicado notó el engaño cometido, ¿será bastante á despojar el hecho del carácter de* **consumado,** *conteniéndolo en los límites de un simple delito* **frustrado?**—La comunidad de religiosas de Santa Clara depositó en el año 1868 en D. Manuel Núñez un cuadro pintado al óleo sobre cobre, y al reclamárselo aquéllas algunos años después, entrególes el propio marco con una copia del original, que por su encargo y precio de 40 pesetas le hiciera un artista; cuya sustitución, advertida tiempo después, produjo directa reclamación de la comunidad, á quien Núñez devolvió el original, valuado en 125 pesetas, obteniendo, á su vez, la copia referida. Mas instruída en el entretanto causa criminal sobre el expresado hecho y seguida por todos sus trámites, la Audiencia de Madrid, estimando que Núñez engañó y perjudicó á la comunidad en la diferencia del valor de las pinturas, le condenó, como autor del delito *consumado* de estafa, previsto en el núm. 5.° del art. 548 del Código, á la pena de dos meses y un día de arresto mayor, accesorias y costas. Interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por infracción, entre otros, del art. 3.° del Código, al *dar lugar* á él el Tribunal Supremo, declaró que la estafa cometida fué simplemente *frustrada*: «Considerando que si bien los actos de D. Manuel Núñez aparecen mo-

vidos por el deseo de apropiarse el cuadro en beneficio propio y consiguiente perjuicio de su dueño, y ejecutó para lograrlo todos aquellos que deberían producir como resultado el delito, *no se realizó el perjuicio y la apropiación, ni se consumó*, por tanto, el delito por una causa independiente de su voluntad, cual fué el descubrimiento de la sustitución de la lámina, puesto que advertida ésta, el propietario obtuvo lo que le pertenecía sin oposición del depositario y sin dilación jurídicamente apreciable; por lo cual, la Sala sentenciadora, al estimar consumado un delito que se frustró, ha infringido, por no aplicarle, el art. 3.° del Código.» (Sentencia de 25 de Octubre de 1882, publicada en la *Gaceta* de 17 de Noviembre.)

DELITO DE **falsedad** Y **cohecho** CALIFICADO COMO **consumado**, DEBIENDO SERLO TAN SÓLO COMO **frustrado**.

CUESTION. *El Inspector de la Renta del Timbre del Estado que habiendo encontrado varias infracciones en la Secretaría de un Ayuntamiento, propone al Alcalde darle certificación de irresponsabilidad, mediante la entrega de cierta cantidad, dándola en efecto, al recibir ésta, siendo sorprendido por la Autoridad en el acto de realizarse estos hechos, ¿deberá ser calificado de autor del delito* **consumado** *de* **falsedad** *y* **cohecho**, *ó simplemente de delito* **frustrado?**—La Audiencia de lo criminal de Guadalajara estimó lo primero. Mas el Tribunal Supremo declaró lo segundo: «Considerando que si bien el procesado recurrente practicó por su parte todos los actos de ejecución necesarios para realizar los delitos de falsedad y cohecho, éstos no pudieron llegar á consumarse por causas independientes de la voluntad del culpable, como fueron el presentarse la Autoridad en el momento oportuno para evitarlo y sorprender la acción criminal mediante el artificio empleado para este efecto; circunstancias que hicieron imposible la consumación de los referidos delitos, y por los cuales le corresponde la calificación legal de frustrados, conforme al art. 3.° del Código penal, sin que, por lo tanto, sea aplicable el 4.°, que también se alega: Considerando que al no estimarlo así se ha incurrido por la Audiencia sentenciadora en error de derecho, infringiendo el art. 3.° del Código penal y dando lugar á la casación que el número 3.° del 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal establece, etc.» (Sentencia de 5 de Enero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 24 de Agosto, pág. 47.)

Hurto CALIFICADO COMO **consumado,** DEBIENDO SERLO COMO **frustrado.**

CUESTION. *El que es sorprendido arrancando frutos de un campo y echándolos en un saco, ¿será responsable del delito de hurto* **consumado,** *ó simplemente* **frustrado?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza entendió lo primero; pero el Tribunal Supremo, á excitación del Ministerio Fiscal, que recurrió contra la sentencia dicha, declaró lo segundo: «Considerando, dice, que al tenor del art. 3.° del Código penal, hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente: Considerando que en este caso se encuentra el procesado Macario Juan de Gracia, sorprendido *infraganti* en delito de hurto cuando había comenzado á arrancar las patatas y á echarlas en un saco, y antes de que pudiera sustraerlas del campo en que las tomaba; y en su consecuencia, al tener la Sala sentenciadora como consumado el delito, ha incurrido en error de derecho é infringido el artículo del Código penal ya indicado.» (Sentencia de 3 de Noviembre de 1882, publicada en la *Gaceta* de 11 de Marzo de 1883.)

Igual doctrina se consigna por el propio Tribunal Supremo en un caso de dos hombres que fueron sorprendidos en un campo, uno segando y otro cogiendo la mies, de la que habían llenado una sera. (Sentencia de 10 de Abril de 1886, publicada en la *Gaceta* de 19 de Agosto, páginas 114 y 115.)

Robo QUE NO ES **consumado,** SINO **frustrado.**

CUESTION. *El que es sorprendido por el dueño de una finca, en la que había entrado saltando una cerca, en el momento que se disponía á salir de ella con un pavo y un ternero que tenía atados, ¿será responsable de un delito* **frustrado** *de* **robo,** *ó del propio delito* **consumado?**—Contra la opinión del Ministerio Fiscal, resolvió el Tribunal Supremo, en el caso expuesto, que el hecho era constitutivo tan sólo de un delito *frustrado*: «Considerando que limitado el proceder de Rafael Echevarría y Calzada á saltar una cerca y entrar en una finca con el fin de apoderarse de un pavo y un ternero, siendo sorprendido en ella, por modo cierto resulta que el delito de que se hace responsable quedó frustrado, pues si bien hizo aquél cuanto estaba de su parte para realizarlo, la presencia en el acto de D. Pedro Figueredo, dueño de la finca, impidió, contra su voluntad,

que lo consumase: Considerando que de igual opinión ha sido la Audiencia de Puerto Príncipe, consignada en la sentencia recurrida, razón por la que no ha cometido el error de derecho que invoca en su recurso el Ministerio Fiscal, ya que no ha infringido los artículos del Código de Cuba y Puerto Rico 3.º, 62, 530 y 531 que en aquél se citan.» (Sentencia de 21 de Diciembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 25 de Febrero de 1887, páginas 112 y 113.)

HECHO CALIFICADO INDEBIDAMENTE DE DELITO DE **coacción**, DEBIENDO SERLO DE DELITO **frustrado** DE **homicidio.**

CUESTION. *El hecho de arrojar una persona á otra al mar desde el muelle de un puerto, después de haberla perseguido y alcanzado, siendo necesario extraerla del agua, y habiéndole producido una lesión que curó antes de los ocho días, ¿de qué delito deberá calificarse?*—La Audiencia de la Habana estimó que el referido hecho constituía el delito de *coacción* y condenó á su autor á dos meses y un día de arresto mayor, multa de 325 pesetas, accesorias, indemnización y costas. Mas á excitación del Ministerio Fiscal recurrente declaró el Tribunal Supremo que el hecho merecía la calificación más grave de *homicidio frustrado*: «Considerando que José Guerrero Navarro, al arrojar al mar desde el muelle del puerto de la Habana, y en sitio bastante profundo, á Guillermo Oliver, después de haberle perseguido y alcanzado, suspendiéndole por los brazos, é ignorando si sabía ó no nadar, y en condiciones tales que, aun sabiendo, necesitó del auxilio de otra persona para salir á salvo, realizó todos los actos de ejecución necesarios para el que tan violentamente agredido se ahogara, lo que no se verificó por causas independientes de la voluntad del culpable: Considerando que estos actos constituyen, conforme á los arts. 3.º y 416 del Código penal de Ultramar, el delito de *homicidio frustrado*, y que al no estimarlo así la Sala sentenciadora, y calificarlo de delito de coacción, ha infringido los referidos artículos, etc.» (Sentencia de 29 de Septiembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 27 de Noviembre.)

DELITO CONSUMADO

ERROR QUE CONSISTE EN CALIFICAR Ó PRETENDER QUE SE CALIFIQUEN COMO **frustrados** CIERTOS DELITOS DE **hurto** Ó **robo** QUE NO PUEDEN MENOS DE ESTIMARSE LEGALMENTE COMO **consumados.**

CUESTION I. *El que entra en una tienda y se lleva una pieza de tela, que arroja al suelo al ser perseguido en su fuga, ¿será autor de hurto* **frus-**

trado, ó consumado?—Por más que vulgarmente parezca lo primero, jurídicamente es lo segundo; y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de Febrero de 1872, publicada en la *Gaceta* de 13 de Mayo, fundando su declaración en que la circunstancia de *utilizarse* ó *no* de la cosa hurtada es perfectamente independiente del delito, ya ejecutado completamente con el *apoderamiento* de la cosa; porque además de no exigirlo el Código penal, pudiendo aquella circunstancia verificarse, aun transcurrido mucho tiempo después de cometido el delito, contra la voluntad y deseos del agente, no debe influir para la calificación de consumado, que de otra suerte sería, además de incierta, dependiente de actos que en nada se enlazan con el hecho punible.—Igual doctrina se consigna en la Sentencia de dicho Tribunal Supremo de 24 de Enero de 1871, publicada en la *Gaceta* del 13 de Febrero, en la que se declara que «cuando el autor de un robo abandona en su fuga los efectos sustraídos, el delito no puede calificarse de frustrado, sino que es *consumado*, pues que tuvo su *perfecta* ejecución;» en la de 19 de Mayo de 1871, publicada en la *Gaceta* de 25 de Julio, que declara que «la circunstancia de ser cogido el culpable con los efectos hurtados *sin aprovecharlos*, no es bastante á hacer perder al delito el carácter de *consumado*,» y por lo tanto que es erróneo suponer que en tal caso sólo hay delito frustrado; y por último, en la de 19 de Noviembre de 1872, publicada en la *Gaceta* de 10 de Enero de 1873, y en la de 18 de Octubre de 1873, publicada en la *Gaceta* de 24 de Enero de 1874.

CUESTION II. *El que coge de la mano á una niña en la calle, y metiéndola en la escalerilla de una casa le arranca de las orejas los pendientes que llevaba, causándole una pequeña herida en la parte inferior del pabellón de ambos oídos, siendo sorprendido al salir á la calle por los agentes de la Autoridad, en cuyo momento tira al suelo con disimulo los pendientes, ¿deberá ser calificado de autor de robo* **consumado,** *ó* **frustrado?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona estimó esto último y condenó á la procesada á seis meses de arresto mayor, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto recurso de casación contra esta sentencia por el Ministerio Fiscal, que alegó que el delito cometido por la procesada debió calificarse de *robo consumado* y no frustrado, por cuanto si se desprendió de la tenencia de la cosa robada, fué como medio de eludir la responsabilidad criminal, no porque faltara accidente ni requisito indispensable para el logro de su propósito, que estaba realizado desde el momento en que se apoderó de los pendientes, el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que con haber la procesada arrancado los pendientes de las orejas de la niña, y habérselos guardado, completó la consumación del delito, sin que disminuya este concepto el que al salir á la puerta y sorprenderla la Autoridad, tirase al

suelo los pendientes, porque antes se habían practicado ya todos los actos que producen como resultado el delito, siendo independiente éste de que después no pudiese aprovecharse de los efectos robados, lo que no puede quitar al hecho su carácter de consumado. (Sentencia de 1.° de Junio de 1877, inserta en la *Gaceta* de 28 de Agosto.)

CUESTION III. *En los* **hurtos,** *hoy tan frecuentes, de* **relojes,** *¿se opondrá á la calificación de delito* **consumado** *la circunstancia de haber arrojado el ratero al suelo el reloj hurtado al sorprenderle en el acto su dueño?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que el segundo motivo, consistente en ser frustrado y no consumado el delito, no descansa tampoco en un hecho que así lo acredite, toda vez que consta que el procesado sustrajo el reloj del bolsillo, y su hallazgo posterior en el suelo demuestra precisamente que había ejecutado todos los actos que deberían producir como resultado el delito de hurto con arreglo á su calificación legal de *tomar* con ánimo de lucro y sin violencia ó intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, y sin la voluntad de su dueño la cosa mueble ajena.» (Sentencia de 21 de Junio de 1880, publicada en la *Gaceta* de 15 de Septiembre.)

CUESTION IV. *El que es sorprendido en una dehesa, dirigiéndose ya al pueblo, en una caballería cargada de leña que sustrajo de aquélla, ¿será responsable del delito de hurto* **consumado,** *ó simplemente* **frustrado?**—El Tribunal Supremo ha resuelto que en este caso el delito es *consumado:* «Considerando que habiendo José Murillo logrado cortar leña y cargar la caballería, siendo sorprendido por el guarda, que le obligó á dejar aquélla, *cuando ya se dirigía hacia el pueblo,* practicó todos los actos necesarios para la perpetración del delito que dieron por resultado su perfecta consumación, pues la circunstancia posterior de no poder el delincuente aprovecharse de sus efectos, por cualquiera causa que sea, es accidental y no borra ni hace desaparecer los caracteres morales y legales de aquélla, etc.» (Sentencia de 22 de Octubre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 19 de Enero de 1884.)

CUESTION V. *Si el ladrón es sorprendido al bajar la escalera de la casa en que ha cometido el robo, pero antes de salir á la calle, llevando consigo los efectos robados, ¿deberá calificarse el delito como* **frustrado,** *ó como* **consumado?**—El Tribunal Supremo ha declarado que en este caso esta última calificación es la procedente: «Considerando que aparece en los hechos probados que el recurrente practicó cuantos actos fueron necesarios hasta realizar el robo, llevándose los efectos sustraídos; y si después fué sorprendido con ellos, es un acto posterior á la ejecución del delito, que no pierde su carácter de consumado porque no se haya aprovechado de ellos.» (Sentencia de 3 de Marzo de 1881, publicada en la *Gaceta* de 18 de Julio.)

CUESTION VI. *El que habiéndose apoderado ya de los efectos robados en una casa, se sale de la habitación donde los tomó, y ocultándose en otra distinta de la misma casa, es sorprendido con el cuerpo del delito, ¿deberá ser calificado de autor de robo* **consumado**, *ó simplemente* **frustrado?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza entendió esto último. Mas interpuesto contra su sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, citando como infringido el art. 3.° del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que el procesado no sólo practicó todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, sino que real y positivamente *lo consumó*, apoderándose de los efectos robados, con los que salió del sitio donde los había tomado y con ellos se ocultó en otra habitación distinta y en la que con los mismos fué sorprendido, sin que obste que la habitación estuviera dentro de la misma casa, porque el delito de robo queda consumado, al tenor del artículo 515, apoderándose, con ánimo de lucrarse, de las cosas muebles ajenas, ya con violencia ó intimidación en las personas, ya empleando fuerza en las cosas, por lo que la Sala sentenciadora, al calificar de frustrado el delito, en vez de consumado, infringió el art. 3.° del Código penal, etc.» (Sentencia de 17 de Noviembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 5 de Febrero de 1881.)

CUESTION VII. *Y si el culpable es sorprendido y capturado* **en la misma habitación,** *inmediatamente después de haber tomado la cosa mueble ajena, ¿deberá, aun en este caso, estimarse como* **consumado el robo?**—Ramón Arroba, dependiente de D. Vicente Pérez, penetró en la casa-habitación de éste, sita en la calle de Fuencarral, núm. 28, de esta Corte, y sacando una llave abrió un armario, del que tomó una cajita que también abrió con otra llave, y de dicha caja un talego que contenía 461 reales 20 céntimos, que colocó sobre la tapa, en cuyo acto fué sorprendido por dos vigilantes que se hallaban apostados en una alcoba inmediata, ocupándole el dinero y las dos llaves falsas de que se valió. La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid calificó el hecho de delito consumado de robo en lugar habitado por valor de 115 pesetas 45 céntimos, penado en el párrafo último del art. 521 del Código penal, del que era responsable como autor Ramón Arroba, con la circunstancia agravante de abuso de confianza y sin ninguna atenuante, y en su virtud le condenó en tres años y siete meses de presidio correccional, accesorias y costas. Contra dicha sentencia interpuso el procesado recurso de casación por infracción de ley, citando como infringidos los arts. 3.°, párrafos segundo y tercero, y sus concordantes 67 y 66 del Código penal, porque los hechos ejecutados por el recurrente sólo constituían una tentativa, ó, cuando más, un delito *frustrado* de robo, pero nunca *consumado*, como se estimaba en la sentencia. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al expresado

recurso, fundándose en que la consumación jurídica del delito de robo tiene lugar con el apoderamiento voluntario y malicioso de cosa mueble ajena, supuesta la fuerza ó la intimidación, el cual se realiza con la *ocupación material*, por cuyo medio el agente la pone bajo de su poder, en situación de disponer de ella en el acto, sin que constituya elemento esencial del robo, llevado así á su último grado de ejecución, el disfrute ó aprovechamiento ulterior de la cosa sustraída, ni su tenencia por espacio de tiempo determinado; y habiendo el procesado ocupado materialmente el dinero desde que le sacó del lugar en que se encontraba, y *le tomó en sus manos* con ánimo de hacerle suyo, ejecutó todos los actos constitutivos del delito y se produjo éste; frustrándose solamente el aprovechamiento á que sin duda tendía el culpable, lo cual, como hecho, en su caso, posterior al delito, no le integra ni importa á su cabal consumación. (Sentencia de 13 de Junio de 1882, publicada en la *Gaceta* de 14 de Agosto.)

CUESTION VIII. *Para calificar un* **hurto** *como* **consumado,** *¿será necesario que el que haya sustraído la cosa la tenga en su poder ó tenencia material, ó bastará que la haya colocado ú ocultado en un sitio para llevársela en momento oportuno?*—Hallándose varios operarios en un granero colocando trigo en unas sacas y cargando éstas en carros, al frente de cuyas operaciones se encontraba Francisco Garasa, encargado especial de las mismas, y para las cuales tenía á sus órdenes, entre otros, al peón Julián Mora Villel, el cual había dejado su blusa en un montón de trigo, y en un bolsillo de ella tenía la petaca, y habiéndose quitado la chaqueta el Francisco Garasa, y dejándola sobre unas cuantas sacas que había en el suelo del primer departamento de dicho granero, preparadas para la carga, y en cuya chaqueta dejó dentro del bolsillo interior su cartera con dos billetes, uno de 100 pesetas y otro de 25, mientras el referido Garasa estuvo en el segundo departamento del granero viendo cómo iba la medición del trigo, y mientras seguidamente ayudó á los carreros á concluir de cargar uno de los carros para enviarlo á la estación, le fueron sustraídos dichos dos billetes de la cartera, cuya falta observó en seguida, al servirse de la misma para entregar al conductor del carro la nota ó papel correspondiente, reuniendo entonces á todos, que procedieron á registrar dicho primer departamento del granero, encontrándose entre unos collerones que en el suelo había la petaca del peón Julián Mora Villel, donde éste había colocado dichos dos billetes, los cuales recobró en el acto el Garasa. Instruída causa y seguida por todos sus trámites, la Audiencia de Zaragoza calificó los hechos expuestos como constitutivos del delito de hurto frustrado, de que era autor Julián Mora, al cual condenó á dos meses de arresto mayor, accesorias y costas. Mas interpuesto contra esta sentencia por el Ministerio Fiscal recurso de casación por infracción de ley, fundado en el núm. 3.º del art. 849 de la de Enjuiciamiento criminal,

designando como infringidos los del Código penal 3.º, párrafo segundo, 66 y 64, éste por no haberlo aplicado y aquéllos por su indebida aplicación, puesto que el hecho no constituía delito de hurto frustrado, sino *consumado*, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que el problema jurídico propuesto en este recurso por el Ministerio Fiscal está reducido á los claros y sencillos términos de si el procesado Julián Mora Villel, que sustrajo á Francisco Garasa dos billetes del Banco de España que guardaba en la cartera que llevaba en el bolsillo de la chaqueta, que había dejado sobre unos sacos de trigo en el primer departamento de un granero donde se estaban practicando ciertas faenas que Garasa dirigía, ha de considerarse como autor del delito de hurto frustrado, según declara la sentencia recurrida, ó de delito consumado, como pretende el Ministerio Fiscal: Considerando que el apoderamiento de la cosa ajena con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño es, según el núm. 1.º del art. 530, lo que constituye el delito de hurto, y por lo tanto, desde que el culpable ha practicado todos los actos necesarios para llegar á la aprehensión y tenencia de la cosa, y ésta se pierde realmente para el propietario por tiempo más ó menos largo, el delito se ha consumado; porque el culpable ha llegado al término que se proponía y nada le queda que hacer, y el hecho de que utilice ó no la cosa hurtada, por haber sido descubierto con más ó menos presteza el delito, en nada influye para la calificación del mismo: Considerando que esta doctrina tiene perfecta aplicación á la cuestión que es materia de este recurso; porque es cosa demostrada, según los hechos que la sentencia declara probados, que Mora Villel fué el que sustrajo y se apoderó de los billetes del Banco de España que Garasa tenía en su cartera, y que se encontraron en la petaca de aquél, colocada por el mismo Mora Villel en el sitio en que se halló, quizá para ocultarla allí hasta el momento de irse, ó quizá por la actitud que, cuando echó Garasa de menos sus billetes, tomó éste, sujetando á registro á todos los operarios que allí había: Considerando por lo expuesto que si Mora Villel se apoderó de la cosa hurtada, como lo declara la sentencia, es evidente que consumó el delito, y al estimar la Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza que el delito fué frustrado, ha incurrido en el error de derecho é infracción legal en que funda el recurso el Ministerio Fiscal.» (Sentencia de 22 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 17 de Julio, pág. 12.)

ERROR QUE CONSISTE EN CALIFICAR Ó PRETENDER QUE SE CALIFIQUEN COMO **frustradas** CIERTAS **estafas** QUE NO PUEDEN MENOS DE ESTIMARSE LEGALMENTE COMO **consumadas.**

CUESTION I. *Dos sujetos se acercan á un tercero extramuros de una población, y fingiendo el uno durante la conversación tener que cambiar 17.000 reales que llevaba, le aconseja el otro que los entierre allí, proponiéndole ir á una casa de prostitución; y fingiendo igualmente recelo de ser engañado, propone al tercero que entierre también allí el dinero que llevaba y que después partirían, á lo que accedió temeroso de que le dieran una puñalada, entregando 27 duros y dos pesetas que el desconocido figuró que enterraba, haciéndolo sólo del pañuelo; hasta que llegados á cierto sitio, y encontrando felizmente un guardia civil, le entera el estafado de lo ocurrido; prende el guardia á los dos sujetos, en cuyo acto trata uno de ellos de introducirle el dinero en el bolsillo, cayendo al suelo dos monedas de oro: ¿hay aquí estafa* **consumada,** *ó* **frustrada?**—El Tribunal Supremo ha declarado que el delito de que se trata fué evidentemente *consumado* y no frustrado, como se pretendió por la defensa de los procesados; porque los actos de ejecución practicados por éstos dieron por resultado la completa realización de los dos elementos constitutivos de aquél, cuales son: el engaño y el apoderamiento del dinero, por más que no llegaron á aprovecharse de éste, lo cual no es necesario para que se verifique y tenga efecto la consumación de dicho delito. (Sentencia de 22 de Noviembre de 1878, publicada en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1879.)

CUESTION II. *Si del proceso resulta que el perjudicado encargó al procesado que hiciera las gestiones necesarias para cobrar de un tercero cierto crédito que contra éste tenía, á cuyo efecto le entregó los documentos justificativos; y habiendo manifestado el procesado que para hacer la reclamación con mayor prestigio sería conveniente simulase á su favor un pagaré por igual cantidad, ofreciéndole en cambio otro documento que anulase el simulado, aceptó el proyecto el perjudicado, quien firmó, selló y entregó el pagaré al procesado, el cual en cuanto lo tuvo en su poder se marchó, pretextando una urgencia, sin dejar el contrarrecibo convenido, habiendo tenido el perjudicado que hacer varias gestiones para la devolución de dicho pagaré, consignar en acta notarial lo sucedido y formular la reclamación en acto de conciliación, ¿deberá calificarse semejante* **estafa,** *comprendida en el núm. 7.º del art. 548 del Código, como* **consumada,** *ó simplemente* **frustrada?**—El Tribunal Supremo ha declarado que la primera calificación es la que procede: «Considerando que la consumación del delito perpetrado por D. Fernando Benito Martín se encuentra perfectamente

determinada en los dos elementos que la constituyen, por haber conseguido engañosamente que D. Manuel Sánchez Escandón suscribiera el pagaré extendido á favor del recurrente, y haberle defraudado así en el sentido propio y gramatical de la palabra, atribuyéndose y usurpando por semejante modo un derecho contra el Escandón, quien además sufrió el perjuicio consiguiente por las gestiones que se ha visto obligado á practicar para evitar las consecuencias de dicha usurpación, etc.» (Sentencia de 25 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 24 de Abril de 1886, pág. 152.)

Violación DEBIDAMENTE CALIFICADA DE **consumada**, Y NO DE **frustrada**.

CUESTION. *El que abusa á viva fuerza de una joven de trece años hasta el punto de destruirla el himen y producirle equímosis en la vulva, pero sin verificar la eyaculación en la parte interior, y sí fuera, atendido el excesivo desarrollo del pene y el escaso de los órganos genitales de la violada, ¿deberá ser calificado de autor de delito* **consumado**, *ó simplemente* **frustrado**, *de* **violación?**—El Tribunal Supremo ha declarado que la primera calificación es la procedente: «Considerando que la consumación del delito de violación perpetrado por..... se encuentra perfectamente determinada por los efectos y daños que el acto del recurrente produjo en la menor..... tales cuales se describen en el primer resultando transcrito de la sentencia recurrida, no siendo, como no es, esencial para la consumación de esta clase de delitos el accidente de la eyaculación en que se funda el recurso por razón de este primer motivo.» (Sentencia de 31 de Diciembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 22 de Agosto de 1885, págs. 36 y 37.)

FABRICACIÓN DE MONEDA FALSA.

CUESTION. *¿Cuándo se entenderá consumado el delito de* **fabricación de moneda falsa?**—El Tribunal Supremo ha declarado que «se entiende consumado el delito de fabricación de moneda falsa igual ó inferior á la legítima é imitando ya á la que tenga curso legal en el Reino, ya á la que no lo tenga, cuando con útiles ó instrumentos destinados conocidamente á dicha fabricación se encontraren monedas falsas, cualquiera que sea su número y clase, *completamente acabadas y dispuestas para su expendición y circulación*, y que si de los hechos consignados como probados en la sentencia aparece que en el reconocimiento y registro practicados en la casa-habitación del procesado se encontraron algunos instrumentos co-

nocidamente destinados para la fabricación de que se trata y varias monedas de diversas clases, todas en confección y ninguna de ellas enteramente concluída y dispuestas ya para expenderse y circularse, ello evidentemente demuestra que se dió principio á los actos de ejecución del expresado delito, sin llegar á practicarse todos, ni por consiguiente á consumarse en la forma y manera que anteriormente se deja relacionada; y que, por tanto, al calificar la Sala sentenciadora en este caso los hechos de *tentativa* de fabricación de moneda falsa no comete las infracciones de ley y errores de derecho que el Ministerio Fiscal supone, etc.» (Sentencia de 25 de Mayo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 23 de Febrero de 1886, páginas 58 y 59.)

Expendición de moneda falsa, DEBIDAMENTE CALIFICADA COMO **consumada.**

CUESTION. *La no entrega de la mercancía comprada, para cuyo pago dió el comprador un billete falso del Banco de 100 pesetas, constándole su falsedad, ¿obstará á la calificación de* **consumado** *que del expresado delito de* **expendición de moneda falsa** *haya hecho el Tribunal* **à quo?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que, según los hechos declarados probados por el Tribunal *à quo*, Lorenzo Lulle, al entregar un billete falso de Banco de 100 pesetas, constándole su falsedad, á un dependiente de comercio, y recibir como vuelta de la compra hecha 84 pesetas, negándose á devolverlas al ser requerido para ello por el dependiente en el acto, vista la ilegitimidad del billete, consumó el delito de expendición de billetes de Banco falsos, sin que obste á ello la circunstancia de haber dejado de percibir la mercancía objeto de la compra, porque los actos de ejecución por él realizados habían dado ya por resultado la comisión del delito en toda su integridad.» (Sentencia de 18 de Abril de 1887, publicada en la *Gaceta* de 30 de Agosto.)

Art. 4.° *La conspiración y la proposición* para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la Ley las pena especialmente.

La conspiración existe cuando dos ó más personas se conciertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución á otra ú otras personas. (Art. 4.°, Cód. pen. de 1850.—Arts. 89 y 90, Cód. Fran.—§§ 63 y 66, Cód. Prus.—Arts. 110 y 111, Cód. Belg.—Arts. 160 y 161, Cód. Ital.)

La conspiración y la proposición.—El Código de 1850 decía en su artículo 4.º: «Son también punibles la conspiración y la proposición para cometer un delito.» De modo que en él se establecía como regla general lo que ahora *sólo* se admite como *excepción*. Aplaudimos esta reforma, ya que la justicia y la conveniencia social no pueden exigir que se castiguen la conspiración y la proposición sino en ciertos delitos que afectan á la seguridad exterior ó interior del Estado.

Ya lo hemos dicho antes de ahora: por regla general la Ley sólo castiga los *actos* que tienden á la ejecución del delito. La *proposición* hecha á una persona de cometer un delito no es más que la manifestación de un deseo punible; la *conspiración* no es más que el *concierto* y *resolución* de varias personas de cometer un delito. Esos pensamientos, deseos y resoluciones no están sujetos á la sanción de la Ley; sólo cuando se realizan mediante un principio de ejecución, determinante de la tentativa, es cuando la Ley proclama la existencia del delito y sujeta el hecho á una sanción penal. Esa es la regla general, y por lo tanto, la proposición, así como la conspiración, no deben constituir más que una *excepción* de la misma.

En los delitos particulares, aun en los más graves que se cometen contra las personas, el poder que los reprime no peligra en modo alguno, puesto que el Estado sobrevive á la víctima, y el culpable no puede encontrar en el éxito de su obra la impunidad. Por el contrario, cuando se trata de delitos contra la seguridad interior ó exterior del Estado, el culpable se encuentra en una situación muy distinta, ya que si triunfara en su criminal empresa, conseguiría el poder, y por ende la impunidad del crimen que ha cometido. La represión, pues, en tales casos, se impone aun antes del principio de ejecución que determina la tentativa, ya que el feliz éxito de ésta habría de hacer aquélla imposible; por tanto, el Estado ejercita una especie de derecho de legítima defensa al reprimir y castigar la proposición y conspiración de semejantes atentados contra su seguridad.

Los únicos delitos en que el Código pena la proposición y la conspiración son: el de *traición* (art. 139), *lesa majestad* (arts. 158 y 163), *rebelión* (art. 249) y, finalmente, el de *sedición* (art. 254), respecto del cual castígase tan sólo la conspiración.

La conspiración existe.—Examinado detenidamente el artículo, resulta que son tres los elementos constitutivos de la conspiración: 1.º Que exista la *resolución* de obrar, es decir, voluntad decidida de ejecutar el delito; no bastan, por lo tanto, ni deseos, ni amenazas, propósitos ó proyectos; es menester que exista una voluntad decidida, una resolución firme. 2.º Es preciso, además, que haya *concierto* de voluntades entre dos ó más personas. La resolución de *uno solo*, por muy vituperable que sea ante la moral, no constituye hecho punible alguno ante la ley civil; es menester que exista *pacto*, *concierto* ó *asociación* entre dos ó más para ejecutar el

delito. Dicho se está que no existirá el *concierto* que exige la Ley si los conjurados ó conspiradores no están de acuerdo acerca del objeto que se han propuesto, ni respecto de las condiciones y medios de llevar á ejecución el delito. 3.º Finalmente, para que exista la conspiración penable es preciso que esa *resolución* de varios y ese *concierto* ó *pacto* entre los mismos tenga por objeto concreto y determinado el realizar cualquiera de los delitos de *traición* comprendidos en los arts. 136, 137 y 138 de este Código, ó de *lesa majestad*, consistente en la *muerte* del Rey, que prevé y castiga el art. 157, ó finalmente, cualquiera de los delitos de *rebelión* y *sedición* definidos y penados en los artículos del 243 al 248 y del 250 al 253 de este Código. La conspiración para cometer cualquier otro delito que no sea los que *taxativamente* acaban de enumerarse no constituye hecho punible alguno.

Véase la *Cuestión* de la pág. 44.

La proposición existe.—Para que exista la *proposición* punible son necesarias dos circunstancias: *resolución* de cometer un delito, y *proposición* de su *ejecución* á otra ú otras personas. No existirá, por lo tanto, este hecho delictivo si el que propone no es el que está *resuelto* á cometer el delito; si no hay propuesta *decidida, terminante, formal*, falta asimismo una base del acto criminal, y si no es la *ejecución* lo que se propone, tampoco será el caso previsto y penado en la Ley (1).

CUESTION I. *El que, suponiéndose comisionado por un Ayuntamiento, ofrece á unos industriales el ganar la votación en la Corporación municipal respecto de un asunto que en ella tenían pendiente con una Sociedad, si los individuos del Ayuntamiento de quienes era intermediario percibían de cinco á seis mil duros, ó sea algo más de lo que supuso ofrecía también la Sociedad para ganar la votación, ¿será responsable, si se prueba la falsedad de semejante mandato, del delito de* **calumnia,** *y á la vez del de* **tentativa** *de* **estafa,** *cometido aquél como medio de realizar ésta, ó deberá prescindirse del hecho de la* **estafa,** *considerándolo como una mera* **proposición,** *y por lo tanto no punible con arreglo al art. 4.º del Código?*—Esto último pretendió la defensa del reo al recurrir en casación contra la sentencia de la Sala. Mas el Tribunal Supremo declaró que los hechos expuestos constituían ambos delitos de *calumnia* y de *tentativa de estafa:* «Considerando que establecido como hecho cierto en la sentencia recurrida el de que D. José Bosch intentó defraudar de cinco á seis mil duros, suponiendo eran para los individuos del Ayuntamiento, en cuyo nombre y por cuyo encargo hacía la proposición, es indudable que al formalizar ésta usó de

(1) Téngase presente, además, que la *proposición* sólo se castiga por este Código en los delitos de *traición* (arts. 136, 137 y 138), *muerte del Rey* (157) y en los de *rebelión* (arts. 243 al 248).

un medio criminal atribuyendo á dichos funcionarios falsamente la resolución de un cohecho mediante la dádiva, acto que, dirigido á facilitar la consumación de la estafa, haciendo la falsa imputación de aquel delito, no puede menos de merecer la calificación de calumnia, como acertadamente lo resuelve la Sala sentenciadora, y no la de una mera proposición de estafa, cual pretende el recurrente: Considerando que esta última observación contesta satisfactoriamente á los dos otros motivos de casación, por cuanto siendo indudable que D. José Bosch dió principio á la ejecución del delito de estafa directamente por hechos exteriores, lo es que el delito llegó al grado de tentativa que la Sala considera, traspasando el de mera proposición.» (Sentencia de 21 de Diciembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 21 de Febrero de 1881.)

CUESTION II. *El hecho de presentarse en un pueblo un delegado de un comisionado principal de bienes nacionales con objeto de extender un acta, amenazar al Alcalde y Concejales con dar malos informes si no se le entregaba cierta cantidad de dinero, á lo que no accedieron, apareciendo principiado el informe á continuación del acta, en el sentido de no ser cierto lo que en ésta se manifestaba de que no existía finca alguna rústica ni urbana que pudiera considerarse enajenable, ¿deberá considerarse como mera* **proposición** *de* **cohecho**, *no justiciable con arreglo al art. 4.º del Código, ó como* **tentativa** *de dicho delito?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza estimó lo primero y absolvió al procesado. Mas interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que alegó que el acto realizado constituía una verdadera *tentativa* de *cohecho*, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida demuestran claramente que D. Tadeo Luna Moreno, por actos directos y exteriores, *dió principio á la ejecución* de un delito definido y penado en el art. 396 del Código, pues como funcionario público, atendida la comisión que le estaba encomendada, exigió del Ayuntamiento de Castelvispal 200 reales, que si no realizó fué por la negativa del Alcalde é individuos del Ayuntamiento á dárselos, á pesar de los amenazas de perjudicarles dando su informe contrario al acta que se había extendido: Considerando que la Sala sentenciadora, calificando el hecho de mera proposición no justiciable, y no de una tentativa de delito, ha infringido el art. 3.º del Código, etc.» (Sentencia de 29 de Marzo de 1881, publicada en la *Gaceta* de 17 de Junio.)

CUESTION III. *El Secretario de Juzgado municipal que proponiéndose sacar dinero á unos penados en juicio de faltas, les ofrece evitarles el ir á la cárcel á cumplir su condena mediante la entrega de cierta cantidad, ¿será responsable de una* **tentativa** *de* **estafa**, *ó deberá considerarse el hecho como una mera* **proposición** *de delito, y por ende, atendida la naturaleza de éste, no sujeta á sanción penal alguna?*—El Tribunal Supremo

ha declarado que los hechos expuestos constituyen una verdadera *tentativa* de estafa, y no una mera proposición: «Considerando que necesitándose, con arreglo al núm. 1.° del art. 548 del Código penal, para que haya el delito de estafa en él previsto, que se defraude á alguno atribuyéndose poder ó influencia bastante para conseguir un objeto, y habiendo el Secretario municipal de Alicante, D. Lucio Domingo Rubio, intentado sacar dinero á unos penados en juicio verbal de faltas para arreglar el negocio, evitándoles fueran á la cárcel, á lo que ellos no se prestaron, es claro que estando fuera de sus facultades hacer arreglo alguno en una sentencia firme que tenía que llevarse á ejecución, para seducir á dichos penados para que accedieran á su propósito se atribuía un poder ó influencia que no podía ejercer en el negocio, no habiendo conseguido su idea á pesar de haber dado principio á la ejecución por hechos exteriores, porque la previsión de ellos, no el propio y voluntario desistimiento de él, hicieron imposible la defraudación, habiendo quedado, por tanto, el delito únicamente en la esfera de tentativa de estafa, y no de un engaño de los que habla el art. 554: Considerando que tampoco puede estimarse el hecho como proposición para cometer un delito, porque consistiendo ésta, según los párrafos segundo y tercero del art. 4.° del Código penal, en proponer su ejecución á otra ú otras personas, la hecha en el presente caso á los condenados tenía otro carácter distinto y la tendencia de defraudarlos y de hacerles víctima de una estafa, no el de que cooperaran con él como autores, cómplices ó encubridores á la ejecución de otro delito, por lo que no es dable tampoco apreciar el hecho bajo este concepto ni aplicar al caso aquel artículo, etc.» (Sentencia de 12 de Junio de 1885, publicada en la *Gaceta* de 20 de Diciembre, págs. 322 y 323.)

CUESTION IV. *El hecho de concertar dos sujetos la muerte de un tercero y de proponer á otro su realización mediante cierta cantidad de dinero que aceptó, y de la cual recibió en distintas ocasiones varias partidas á cuenta, habiendo el asesino comprado acechado varias noches á la que había de ser su víctima, y trasladádose los tres cierta mañana al punto donde se hallaba aquélla, como el más á propósito para darle muerte, lo que no se efectuó por el encuentro de gente en los alrededores, ¿será constitutivo de una simple* **proposición** *ó* **conspiración** *para cometer el delito de* **asesinato,** *y, por tanto, no punible, por no penarla especialmente la Ley respecto del expresado delito, ó determinará la existencia de una verdadera* **tentativa** *del mismo?*—El Tribunal Supremo ha declarado que esta última calificación es la procedente: «Considerando que, según el párrafo segundo del artículo 3.° del Código penal, hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producirle por causa ó accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento, y que los recurrentes

Juan Garcés y Victoriano Blasco, hermanos legítimo y político de Ramón Blasco Pérez, concertaron la muerte de éste, buscando como ejecutor material de ella á Peregrín Llop Tamarit, conviniendo el precio y entregándole, al efecto, varias cantidades á cuenta, acechando al Ramón durante diez días, á quien fueron á buscar para realizar el crimen un día determinado; y no habiéndolo podido llevar á cabo, según afirma en la sentencia recurrida la Sala sentenciadora, por la gente que vieron en los alrededores, son actos todos que revelan el principio de la ejecución del delito, que no pudo tener efecto por causas independientes de su propio y voluntario desistimiento, entrando el propósito criminal en la esfera de tentativa del delito de asesinato por haber mediado precio ó remuneración, etc.» (Sentencia de 13 de Julio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 23 de Septiembre, pág. 211.)

Art 5.° Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas ó la propiedad. (Art. 5.°, Cód. pen. de 1850.—§ 336, Código Prus.)

La faltas están divididas en el libro III del Código en cinco grupos: 1.°, faltas de imprenta; 2.°, contra el orden público; 3.°, contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; 4.°, contra las personas, y 5.°, contra la propiedad. Las correspondientes á los tres primeros grupos, como quiera que constituyen, por lo general, meras imprudencias ó simples infracciones de policía, sólo se castigan cuando han sido *consumadas*. Las que pertenecen á los dos últimos grupos acusan ya en su autor alguna perversidad de ánimo; y por eso el legislador ha creído conveniente castigar no sólo la consumación, sino también la frustración de semejantes hechos.

Art. 6.° Se reputan delitos graves los que la Ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean aflictivas.

Se reputan delitos menos graves los que la Ley reprime con penas que en su grado máximo sean correccionales.

Son faltas las infracciones á que la Ley señala penas leves. (Art. 6.°, Cód. pen. de 1850, y en cuanto á las demás concordancias, véanse las del art. 1.°)

Ya hemos visto (art. 1.°) que los hechos punibles son de dos clases: los *delitos* y las *faltas*. Pero el género *delito* se divide en dos especies: delito

grave y delito *menos grave*, entendiéndose por el primero el que la Ley castiga con pena que en cualquiera de sus grados sea *aflictiva*, y por el segundo, el que la Ley reprime con pena que en su grado máximo sea *correccional*. Para graduar, pues, esa mayor ó menor gravedad del hecho delictivo habrá que consultar la escala general de las penas que contiene el art. 26 de este Código. Si la señalada al delito está incluída, en cualquiera de sus grados, entre las diez y seis clasificadas como penas *aflictivas*, el delito deberá reputarse *grave*; si entre las seis que comprende el cuadro de las penas *correccionales*, deberá estimarse aquél como *menos grave*. Finalmente, las *faltas* son las infracciones á que la Ley señala penas *leves*: éstas, según la referida escala general del art. 26, son: el arresto menor, que dura de uno á treinta días, según el art. 29; la reprensión privada que se recibe en la audiencia del Tribunal, á presencia del Secretario y á puerta cerrada, con arreglo al art. 117, y finalmente, la *multa*, la cual, para ser pena *leve*, no debe llegar á 125 pesetas, conforme á lo dispuesto en el artículo 27.

Esa división tripartita de los hechos punibles, si bien no harmonízada con la división bimembre del art. 1.º, era de suma utilidad en la práctica, pues guardaba relación con los Tribunales que respectivamente conocían de los mismos. Á las Salas de lo criminal de las Audiencias correspondía el conocimiento de todos los delitos graves: con intervención del Jurado, de los que la Ley castigaba con pena superior á la de presidio mayor en cualquiera de sus grados (art. 276, núm. 2.º de la ley sobre organización del Poder judicial); en única instancia y en juicio oral y público, pero sin intervención del Jurado, de los delitos castigados con pena superior, en cualquiera de sus grados, á la de presidio correccional, sin exceder del presidio mayor (art. 276, núm. 3.º de la expresada ley); y de los delitos menos graves debían de conocer, también en única instancia y en juicio oral y público, los Tribunales de partido (art. 274, núm. 3.º de la ley citada).

Hoy las Salas de lo criminal de las Audiencias territoriales y las Audiencias de lo criminal conocen indistintamente de todas las causas por delitos graves ó menos graves cometidos dentro de su respectiva circunscripción, á excepción de las reservadas por la Ley al Tribunal de Jurado (1), ó por razón del fuero del acusado, al Tribunal Supremo ú otro

(1) Según el art. 4.º de la ley de 20 de Abril de 1888, estableciendo el juicio por jurados para determinados delitos, el Tribunal del Jurado conoce: 1.º, de las causas por los delitos siguientes: Delitos de traición; delitos contra las Cortes y sus individuos y contra el Consejo de Ministros; delitos de los particulares, con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución; delitos de los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución; delitos relativos al ejercicio de los cultos; delitos de rebelión y

Tribunal especial; y de las faltas conocen en primera instancia los Jueces municipales, y en segunda, los de instrucción.

CUESTION I *El que un hecho haya sido juzgado indebidamente como falta en el juicio correspondiente, recayendo en él sentencia absolutoria por falta de prueba, ¿será obstáculo para que, demostrándose que el mismo constituye un verdadero* **delito**, *sea juzgado y penado en tal concepto, si resulta que la sentencia dictada en la primera instancia del juicio de faltas, si bien fué notificada al denunciante y denunciado, no así al Fiscal municipal, que tuvo también intervención en él por tratarse de una falta pública?*—Celebrado juicio de faltas por lesiones, recayó, por falta de prueba, sentencia absolutoria que no se notificó al Fiscal municipal; y habiendo acudido el ofendido al Juez de primera instancia demostrando que las lesiones que le fueron inferidas tardaron en curarse doce días, se instruyó causa contra el culpable, que fué condenado como autor del delito de lesiones menos graves. Contra la sentencia de la Sala, confirmatoria de la del Juez de primera instancia, interpuso recurso de casación la defensa del reo, alegando la excepción de cosa juzgada, porque la sentencia recaída en el juicio de faltas fué firme. Mas el Tribunal Supremo declaró *no haber lugar* al expresado recurso: «Considerando que la circunstancia que se alega en el caso presente, que impide penar el delito de lesiones que se persigue, no puede ser tenida en consideración, porque no siendo firme la sentencia dictada en el juicio de faltas, puesto que no ha-

---

sedición; falsificación de la firma ó estampilla real, firmas de los Ministros, sellos y marcas; falsificación de la moneda; falsificación de billetes de Banco, documentos de crédito, papel sellado, sellos de Telégrafos y Correos y demás efectos timbrados, cuya expendición esté reservada al Estado; falsificación de documentos públicos, oficiales y de comercio y de los despachos telegráficos; falsificación de documentos privados; abusos contra la honestidad cometidos por funcionarios públicos; cohecho, malversación de caudales públicos, parricidio, asesinato, homicidio, infanticidio, aborto; lesiones producidas por castración ó mutilación, ó cuando de sus resultas quedare el ofendido imbécil, impotente ó ciego; duelo, violación, abusos deshonestos, corrupción de menores, rapto, detenciones ilegales, sustracción de menores, robos, incendios, imprudencia punible, cuando si hubiera mediado malicia el hecho constituiría alguno de los delitos antes enumerados; 2.º, de las causas por delito cometido por medio de la imprenta, grabado ú otro medio mecánico de publicación, exceptuando los delitos de lesa majestad y los de injuria y calumnia contra particulares, considerándose para este efecto como particulares los funcionarios públicos que hubieren sido injuriados ó calumniados por sus actos privados.

Hay que advertir que de todos los delitos que corresponden al Jurado se exceptúan aquellos cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Supremo según la ley orgánica del Poder judicial (art. 5.º de la ley); y finalmente, que el Jurado es competente no sólo para conocer de los delitos consumados antedichos, sino también de los *frustrados* y *tentativas*, así como de la *proposición* y *conspiración* que se realicen para cometerlos, cuando estén penadas en el Código, y de la *complicidad* y *encubrimiento*, debiendo conocer también, con la misma extensión, de los delitos *conexos* con los anteriores, al tenor de lo preceptuado en el art. 17 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

biéndose notificado al Fiscal municipal, podía interponerse, desde luego que esto tuviese lugar, el recurso de apelación y á su tiempo el extraordinario que determina la Ley, no es posible aducir la excepción de cosa juzgada para impedir la sentencia condenatoria dictada con posterioridad, etc.» (Sentencia de 17 de Junio de 1881, publicada en la *Gaceta* de 3 de Septiembre.)

CUESTION II. *Y si un Juez municipal, por ignorancia ó por malicia, y en virtud de manifestación de la parte ofendida, á quien se habían causado lesiones graves, de que perdonaba al agresor, condena á éste en todos los gastos del juicio, conviniendo las partes en conformarse con esta sentencia y no apelar de ella, ¿será esto motivo para que no pueda penarse más tarde el hecho como* **delito**, *so pretexto de que concurre la* **excepción de cosa juzgada?**—El Tribunal Supremo ha declarado que no cabe en tal caso alegar válidamente semejante excepción: «Considerando que si bien se alegan cuatro excepciones como fundamento del recurso, en realidad es una sola, que consiste en atribuir á la Sala sentenciadora incompetencia para haber conocido de la causa, puesto que el hecho que la misma ha calificado de delito estaba declarado falta, en virtud de sentencia que el recurrente califica de firme, dictada por el Juez municipal interino de Cabañas de la Sagra: Considerando que la excepción de cosa juzgada no puede invocarse útilmente en este recurso, en razón á que no merece ni, por lo tanto, debe calificarse de sentencia definitiva el acuerdo del Juez municipal, que no absolvió ni condenó á pena alguna á Feliciano Cedillo, porque no lo eran los gastos del juicio y los de las demás diligencias que se le impusieron, habiéndose limitado á dictar una resolución que no puede tener carácter penal: Considerando que para que pudiera ser estimada dicha excepción é infracción de cosa juzgada en el juicio criminal, era indispensable que se apoyara en una resolución definitiva anterior, pronunciada en el orden penal por un Tribunal que tuviese jurisdicción para hacerlo, cuyos requisitos no reune el acuerdo ó sentencia del Juez municipal de Cabañas de la Sagra: Considerando que por esta razón la Sala sentenciadora, al calificar á Feliciano Cedillo de autor del delito de lesiones graves é imponerle, con arreglo al art. 431 del Código, la pena correspondiente, no ha cometido las infracciones que en el recurso se citan, ni incurrido en el error de derecho que se le atribuye, etc.» (Sentencia de 25 de Noviembre de 1882, publicada en la *Gaceta* de 27 de Marzo de 1883.)

Art. 7.° No quedan sujetos á las disposiciones de este Código los delitos que se hallen penados por leyes especiales. (Art. 7.°, Código de 1850.—Art. 5.°, Cód. fran.—Arts. 5.° y 6.°, Cód. belga.—Art. 12, Cód. Ital.)

El art. 7.º del Código de 1850 decía: «No están sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando, los que se cometen en contravención á las leyes sanitarias, ni los demás que estuvieren penados por leyes especiales.» El Código reformado ha procedido más sencillamente: declara exceptuados de él los delitos que se hallen penados por leyes especiales, sin hacer particular mención de ninguno de ellos.

Cuáles son las leyes especiales que penan delitos.—En las tres ediciones anteriores de este Código hicimos mérito, en primer término, de la *Ordenanza militar*. Desde entonces, y en virtud de los Reales decretos de 10 de Marzo y de 17 de Noviembre de 1884, se hallan en vigor la *Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra* y el *Código penal del Ejército*, y por Real decreto de 29 de Septiembre de 1886 se aprobó el proyecto de *Ley de Enjuiciamiento militar*, de igual fecha, publicado en la *Gaceta* de 30 del propio mes y año. Hay que advertir que por la *disposición general* del *Código penal militar* se establece que quedan derogadas todas las leyes, decretos, Reales órdenes y demás disposiciones militares penales que aplican los Tribunales del Ejército, los cuales deberán observar las de dicho Código desde la fecha en que empieza á regir. Asimismo, la segunda disposición general de la sobredicha *Ley de Enjuiciamiento militar* preceptúa que «quedan derogadas todas las leyes, Reales decretos, reglamentos y demás disposiciones que se refieran al modo de proceder en las causas que se instruyan en los Tribunales militares y cuantas se opongan á la presente ley.» Dicho se está con ello que han quedado derogadas también las *Ordenanzas del Ejército*, muchos de cuyos artículos del tratado VIII habían caído en desuso y sido modificados ó expresamente derogados otros por numerosas disposiciones. Sólo quedan en pie de las mismas, conforme se consigna en el párrafo sexto de la parte expositiva de dicha ley, las sabias garantías de las referidas ordenanzas que, como el art. 117, tít. X, tratado VIII, tienden á poner á los Jefes en condiciones de que rápidamente, y sin necesidad de procedimiento judicial alguno, salven los fueros de la disciplina, restableciendo la moral de las tropas ó atendiendo á exigencias primordiales de la institución armada (1).

---

(1) Por su importancia y transcendencia transcribimos á continuación los principales artículos del título primero de la *Ley de Enjuiciamiento militar*, relativos á la competencia de los Tribunales de Guerra para conocer de las causas por delitos cometidos por toda clase de militares, y aun por los perpetrados por paisanos, que causan desafuero, y relativamente á los casos en que los militares quedan sometidos á la jurisdicción ordinaria ú otra distinta de la militar:

«**TITULO PRIMERO.**—DE LA JURISDICCIÓN DE GUERRA.—CAPÍTULO PRIMERO.—*De la competencia de los Tribunales militares.*—Art. 10. Los Tribunales

Código penal de la Marina de Guerra.—Quedó aprobado por Real decreto de 19 de Agosto de 1888 y ha empezado á regir en la Península é islas adyacentes y presidios de África en 1.º de Enero de 1889. Con su promulgación han quedado derogadas los antiguas Ordenanzas de 1748. Constituyen también una ley penal especial comprendida en la excepción del artículo 7.º de este Código.

Real decreto de 20 de Junio de 1852.—Trata de los delitos de contrabando y defraudación y de sus conexos, así como de sus penas, y también del procedimiento judicial en primera y en segunda y última instancia y de los recursos de casación, siendo hoy día observable no sólo la parte substantiva y penal de dicho decreto, en virtud de este artículo que comentamos, si que también la parte adjetiva ó de procedimiento, en virtud de la disposición final de la ley de Enjuiciamiento criminal.

---

militares son los únicos competentes para conocer de las causas por delitos no exceptuados, cometidos por militares de todas clases en servicio activo, y por los empleados y dependientes del ramo de Guerra en la misma situación; ya se encuentren unos y otros desempeñando sus cargos ó se hallen de reemplazo, excedentes ó con licencia temporal, siempre que formen parte de los cuadros ó escalas de las Armas, Cuerpos, Institutos ó establecimientos del ejército, aunque sea con carácter eventual, mientras dependan del Ministerio de la Guerra ó cobren sueldo ó haber por el presupuesto del mismo. Se comprende también bajo la denominación de servicio militar activo el que se presta por los Cuerpos de la Guardia civil y Carabineros, ó por cualquiera otra fuerza mandada por Jefes del Ejército y sujeta á las leyes militares, aunque sea su principal objeto auxiliar á las autoridades administrativas ó judiciales del orden civil.—Art. 11. Son asimismo competentes los Tribunales militares para conocer de las causas por delitos que cometan los individuos procedentes del Ejército que estén cumpliendo condena en establecimientos penales militares.—Art. 12. Los individuos de las clases de tropa pertenecientes á las reservas sin goce de haber, sólo estarán sujetos á la jurisdicción de Guerra por los delitos esencialmente militares. Para los efectos de esta disposición se entiende que pertenecen á las reservas los que habiendo sido filiados se hallen en sus casas separados de las filas, bien por no haber ingresado en el servicio activo, por haber cumplido en él el tiempo reglamentario ó por estar en uso de licencia ilimitada. Igual disposición se aplicará á los que se hallen en expectación de embarque para Ultramar hasta que se ordene su concentración, quedando entonces sujetos á la jurisdicción de Guerra por toda clase de delitos que sean de la competencia de la misma.—Art. 13. Es también de la exclusiva competencia de los Tribunales militares, cualquiera que sea la persona acusada, el conocimiento de las causas que se instruyan por los delitos siguientes: 1.º, los de traición que tengan por objeto la entrega de una plaza, puesto militar ó almacenes de efectos ó municiones de boca ó guerra; 2.º, los de seducción de tropas, bien sean españolas ó extranjeras, que se hallen al servicio de España, con el propósito de hacer que deserten de sus banderas ó se pasen al enemigo; 3.º, los de encubrimiento y auxilio á la deserción; 4.º, los de seducción y auxilio á la rebelión y sedición, cuando tengan éstas carácter militar; 5.º, los de espionaje, insulto á centinela, salvaguardias y fuerza armada. Se considerará como fuerza armada que se halla de facción á todos los individuos del Ejército en actos del servicio de armas, para los que hubieren sido nombrados con conocimiento de sus jefes respectivos. En el mismo caso se reputará á los individuos de los Cuerpos de la Guardia civil y Carabineros, ó de cualquier otro Instituto que preste servicio análogo, siempre que se encuentren en las condiciones señaladas en el párrafo anterior; 6.º, los de atentado y desacato á las autoridades militares. Son autoridades para este efecto los militares que, por razón de su cargo y pro-

Delitos electorales.—Estos delitos se prevén y castigan en las leyes electorales; las hoy vigentes son las de 20 de Agosto de 1870, respecto á elecciones de *Senadores, Diputados provinciales y Concejales*, y la de 28 de Diciembre de 1878, en punto á elecciones de *Diputados á Cortes.*

Ordenanzas de Montes.—Las Ordenanzas generales de Montes, como ley especial para castigar los delitos é infracciones de las mismas, forman también parte de la excepción contenida en este artículo, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 26 de Enero de 1872.

La legislación penal de Montes hoy vigente es la reformada en 8 de Mayo de 1884.

Como otros tantos delitos penados por leyes especiales, hemos de hacer mención también de los especificados en los arts. 190 y 198 de la

---

pia jurisdicción, ejerzan mando superior ó tengan atribuciones judiciales ó gubernativas en el territorio ó localidad de su destino, aunque funcionen con dependencia de otras autoridades principales. Se reputarán también autoridades los jueces y fiscales militares en el desempeño de su cargo ó con ocasión de él. En tiempo de guerra, ó previniéndose para ella oficialmente, serán asimismo considerados como autoridades militares los comandantes de cuerpo de ejército, división, brigada y columna, operando separadamente, en lo que comprenda el territorio que ocupen de continuo ó accidentalmente, hasta donde alcance su acción militar, y los oficiales de cualquier clase destacados para algún servicio, siendo dentro de la localidad ó zona en que deban prestarlo, siempre que allí no exista una autoridad militar constituída; 7.º, los de incendio, robo, hurto y estafa de armas, pertrechos, municiones de boca ó guerra, y de efectos pertenecientes á la Hacienda militar ó á los Cuerpos, verificándose en los cuarteles, ambulancias, convoyes, campamentos, obras militares y almacenes ú otros establecimientos del Ejército; 8.º, los cometidos en plazas sitiadas ó bloqueadas que tiendan á alterar el orden público ó comprometer la seguridad de las mismas; 9.º, los que cometan los prisioneros de guerra y personas de cualquier clase que sigan al ejército en campaña; 10, los que cometan los asentistas del Ejército, con relación á sus asientos y contratas; 11, los de adulteración de las provisiones de boca que se suministren á las tropas, ó se vendan en el interior de los cuarteles, establecimientos militares ó campamentos; 12, los de rebelión, sedición y robo en cuadrilla de cuatro ó más, cometidos en los territorios declarados en estado de guerra, y cualesquiera otros cuyo conocimiento atribuyan á los Tribunales militares las leyes vigentes ó que se dicten en lo sucesivo; 13, los comprendidos en los bandos que, con arreglo á las leyes, dicten los generales en jefe de los ejércitos y gobernadores de plazas sitiadas ó bloqueadas, así como las faltas previstas en los mismos; 14, los que cometan los individuos de la Armada, estando en servicio de guarnición ó de plaza, ó cuando formen parte de los ejércitos de operaciones en campaña; 15, los que cometan dentro de los respectivos establecimientos los operarios de las fundiciones, maestranzas, fábricas, parques de artillería é ingenieros y demás establecimientos militares, aunque no sean individuos del Ejército.—Art. 14. También corresponde á la jurisdicción de Guerra el conocimiento de las faltas especiales que cometan los militares en el ejercicio de sus funciones ó que afecten inmediatamente al desempeño de las mismas.—Artículo 15. Cuando resulten complicados en una misma causa criminal individuos del Ejército con otros no sujetos á la jurisdicción de Guerra, se observarán, para establecer la competencia, las reglas siguientes: 1.ª, de las causas cuyo conocimiento corresponda, por razón de la materia, á la jurisdicción ordinaria, á la de Guerra ú otra, conocerá contra todos los acusados la jurisdicción á que la ley atribuya la competencia; 2.ª, en las causas por delitos especialmente penados en las leyes militares, cuyo

Ley municipal vigente de 2 de Octubre de 1877; de los comprendidos en el capítulo XVIII (art. 167 al 179) de la *Ley de reclutamiento y reemplazo del Ejército,* hoy vigente, de 11 de Julio de 1885; de los que se definen y penan en el título V (arts. 16 al 26) de la *Ley sobre policía y conservación de los ferrocarriles,* de 23 de Noviembre de 1877; en la Sección octava de la *Ley de caza,* de 10 de Enero de 1879; en el título IX de la *Ley sobre usurpación y falsificación de las patentes de invención,* de 30 de Julio de 1878, y finalmente, en la *Ley sobre protección á los niños,* de 26 de Julio del propio año de 1878.

En cuanto á las leyes de *imprenta* y las *sanitarias,* de las que, como *especiales,* hacía también mérito el Código de 1850, ya no pueden ser hoy aplicadas, desde el momento que, abolida la ley de imprenta, los delitos

---

conocimiento no corresponda á la jurisdicción militar, en conformidad á la regla anterior, cada jurisdicción juzgará á los individuos que respectivamente de ella dependan, para lo cual se pasará por la que haya incoado el procedimiento el oportuno tanto de culpa; 3.ª, de las causas por delitos comunes que no estén especialmente penados en las leyes militares conocerá la jurisdicción ordinaria.—Art. 16. Cuando el ejército esté en campaña ó sea declarada la Nación ó una parte de su territorio en estado de guerra, los individuos de las clases de tropa llamados á las armas serán juzgados por la jurisdicción militar por todos los delitos que hubieren cometido que no sean de los exceptuados, aunque en su perpetración aparezcan complicadas personas no militares; y los Jueces de otras jurisdicciones que estuvieren conociendo remitirán las causas, ó el tanto de culpa en su caso á la militar, á no ser que se hubiere terminado el período de instrucción.—Art. 17.....—Art. 18.....—Art. 19.....—Art. 20. Los Tribunales competentes para conocer de una causa lo serán asimismo para conocer de sus incidencias y para la ejecución de las sentencias, en cuanto la ley lo permita.=CAPÍTULO II.—*Casos en que los militares quedan sometidos á otras jurisdicciones.*—Art. 21. Los individuos del Ejército quedarán sometidos á la jurisdicción ordinaria por los delitos siguientes: 1.º, los de atentado y desacato á las autoridades no militares; 2.º, los de falsificación de moneda y billetes de Banco; 3.º, los de falsificación de sellos, marcas y documentos que no sean de los usados oficialmente por los Jefes, autoridades y dependencias del Ejército; 4.º, los de adulterio y estupro; 5.º, los de injuria y calumnia que no constituyan delito militar; 6.º, los de infracción de las leyes de Aduanas, contribuciones, arbitrios y rentas públicas; 7.º, los que cometan los individuos de los Cuerpos de la Guardia civil y de Carabineros, ó de cualquiera otra fuerza sujeta á las leyes militares, cuya misión sea auxiliar á las autoridades administrativas ó judiciales del orden civil en lo relativo solamente á sus actos, como agentes de las mismas, siempre que el servicio que presten no sea militar ó el hecho que ejecuten no constituya delito ó falta en el propio servicio militar; 8.º, los que hayan cometido los individuos del Ejército antes de pertenecer á él, y por los delitos comunes que cometan durante la deserción ó en el desempeño de algún destino ó cargo público civil.—Art. 22. También quedarán sometidos los militares á la jurisdicción ordinaria por las contravenciones á los reglamentos de policía y buen gobierno y por las faltas comprendidas en el Código penal ordinario que no estén castigadas con pena mayor en las leyes ó reglamentos militares.—Art. 23. No es tampoco competente la jurisdicción de Guerra para conocer: 1.º, de las causas contra militares reservadas por las leyes á la jurisdicción del Senado; 2.º, de los juicios de residencia de las autoridades y funcionarios militares de las provincias de Ultramar; 3.º, de los delitos cometidos por los individuos del Ejército á bordo de las embarcaciones, en los arsenales del Estado ó en cualquier otro lugar adonde se extienda la jurisdicción de Marina.»

que por medio de ella se cometan han quedado sujetos á las disposiciones del Código, y que en éste existe un capítulo especial para los delitos contra la salud pública.

CUESTION I. *A pesar de la reforma de las Ordenanzas de Montes, hecha por el Real decreto de 8 de Mayo de 1884, ¿corresponderá á la* **Autoridad administrativa** *el conocimiento y castigo de las* **cortas de leñas** *verificadas en montes comunales, comprendiéndose éstas, por lo tanto, en la excepción del art. 7.º del Código penal, ó deberá entenderse que sigue reservado su castigo á los Tribunales ordinarios, siendo aplicables las disposiciones de aquél á las mismas cuando se han realizado* **con ánimo de lucro?**—José Fernández fué sorprendido por una pareja de la Guardia civil en un monte comunal de Castro los Hoyos, conduciendo un carro de hayas cogidas en dicho monte y apreciadas en una peseta cincuenta céntimos, cuya corta ejecutó para utilizarlas colgando en ellas panojas de maíz. La Audiencia de lo criminal de Santander declaró que el hecho expuesto sólo constituía la infracción que define y pena el art. 4.º del Real decreto de 8 de Mayo de 1884, cuyo castigo correspondía á la Autoridad administrativa, y absolvió libremente al procesado. Mas interpuesto contra esta sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que sostuvo que el expresado hecho constituía el delito de *hurto*, comprendido en el núm. 5.º del art. 531 del Código, cuyas disposiciones, y no las referentes á Montes, eran las aplicables al caso, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso por los fundamentos siguientes: «Considerando que José Díaz Fernández, conocido por Díaz Hontoria, cortó y se apropió leñas de haya, tomadas de monte comunal para obtener lucro destinándolas á su particular servicio, siendo sorprendido por la Guardia civil dentro del mismo monte cuando las transportaba en un carro: Considerando que, conforme al art. 4.º, párrafo segundo del Real decreto de 8 de Mayo de 1884, si los árboles, leñas gruesas, ramaje, cepas ó tocones hubieran sido extraídos del monte público con ánimo de lucrarse, entenderán los Tribunales ordinarios, *con arreglo al Código penal*; que, según el art. 40, regla 4.ª del mismo Real decreto, cuando la infracción de un precepto de las leyes y disposiciones vigentes haya sido el medio de perpetrar un delito definido en el precitado Código, *se reservará su castigo á los Tribunales*; que determinadas así la competencia para conocer, las facultades para castigar y la legislación aplicable, el Tribunal sentenciador ha incurrido en error de derecho declinando el conocimiento de la causa, atribuyéndolo al Gobernador de la provincia y absolviendo al procesado, y que, por consiguiente, ha infringido el art. 531, núm. 5.º del Código penal, dejando de hacer la debida aplicación de sus disposiciones y de estimar como autor de hurto al procesado: Considerando que la eventualidad de haber sido sorprendido el reo dentro del perímetro fores-

tal no excluye la aplicación del precitado art. 4.º ni autoriza la del artículo 7.º del Código penal, como entiende el Tribunal sentenciador; porque la ocupación de las leñas por la Guardia civil sólo significa que el hurto quedó frustrado, y porque, de no estimarlo así, se desconocería el espíritu de la Ley, que atiende principalmente á la intervención de lucro en el reo, y resultaría verdadera antinomia entre el precepto circunstancial del artículo 4.º y la regla absoluta del art. 40, según la cual se reserva el conocimiento á los Tribunales siempre que la infracción haya sido el medio de perpetrar un delito: Considerando que la apropiación y el lucro son los elementos característicos del delito de hurto, haya ó no daño concurrente, y sea ó no monte público el lugar de la perpetración; y que definido así el hecho procesal, sólo pueden apreciarse el daño como medio y el sitio como accidente del acto justiciable, etc.» (Sentencia de 21 de Octubre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 11 de Enero de 1887, págs. 19 y 20.)

CUESTION II. *Después de publicado el Código de 1870, ¿puede estimarse vigente la* **parte penal** *de la* **ley de 20 de Junio de 1862** *sobre el consentimiento y consejo para contraer matrimonio, ó podrá, cuando menos, entenderse que se halla comprendida en las* **excepciones** *del artículo 7.º del mencionado Código?*—Por haber contraído matrimonio canónico ante D. Pedro Sabugo, Párroco de Senna, Antonio Aurelio Álvarez y Manuela del Puerto, sin que precediera el consejo paterno que exige la Ley, se mandó proceder de oficio á la celebración de un juicio de faltas, dictando el Juez de instrucción de Murias de Paredes la correspondiente sentencia, en la que, estimando que el acto ejecutado por el Párroco y los contrayentes no se ajustaba á las prescripciones legales vigentes sobre celebración del matrimonio canónico, y que, por lo mismo, se encontraba definido y penado en el art. 15 de la ley de 20 de Junio de 1862, y comprendido también en el núm. 7.º del art. 603 del Código penal, impuso á los tres la pena de un día de arresto y á los dos últimos la de reprensión, y costas á los tres por iguales partes. Mas interpuesto por el Párroco recurso de casación por infracción de ley, por cuanto se había penado como falta un hecho que no la constituía, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que el hecho de autos consiste, por lo que respecta al recurrente, en haber autorizado como Párroco la celebración de un matrimonio sin que hubieran acreditado los contrayentes el consentimiento ó consejo paterno correspondiente, cuyo hecho ha sido castigado con arreglo á la prescripción penal determinada en el art. 15 de la ley de 20 de Junio de 1862: Considerando que la expresada ley de 20 de Junio fué totalmente derogada por la de Matrimonio civil de 1870, que no establecía penalidad alguna para el caso concreto de autos, y que al dejarse sin efecto esta última ley por el decreto de 9 de Febrero de 1875, con las excepcio-

nes que el mismo señala, no aparecen restablecidas las disposiciones penales de la primera referida ley de 1862: Considerando que además de haber sido derogada esta ley por la de Matrimonio civil, como queda expuesto, lo fué también en toda su parte penal por el Código, promulgado en el propio año de 1870, *sin que dicha parte pueda entenderse comprendida en las excepciones del art. 7.º del mencionado Código*, puesto que este artículo se refiere exclusivamente á leyes determinadas de ramos especiales de legislación criminal, y no á ciertos preceptos de sanción penal, diseminados en diversas disposiciones legales, sobre cuyas materias ha venido por fin á regularse lo conveniente en las prescripciones generales del repetido Código: Considerando que no habiéndose expresamente previsto entre las indicadas prescripciones del Código penal vigente el hecho que ha dado lugar al presente recurso, es indudable que al penarlo, como lo ha verificado el Juez de instrucción de Murias de Paredes, ha cometido las infracciones de ley y consiguientes errores de derecho alegados por el recurrente, etc.» (1). (Sentencia de 12 de Mayo de 1884, publicada en la *Gaceta* de 8 de Octubre.)

CAPÍTULO II

De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal.

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

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

Cuando el imbécil ó el loco hubiere ejecutado un hecho que la Ley calificare 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.

Si la Ley calificare de delito menos grave el hecho ejecutado por el imbécil ó el loco, el Tribunal, según las circunstan-

(1) La doctrina establecida en esta Sentencia del Tribunal Supremo sigue siendo la misma hoy, después de publicado el Código civil, cuyo art. 50 *sólo* sujeta á las prescripciones del Código penal *á los contrayentes*, ó sea al *menor de edad* que no ha obtenido el consentimiento ó licencia para casarse y al *mayor* que no ha solicitado el consejo de las personas á quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la Ley.

cias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, ó entregará al imbécil ó loco á su familia, si ésta diese suficiente fianza de custodia. (Art. 8.°, núm. 1.°, Cód. de 1850.—Art. 64, Cód. Fran.—Art. 40, Cód. Prus.—Art. 71, Código Belg.—Art. 120, núms. 2.°, 3.°, 4.° y 5.°, Cód. Báv.)

No delinquen, dice el artículo: el del Código de 1850 decía tan sólo: «están exentos de responsabilidad.» Aplaudimos el aditamento: en todos los casos del artículo falta algún elemento constitutivo esencial del delito; luego éste no existe, luego los que en tales casos se encuentran *no delinquen.*—Luego la declaración de *no delincuencia* no puede ser ni más racional ni más lógica.

El imbécil ó el loco, prosigue el artículo. *Imbécil,* según el Diccionario de la Lengua, vale tanto como alelado, escaso de razón, y según el mismo, es *loco* el que ha perdido el juicio. Esta nomenclatura bimembre (imbecilidad y locura) es la adoptada por el Código prusiano y la que está más conforme con los principios racionales y las doctrinas de las escuelas médicas. La inexistencia del interés moral, dice un distinguido criminalista, las enfermedades mentales provienen de uno de estos órdenes generales de causas: es resultado de una alteración, de una perversión, de un trastorno, de un desorden, de una perturbación de las facultades que constituyen el entendimiento, ó de una depresión, de una progresiva debilidad, de un acabamiento, de una verdadera extinción de esas mismas facultades: cuando la razón falta por una de aquellas causas, se dice de una persona que está *loca;* cuando la falta es motivada por una de las últimas, se califica de *imbécil.*

Á no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón: éste se refiere al loco, cuyos extravíos de razón van seguidos á veces y generalmente de intervalos lúcidos, de momentos de juicio y de descanso; el *imbécil* no puede tener, no tiene estos intervalos de razón, pues en él no hay una alteración, sino una *carencia* del juicio mismo.

CUESTION I. *¿Á quién incumbe la prueba de la locura?*—Podemos sentar, como regla general, que si la persona que ha ejecutado un delito resulta ser generalmente tenida por loca, la presunción jurídica es de que ha obrado en su estado ordinario de locura, correspondiendo, por lo tanto, al acusador, ya público, ya privado, la prueba del caso de excepción; esto es, que el loco obró en un intervalo de razón. Por el contrario, si su estado habitual es la salud, la presunción jurídica será de que ha obrado en su estado ordinario de juicio, y á la defensa, por lo tanto, corresponderá la justificación de que obró en un momento de enajenación mental, ó sea en el momento *crítico* de su locura.

CUESTION II. *El sonámbulo que ejecutare un delito en estado de sueño, ¿estará exento de responsabilidad criminal?*—La Ley sin duda no

ha hablado del sonambulismo por temor de que se pudieran cometer ciertos crímenes alentados los culpables con la probabilidad de una impunidad que pudieran encontrar en este pretexto. Mas si se probase la ejecución del delito en verdadero estado de sonambulismo, si se justificara que ningún interés pudo tener el autor del hecho en ejecutarle, en una palabra, que obró sin conciencia, sin libertad, en estado de sueño, real y efectivo, si no en virtud de este art. 8.º, cuyas disposiciones son *taxativas*, creemos que, en virtud del art. 1.º del Código, debería declararse *no delito* el hecho por semejante sonámbulo ejecutado.

CUESTION III. *¿El sordo-mudo puede ser declarado exento de responsabilidad criminal?*—El Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de Abril de 1873, publicada en la *Gaceta* de 8 de Mayo, ha resuelto la negativa, fundándose en que la sordo-mudez, por su naturaleza, no puede equipararse en sus efectos ni á la imbecilidad ni á la locura, por cuanto la experiencia demuestra los grados diversos de capacidad intelectual y moral que alcanzan la generalidad de los sordo-mudos; y menos cuando el procesado sordo-mudo sabe leer y escribir, y demuestra en todos sus actos que tiene la conciencia del deber y que no es ni imbécil ni loco.

CUESTION IV. *Aun cuando el autor de un delito no se halle en estado de locura permanente, si se admite como probado que padecía de mucho tiempo atrás accesos de verdadera locura, durante los cuales no sabía lo que hacía ni lo que decía, cuyo estado solía durarle días enteros, hallándose en tal situación cuando cometió aquél, ¿deberá eximírsele de responsabilidad por* **loco?**—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña, cuyo fallo condenatorio *casó* el Tribunal Supremo por los fundamentos siguientes: «Considerando que, según el art. 8.º, núm. 1.º del Código penal, no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, el imbécil y el *loco*, á no ser que éste haya obrado en un intervalo de razón: Considerando que, siendo un hecho aceptado como probado por la Sala sentenciadora que Josefa Maroño se encontraba en uno de los accesos de locura de que solía padecer en el momento que ejecutó el hecho por el cual ha sido acusada, ha debido estimarse á su favor la circunstancia mencionada en dicho artículo, declarándola, en consecuencia, exenta de responsabilidad criminal, y que no resolviéndolo así la expresada Sala, ha cometido la primera de las infracciones alegadas é incurrido en el consiguiente error de derecho, etc.» (Sentencia de 26 de Junio de 1882, publicada en la *Gaceta* de 20 de Agosto.)

CUESTION V. *¿Cabe discutir en casación la* **locura** *ó* **imbecilidad** *del procesado para eximirle de responsabilidad criminal cuando el Tribunal* **à quo** *da por probada la no existencia de aquéllas?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que declarado por modo expreso en la sentencia reclamada la falta de todo motivo racional para

deducir el estado de perturbación mental del procesado, es éste un supuesto de hecho *indiscutible* en casación.» (Sentencia de 13 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 24 de Noviembre, págs. 222 á 224.)

CUESTION VI. *La declaración de* **locura** *ó* **imbecilidad** *del procesado y de* **exención de responsabilidad criminal** *del mismo por tal concepto, ¿deberá hacerse, en todo caso, en* **sentencia definitiva,** *ó sea previa discusión de aquel hecho en juicio oral y público?*—Si confirmado el auto declarando terminado el sumario y mandada traer la causa á la vista, el Fiscal entiende, por el atento y detenido estudio que del proceso ha debido hacer previamente, que en el mismo se ha acreditado de un modo perfecto, cumplido, que no deja en el ánimo el menor átomo de duda, que el procesado al cometer el hecho se hallaba en estado de locura ó imbecilidad, es evidente que en tal caso, y con arreglo á lo preceptuado en el art. 640, en relación con el 637, núm. 3.º de la ley de Enjuiciamiento criminal, puede y debe solicitar el *sobreseimiento libre* del proceso, que no podrá menos de acordar el Tribunal si del propio convencimiento participa. Pero si la exención de responsabilidad criminal no aparece del sumario de un modo *indudable,* ó tuviera el Fiscal la menor sospecha de que la prueba de locura ó imbecilidad del reo aportada á él pudiera ser amañada, entonces deber suyo es, que le impone la Ley, el solicitar la apertura del juicio para depurar y aquilatar en el mismo la existencia ó no existencia de aquel estado, y sujetar al resultado de la prueba sus definitivas conclusiones.

En cuanto á las disposiciones de los dos últimos párrafos del artículo tocante á las medidas de precaución que deben tomar los Tribunales en caso de ejecución de un delito por un loco ó imbécil, según sea grave ó menos grave, tan claras son y tan precisas, que no han menester explicación ni comentario.

Art. 8.º. . 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.

El Tribunal hará declaración expresa sobre este punto para imponerle pena ó declararlo irresponsable.

Cuando el menor sea declarado irresponsable, en conformidad con lo que se establece en este número y en el que precede, será entregado á su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. Á 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 prescri-

tas para los acogidos. (Art. 8.º, núms. 2.º y 3.º, Cód. de 1850. —Art. 66, Cód. Fran.—Art. 72, Cód. Belg.—Arts. 88 y 89, Cód. Ital.—§ 42, Cód. Prus.)

El menor de nueve años.—La Ley estima que el menor de esta edad no tiene discernimiento bastante para comprender y apreciar la moralidad de sus actos, y por eso lo declara irresponsable cuando ejecuta una acción ú omisión castigada por el Código. Esa presunción de *falta de inteligencia*, en que se basa la exención de responsabilidad, pertenece á las que se conocen en derecho con el nombre *de juris et de jure*, ó sea de las que no admiten prueba en contrario.

Por lo tanto, justificada que sea la existencia de esta circunstancia de exención de responsabilidad criminal con la correspondiente fe de pila ó certificación del acta de nacimiento, de la que se desprenda que el procesado no había cumplido aún nueve años *cuando ejecutó el hecho*, debe sobreseerse libremente el procedimiento, sin necesidad de abrir el juicio oral, con arreglo á lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 637 de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente para los casos en que aparezca de un modo indudable la exención de responsabilidad, sin perjuicio de continuarse la causa respecto á los demás procesados que no se hallasen en igual caso, conforme á lo prescrito en el art. 640 de la citada ley.

El mayor de nueve años y menor de quince.—La diferencia entre éste y el menor de nueve años consiste sólo en que al menor de nueve años la Ley le *declara siempre* exento de responsabilidad criminal, mientras que respecto al primero únicamente lo *presume*. En el caso del menor de nueve años no cabe hacer contra su declaración de irresponsabilidad prueba alguna; es una presunción, como se ha dicho antes, *juris et de jure;* tocante al mayor de nueve años y menor de quince, la Ley no ha establecido más que una presunción *juris tantum;* le declara irresponsable, á no ser que se pruebe que obró con discernimiento.

Cuando el menor sea declarado irresponsable, etc.—La declaración expresa que exige la Ley que haga el Tribunal de que el mayor de nueve años y menor de quince obró ó no con discernimiento, para imponerle pena ó declararle irresponsable, deberá hacerse por resolución especial en la misma sentencia definitiva, ó en el auto de sobreseimiento libre que se dicte con arreglo al art. 640, en relación con el 637, núm. 3.º de la ley de instrucción criminal, cuando del sumario aparezca, de un modo que no deje lugar á duda alguna, la falta absoluta de discernimiento del menor. La pena que debe imponérsele cuando se declara que obró con discernimiento es *discrecional*, pero siempre inferior en dos grados por lo menos á la señalada por la Ley al delito que hubiere cometido (artículo 86).

Art. 8.°... 4.° El que obra en *defensa de su persona ó derechos siempre que concurran las circunstancias siguientes:*

Primera. *Agresión ilegítima.*

Segunda. *Necesidad racional* del medio empleado para impedirla ó repelerla.

Tercera. *Falta de provocación suficiente* por parte del que se defiende. (Art. 8.°, núm. 4.°, Cód. de 1850.—Arts. 321, 328 y 329, Cód. Fran.—Arts. 416 y 417, Cód. Belg.—Arts. 508 y 509, Cód. Ital.—§ 41, Cód. Prus.)

En defensa de su persona ó derechos.—La legitimidad de la defensa de la persona ha sido sancionada por todas las legislaciones: *quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure suo fecisse existimetur,* dijeron ya los Romanos. Sanciona también el artículo la legítima defensa de nuestros *derechos.* Á más del derecho á la vida, del que se deriva la legitimidad de la defensa de nuestra persona, tenemos el derecho á la propiedad que hemos adquirido, y el derecho al honor, que es también el patrimonio, y no el menos preciado de todo hombre; pero téngase muy presente que la defensa de nuestros derechos está muy principalmente subordinada á la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión contra los mismos, y que, por lo tanto, siempre que haya otros medios naturales ó legales para rechazar ó reparar la agresión, la defensa por vías de hecho deja de ser legítima.

Siempre que concurran las circunstancias.—En concurriendo todas las que enumera el artículo, deberá declararse exento de responsabilidad criminal al autor del hecho. Si concurriere el mayor número de ellas, ó sea de las tres *dos,* deberá aplicarse al acusado la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley, según lo dispuesto en el art. 87.

Si de los tres requisitos no concurriere más que *uno,* por ejemplo, la agresión ilegítima, deberá estimarse esta circunstancia tan sólo como atenuante, según el núm. 1.° del art. 9.°, é imponerse, por lo mismo, la pena del delito en el grado mínimo, á no concurrir alguna circunstancia agravante con la cual pudiera aquélla compensarse.

Agresión ilegítima.—Agresión vale tanto como *acometimiento.* Para que exista el derecho de defensa es preciso que se nos *acometa,* que se nos *ataque,* ó cuando menos, que se nos amenace de atacarnos de un modo inmediato é inminente; v. gr., desenvainando el puñal para herirnos con él ó apuntando la pistola para dispararla contra nosotros. La agresión ha de ser *ilegítima,* esto es, no autorizada por ninguna ley y por ningún derecho. Así, pues, no comete agresión el verdugo que quita la vida en el patíbulo al sentenciado á muerte, ni la fuerza pública que rechaza á los

amotinados, y por lo tanto no cabe aquí derecho de defensa contra una agresión que no es ilegítima.

Téngase en cuenta que esa agresión injustificada, ilegítima, es el elemento *esencial, primordial*, digámoslo así, de la justa defensa. Sin ella no cabe exención de responsabilidad criminal, ni *completa*, á los efectos de este art. 8.°, núm. 4.°, ni *incompleta*, para rebajar la pena del delito en uno ó dos grados á la señalada por la Ley, con arreglo al art. 87 de que antes hemos hecho mérito, ni aun es posible apreciar el hecho como simple circunstancia de atenuación, según el núm. 1.° del art. 9.°, para imponer la pena del delito en el grado mínimo con sujeción á la regla 2.ª del artículo 82. Y se comprende perfectamente que así sea, ya que la existencia de los dos otros requisitos que exige este número del artículo para que la defensa sea justa está subordinada de todo punto á la de la agresión, sin la cual no se concibe la concurrencia de aquéllos.

CUESTION I. *El que repele con la fuerza, causando lesión ó muerte, la injuria de palabra y aun de obra que ha recibido, ¿podrá invocar á su favor la* **exención de responsabilidad criminal** *que establece este artículo, en el concepto de que ha obrado en defensa de su honor ultrajado, y por lo tanto, de un* **derecho?**—La negativa es indudable, á nuestro juicio: el que repele con la fuerza el ultraje que se le ha inferido, no está, ni mucho menos, en el caso del que ve su vida en peligro por ajeno acometimiento. Al herir ó matar, no hace sino vengar el ultraje, castigar al que le ha ofendido, y ese derecho sólo á la autoridad pública compete. Además, nadie tiene derecho de constituirse en juez de su propia causa. Para eso están los Tribunales de justicia, y á ellos es á quienes debe pedirse la reparación debida. Podrá, pues, constituir la ofensa recibida una provocación, un estímulo poderoso que arrebate y obceque al agente, y por ende, un motivo de atenuación del delito que cometa, pero jamás podrá estimarse como causa bastante de exención de responsabilidad criminal. El Tribunal Supremo ha establecido igual doctrina, fundándose en que no cabe admitir como *defensa* un acto ejecutado después de la ofensa, pudiendo decirse más bien que es una venganza de injuria por injuria, ni tampoco la *agresión ilegítima*, porque sólo puede tener lugar *cuando es inminente ó amaga* un acometimiento para causar mal. (Sentencia de 29 de Noviembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 11 de Enero de 1872.)

CUESTION II. *La* **tentativa de violación** *de una mujer, ¿constituirá una* **agresión ilegítima** *bastante para colocarla en estado de legítima defensa?*—Opinamos que sí, ya que no puede menos de estimarse que el honor es para la mujer un derecho tan preciado, ó más, si cabe, que el de la propia existencia; no es ésta una ofensa como la injuria común, verbal ó de hecho, cuya reparación puede obtenerse por la vía judicial, sino un ultraje que imprime una mancha indeleble sobre la víctima,

máxime, como dice la ley romana (1), *quum virginitas, vel castitas corrupta restitui non potest.* Nosotros creemos que á la mujer que en tal trance lesionara y aun matara al violador, debería alcanzarle la exención de responsabilidad criminal de este artículo y número, ya que no cabe considerar como delito semejante homicidio desde el momento que fué el único medio de que pudo aquélla valerse para salvar su honra de tamaña afrenta (2).

Necesidad racional.—La segunda condición que exige la Ley para que exista la legítima defensa es la *necesidad racional* del medio empleado para *impedir* ó *repeler* la agresión. La palabra *racional* nos da á entender que no es menester que la necesidad sea *absoluta:* basta que racionalmente no exista otro medio que el empleado; y éste lo justifica la razón, cuando es el oportuno y conveniente para preservar á la persona del riesgo que corre con la amenaza, actual y real, ó ejecución de la ofensa material de que es objeto; y los Tribunales lo han de apreciar comparando y concordando la *situación* en que se encuentre el ofendido, *lugar* y *ocasión* en que se verifique el acometimiento y *medio* más ó menos poderoso que utilice el agresor para realizar su mal propósito. Hasta hay que tener en cuenta la fuerza física y aun el mismo carácter de la persona agredida. El riesgo ó peligro, tal como se ha presentado á los ojos y á la imaginación de éste, es lo que constituye el estado de legítima defensa; hay que respetar, pues, hasta el terror del ofendido, su debilidad y cualesquiera otras circunstancias naturales y legítimas que le hayan precipitado á defenderse; si ha creído de buena fe que su vida peligraba, esa buena fe debe protegerle y legitimar su defensa; lo que los Tribunales deben proponerse, al resolver estos casos, es fijar bien el punto en que la necesidad de la defensa ha cesado en el espíritu mismo de la persona agredida, esto es determinar cuándo ha continuado en la lucha, no ya para defender su vida, sino para saciar su venganza: *non* **tuendi,** *sed* **ulciscendi** *causâ* (3).

Impedir ó *repeler* dice el artículo. La palabra *impedir* indica que no es menester que la agresión se haya consumado para que sea legítima la defensa: basta que sea inminente ó amague la acción de herir ó matar, y como dijeron las Partidas (Ley 2.ª, título VIII, Partida 7.ª), «que el acome-

---

(1) Ley 1.ª, tít. XIII, libro IX del Código: *De raptu virginum, seu viduarum*, etc.

(2) El jurisconsulto Paulo equiparaba también el homicidio cometido para defender la vida al que se realiza para rechazar cualquier atentado contra el pudor: «*Qui latronem cædem sibi inferentem, vel alium quemlibet* **stuprum** *inferentem, occiderit,* **puniri** *non placuit; alius enim vitam, alius* **pudorem** *publico facinore defendit.*» Ley 1.ª, párrafo 4.º, Digesto. *ad legem Corneliam de sicariis.*

(3) *Illum solum qui vim infert, ferire conceditur, et hoc si* **tuendi** *duntaxat, non etiam* **ulciscendi** *causâ factum sit.* Ley 45, penúltimo párrafo del Digesto ad. leg. Aquil.

tido non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podrá acaescer que por el primer golpe quel diere, podría morir el que fuere acometido y después non se podría amparar.»

CUESTION I. *¿Deberá ser declarado exento de responsabilidad criminal el que antes que al medio empleado pudo apelar á la huída?*—Nosotros opinamos por punto general, como Puffendorff, que la fuga, en caso de acometimiento material, no es vergonzosa, porque no se apela á ella por cobardía, sino para obedecer á la razón, que nos enseña no ser verdadero valor matar á un ciudadano á cuya ofensa podemos sustraernos, dejando su castigo á los Tribunales. Sin embargo, si es indudable que esto nos lo aconseja la *stricta ratio*, es lo cierto también que la Ley no lo exige, puesto que justifica la defensa desde el instante en que existe el acometimiento ilegítimo y el riesgo ó peligro inminente y formal, sin curarse de si el agredido pudo ó no apelar á la huída para librarse de aquél.

CUESTION II. *El que con objeto de detener al ladrón le mata ó hiere cuando descubierto huye, ¿podrá invocar á su favor la exención de responsabilidad criminal que determina este artículo?*—Opinamos que no, y nuestra opinión la fundamos en el incontrovertible principio de que el derecho de defensa concluye donde la agresión acaba, y es evidente que á ésta ha puesto término el ladrón apelando á la huída.

Falta de provocación suficiente.—Cuando hay provocación, la agresión está en cierto modo legitimada por el insulto, y por esto la Ley no exime enteramente de responsabilidad al que promovió tal agresión por su culpa ó imprudencia. Pero entiéndase que la provocación ha de ser *suficiente*; no bastaría, por lo tanto, una simple broma; pero si injuriásemos gravemente á un tercero y éste tratase de herirnos provocado por el insulto, la defensa de nuestro cuerpo que hiciéramos hiriéndole ó matándole no sería del todo excusable, por haber sido la agresión motivada por suficiente provocación de nuestra parte. Para graduar debidamente la *suficiencia* de la provocación, deberán los Tribunales atender, como observa un comentarista, á la posición, dignidad, carácter y demás circunstancias de la persona ofendida, así como al tiempo y lugar de la ofensa, y aun á las opiniones y costumbres del país.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ART. 8.º, NÚM. 4.º DEL CÓDIGO.

Las cuestiones de legítima defensa son, indudablemente, las que en mayor número se someten á la decisión del Tribunal Supremo, por medio de los recursos de casación, interpuestos, generalmente, por la defensa de los reos por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código penal. Los fallos,

pues, recaídos en esta materia son numerosísimos. En la imposibilidad de extractarlos todos, nos limitaremos á exponer los casos, por desgracia sumamente frecuentes, en que el Tribunal Supremo ha declarado *haber lugar* al recurso interpuesto, por no haber la Sala sentenciadora aplicado, en parte ó en todo, cual debía, la exención de responsabilidad criminal á favor del reo, con sujeción á dichos artículo y número, ó con arreglo al artículo 87, en que se manda aplicar la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley cuando concurren el mayor número de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.º

En cambio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no registra sino *contadísimos casos* en que se haya declarado mal aplicada por la Sala sentenciadora dicha circunstancia de exención de responsabilidad criminal á favor del reo, ni en que el Ministerio Fiscal, siempre fiel representante y guardador de la Ley, haya interpuesto recurso de casación en tal sentido. Éste es un fenómeno singularísimo, que debe llamar con razón la atención de los Jueces y Tribunales, y darles á comprender la necesidad de atenuar algún tanto el excesivo rigorismo que en esta importante materia han demostrado, por regla general, en las sentencias que ha venido á casar y anular definitivamente el Supremo Tribunal.

Para proceder con el mayor método y claridad posibles en la exposición de los infinitos casos prácticos ocurridos desde 1870 á 1889, nos ocuparemos separadamente de cada uno de los tres requisitos que comprenden este artículo y número.

I.—Agresión ilegítima.

CUESTION I. *El que hiere á un adversario suyo, á quien no provocó ni en poco ni en mucho, en el momento de ser perseguido por éste revólver en mano y por otras personas que le amenazaron y arrojaron piedras, ¿deberá ser declarado responsable de las lesiones causadas, con la circunstancia atenuante de* **provocación**, *ó* **exento de responsabilidad** *por haberse defendido de una* **agresión ilegítima?**—La Sala de Justicia de la Audiencia de Palma estimó lo primero. Mas el Tribunal Supremo declaró que sin mediar provocación por su parte el procesado fué objeto de una verdadera *agresión ilegítima*, de la que se defendió por un medio racionalmente necesario, y por lo tanto obró en su propia defensa, con todo los requisitos de la Ley. (Sentencia de 20 de Abril de 1875, publicada en la *Gaceta* de 3 de Junio.)

CUESTION II. *Si habiendo el procesado encontrado casualmente á un sujeto que cortaba leña en un monte, hubo de reconvenirle por lo que ha-*

cía, oído lo cual por éste, acometió con un calabozo que tenía en la mano al procesado, el cual permaneció en actitud tranquila, hasta que viendo levantado en alto el calabozo y á dos pasos el agresor, embistió á su vez á éste con una navaja que de ordinario usaba, causándole en un muslo una herida de la que falleció al poco rato, ¿deberá apreciarse en este homicidio la circunstancia de exención de responsabilidad criminal, por haber obrado el procesado en defensa de su persona con todos los requisitos de la Ley?—No lo estimó así la Audiencia de Madrid, la que, apreciando tan sólo dos circunstancias atenuantes, impuso al procesado ocho años de prisión mayor. Mas el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* al recurso interpuesto contra dicha sentencia, fundándose en que los hechos expuestos que precedieron á la perpetración del homicidio no podían menos de apreciarse como constitutivos de una *agresión ilegítima*, porque el interfecto le amagó con el poderoso instrumento que tenía en la mano luego que mediaron las palabras que hubo entre ambos; cual hecho no constituye una simple *amenaza*, como supone la Sala, sino que, dado el mortífero instrumento que tenía el guarda en la mano, es un verdadero principio de agresión que daba lugar á la legítima defensa de aquel contra quien se dirigía; que admitida la agresión ilegítima, no es menos cierto que el *medio* de defenderse fué *racional*, dada la longitud del mango y cuchilla corva del instrumento con que fué acometido; que aunque la *fuga* es uno de los medios que puede emplear el ilegítimamente agredido para evitar todo peligro de su vida, al par que la muerte del agresor, en el caso presente no era aquélla posible estando de frente á dos pasos, ó bien ocasionada á probable riesgo por el alcance del instrumento referido; y finalmente, que la reconvención más ó menos oportuna del procesado respecto de un hecho que él creía no permitido, por ser el de hacer leña en el monte mismo que custodiaba el guarda, aunque se acepte como *provocación*, no era *la suficiente* que exige la Ley determinadamente, pues una mera reconvención no debía dar lugar al acto de acometer ó amagar con un instrumento capaz de causar la muerte, la cual podía producirse si éste se hubiese descargado sobre el procesado; que, por tanto, en el hecho ejecutado por éste concurrieron las tres circunstancias que constituyen la justa defensa, y al no estimarlo así, infringió la Sala el núm. 4.º del art. 8.º del Código. (Sentencia de 25 de Septiembre de 1875, publicada en la *Gaceta* de 11 de Octubre.)

CUESTION III. *El que viéndose acometido por otro con una pistola, le quita ésta y con ella le dispara dos ó tres tiros que le causan la muerte, sin que conste que el agresor insistiera en el ataque, después de desarmado, ¿podrá invocar á su favor la circunstancia eximente de* **propia defensa?**—El Tribunal Supremo ha resuelto que en este caso sólo cabe apreciar la circunstancia atenuante de haber precedido inmediatamente provocación ó amenaza adecuada de parte del ofendido, y de ningún modo

la eximente de propia defensa, pues cogida la pistola, se había ya impedido y repelido la agresión. (Sentencia de 12 de Noviembre de 1875, inserta en la *Gaceta* de 30 del propio mes y año.)

CUESTION IV. *El que, viendo que un tercero, con quien disputaba, coge una silla con ánimo de pegarle, coge á su vez un palo, y queriendo pegar con él á su contendiente, da sin querer á otro un golpe en la cabeza, que fracturándole el parietal derecho le produce la muerte, ¿deberá ser* **exento de responsabilidad criminal?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Cáceres calificó el hecho de delito de homicidio, con la circunstancia atenuante de no intención de causar un mal tan grave, é impuso al procesado la pena de doce años y un día de reclusión: calificación y pena que mantuvo el Tribunal Supremo, á pesar de la infracción, alegada por el procesado, del art. 8.º, núm. 4.º del Código, en virtud del cual pretendía que se le debía declarar libre de responsabilidad criminal, fundándose dicho Supremo Tribunal en que la *amenaza* causada con una silla contra el procesado no debe confundirse con la *agresión ilegítima*, pues consistiendo ésta en el empleo de la fuerza material sobre la persona á la que se trata de causar un mal, dista mucho de la simple amenaza, que suele no producir otras consecuencias. (Sentencia de 4 de Febrero de 1876, publicada en la *Gaceta* de 31 de Mayo.)

CUESTION V. *Si encontrándose el procesado con otros dos sujetos en una taberna fueron provocados con palabras de menosprecio y amenazas por el interfecto y otros amigos que le acompañaban, y marchándose los primeros á la calle, al estar parados en una esquina fueron de nuevo provocados por los segundos y acometido por el interfecto con una navaja abierta el procesado, en cuyo acto sacó éste otra arma de igual clase, con la que causó á aquél una herida en el vientre, á consecuencia de la que falleció el día siguiente, ¿deberá estimarse en este homicidio la circunstancia atenuante simplemente de* **provocación por parte del ofendido,** *ó bien la* **circunstancia eximente** *de haber obrado el procesado en su* **justa defensa,** *con todos los requisitos de la Ley?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Sevilla estimó lo primero y condenó al procesado á trece años de reclusión. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa del reo, por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que la *agresión* por parte del ofendido fué indudablemente *ilegítima*, porque el procesado no dió lugar ni motivo para ella, *ni la provocó* en manera alguna; y habiendo sido acometido de pronto con una navaja, al usar de la que él llevaba, *empleó un medio racionalmente necesario* y adecuado á aquél con que se verificaba el tan inmotivado como repentino acometimiento de que era objeto, con el que peligraba su vida, no solamente por el arma que llevaba el agresor, sino que también por la intención provo-

cativa que había revelado contra él y sus compañeros, intención en la que insistió nuevamente, después que con prudencia se habían retirado de aquel sitio los provocados; y por lo tanto, habiendo concurrido los tres requisitos que exige el art. 8.°, núm. 4.° del Código, la Sala sentenciadora, al no aplicarle, incurrió en error, infringiendo lo dispuesto en el mismo. (Sentencia de 8 de Julio de 1876, inserta en la *Gaceta* de 22 de Agosto.)

CUESTION VI. *El coger á uno por la garganta con ademán de estrangularle, ¿constituirá una simple circunstancia atenuante de* **provocación,** *ó una verdadera* **agresión ilegítima?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona estimó lo primero, y al que en tal trance mató á su agresor condenóle á doce años y un día de reclusión. Mas el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* al recurso interpuesto por la defensa del reo, por infracción del art. 8.°, núm. 4.° del Código, fundándose en que no habiendo sido tan sólo provocado el acusado, sino también agredido sin haber dado el menor motivo para ello, por más que al repeler la agresión no empleó un medio racionalmente necesario, puesto que el agresor no estaba armado ni podía inspirar tan gran peligro que fuera necesario para evitarlo usar de un arma y herirlo mortalmente, siempre resultaba que, sin ser enteramente excusable el hecho, concurrieron en el mismo el mayor número de requisitos que exige el art. 8.°, núm. 4.° del Código, por lo que la Sala debió imponer al procesado la pena inferior en uno ó dos grados, con arreglo al art. 87, y no la del delito en el grado mínimo, como lo hizo. (Sentencia de 6 de Octubre de 1876, publicada en la *Gaceta* de 24 de Noviembre.)

CUESTION VII. *Si un sujeto descarga, sin motivo alguno, un golpe con un palo en la cabeza de otro, quien, al verse acometido de tal suerte, tira de un estoque que llevaba, y con él infiere á aquél una lesión profunda que le produce la muerte, ¿deberá apreciarse simplemente en el hecho la circunstancia atenuante de* **vindicación próxima de una ofensa grave,** *ó deberá considerarse el golpe de palo, aunque no produjera lesión alguna al procesado, como verdadera* **agresión ilegítima?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada estimó lo primero y condenó al procesado en quince años de reclusión, compensando la atenuante de vindicación con la agravante de reincidencia. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* á él, fundándose en que, habiendo el procesado recibido un golpe en la cabeza que le descargó el interfecto, siendo entonces cuando causó á éste con el estoque la herida de que falleció, debe admitirse que obró contra una *agresión ilegítima,* sin haberla provocado en lo más mínimo; aunque, no habiéndole producido el golpe lesión alguna ni encontrándose en riesgo su vida, no tuvo necesidad racional del medio empleado para repeler

dicha agresión, habiendo la Sala, al no reconocer las circunstancias referidas, infringido el art. 8.º del Código, circunstancias 1.ª y 3.ª del número 4.º (Sentencia de 15 de Noviembre de 1878, publicada en la *Gaceta* de 18 de Enero de 1879.)

CUESTION VIII. *El hecho de dar un sujeto una bofetada á otro y agarrarle después por el pescuezo, empezando á luchar con él, ¿deberá estimarse como una simple circunstancia de* **provocación**, *ó como una verdadera* **agresión ilegítima**, *á los efectos del núm. 1.º del art. 8.º del Código?*—La Audiencia de Burgos estimó lo primero. Mas el Tribunal Supremo declaró lo segundo: «Considerando que de los hechos que como probados se consignan en la sentencia resulta que sin provocación de parte del procesado José Manuel Arraiz sufrió una bofetada que Vicente Ortiz le diera, y se vió momentos después asido por el cuello, hasta que, pugnando ambos, Arraiz infirió al Ortiz la herida de navaja que le produjo la muerte; y por tal resultancia se demuestra la existencia de dos de los requisitos, 1.º y 3.º, (*agresión ilegítima* y *falta de provocación suficiente*) que para eximir de responsabilidad exige el núm. 4.º del art. 8.º del Código, etc.» (Sentencia de 14 de Octubre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 15 de Noviembre.)

CUESTION IX. *El hecho de dar un sujeto á otro, con quien estaba disputando, una bofetada ó manotazo en la cabeza y armarse incontinenti de una pistola, ¿constituirá una mera* **provocación** *(circunstancia atenuante 4.ª del art. 9.º), ó deberá estimarse como una verdadera* **agresión ilegítima?**—La Audiencia de Ubeda estimó lo primero y condenó al procesado, que ante tal actitud de su contrario sacó á su vez una pistola y la disparó, causándole la muerte, como autor de homicidio, con la circunstancia atenuante de haber obrado en virtud de una simple provocación del ofendido, á la pena de doce años y un día de reclusión. Mas el Tribunal Supremo, llamado á decidir el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia, declaró que en la misma no se procedió con acierto al calificar los actos ejecutados por el interfecto como una mera *provocación*, pues que en realidad constituían una *ilegítima agresión*. (Sentencia de 9 de Noviembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 1.º de Febrero de 1884.)

CUESTION X. *El simple acto de insultar á una persona y darle un fuerte golpe en la cabeza, sin precisar si fué con la mano ó con qué instrumento, ¿determinará una* **agresión ilegítima**, *á los efectos del art. 8.º, núm. 4.º del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que al consignar la Sala sentenciadora como hecho probado que el hoy fallecido, Manuel Quirós, insultó y dió un fuerte golpe en la cabeza á José Izquierdo, sin precisar si se valió al efecto de la mano ó de qué instrumento, y siendo éste el único precedente al acto de sacar una

faca y herir mortalmente á su adversario, claro es que no determina una situación susceptible de legítima defensa, mediante agresión no provocada, etc.» (Sentencia de 19 de Noviembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 3 de Febrero de 1884.)

CUESTION XI. *El hecho de lanzarse un hombre ebrio contra otro y emprenderla á bofetadas con el mismo, ¿constituirá una simple* **ofensa grave,** *ó una verdadera* **agresión ilegítima?**—La Audiencia de Cádiz estimó lo primero, mas el Tribunal Supremo declaró lo segundo, fundándose en que el hecho de lanzarse uno sobre otro y de abofetearle constituye una verdadera agresión que requiere algún medio racional para impedirla ó repelerla, y quien lo emplea con tal objeto no puede decirse, propia y legalmente hablando, que obra en vindicación de una ofensa grave ni con arrebato y obcecación, sino más bien en defensa de su persona, que es como obró el procesado al rechazar al interfecto, que en estado de embriaguez y por dos veces se arrojó sobre él abofeteándole, siquiera se valiera de un medio evidentemente innecesario, atendida la forma é índole de la agresión; y habiendo obrado dicho procesado en defensa de su persona, mediante lesión ilegítima por parte del interfecto y falta de provocación por la suya, la Sala debió aplicar al caso la disposición del art. 87, habiendo incurrido en error de derecho no haciéndolo así. (Sentencia de 19 de Diciembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 5 de Marzo de 1884.)

CUESTION XII. *El que sin provocación alguna por su parte recibe una pedrada en la cabeza que le hace caer al suelo, y al incorporarse recibe del mismo adversario una herida con instrumento punzo-cortante en el brazo, en cuyo acto saca una navaja y da con ella un golpe á su agresor, causándole una herida que le produjo la muerte á los pocos instantes, ¿será responsable de este homicidio, con la simple circunstancia atenuante de* **provocación,** *ó deberá ser absuelto de él por completa* **exención de responsabilidad criminal?**—La Sala de Granada estimó lo primero y condenó al procesado á la pena de doce años y un día de reclusión, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que no delinque el que en defensa de su persona ó derechos emplea medio racional para repeler ó impedir agresión ilegítima no provocada por su parte, en cuyo caso se halla el recurrente, que, como guarda de riego, se opuso lícitamente á que Muga alterara los turnos establecidos, al rechazar más tarde con una navaja la grave y persistente agresión de éste, que le arrojó al suelo de una pedrada en la cabeza, y le hirió después, al incorporarse, con un instrumento punzo-cortante, y que la Sala sentenciadora, al estimar como *simple provocación* lo que de su propia referencia resulta ser *acome-*

timiento grave, no provocado por acto ilegítimo de Sáez, y no declarar su inculpabilidad por esto y por haber empleado un medio de todo punto racional y proporcionado, además, para rechazar la agresión de que fué objeto en los angustiosos momentos en que tuvo lugar, ha infringido la disposición legal invocada, art. 8.º, núm. 4.º del Código, y cometido el error de derecho que se le atribuye, etc.» (Sentencia de 24 de Noviembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 17 de Febrero de 1884.)

CUESTION XIII. *Si con anterioridad al suceso procesal se habían proferido amenazas por el mismo interfecto de que el día menos pensado volaría una casa fielato situada en despoblado, así como sus dependientes, habiendo corrido, además, el rumor de que los trabajadores de un ferrocarril próximo á dicho fielato pensaban volarle para eximirse del pago de los derechos de consumos, y que en la noche de autos un grupo de 16 á 18 hombres se dirigió hacia dicho sitio, prorrumpiendo en voces y amenazas contra los empleados, acometiendo por la puerta de entrada, sin hacer caso de las voces de «¡alto!» que para contenerlos dió uno de los guardas, quien entonces hizo fuego sobre los del grupo, cuyo disparo produjo la muerte de uno de ellos y la dispersión de los demás, ¿deberá el autor de este homicidio, en tal ocasión y circunstancias ejecutado, ser declarado* **exento de responsabilidad criminal?**—No lo estimó así la Audiencia de Oviedo, la que, apreciando tan sólo en el procesado la circunstancia atenuante de *arrebato y obcecación*, compensable con la agravante de reincidencia, le condenó á catorce años, ocho meses y un día de reclusión, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa del reo, citando como infringido el art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que aparecía en primer término la *agresión ilegítima* realizada por el expresado grupo, perfectamente caracterizada por los actos que quedan referidos, actos de verdadera fuerza con que dieron comienzo al plan criminal que fundadamente se les atribuía, ya se atienda á la existencia de las amenazas anteriores, ya á la actitud hostil que de palabra y hecho tomó el grupo, ya á la hora en que aquel suceso ocurría y ya á la situación de la misma casilla; que supuesta dicha agresión, era igualmente claro que el hecho perpetrado por el dependiente de consumos procesado no pudo tener otro objeto que rechazar aquélla, defendiendo á la vez su persona y los intereses que le estaban encomendados; que en cuanto al *medio* de que se valió para repeler dicha agresión, consistente en el disparo que hizo del arma de fuego que consigo llevaba constantemente por razón del carácter de que estaba revestido, y con cuyo disparo ocasionó la muerte de un hombre, no podía calificarse de *racionalmente innecesario*, atendida la gravedad de la agresión, el número de los agresores, la hora y condiciones en que se realizó y el mismo carácter del agredido, y que no habiendo, por otra parte, par-

tido *provocación ninguna* del procesado, concurrieron en el acto de defensa por éste realizado los tres requisitos que se exigen en el núm. 4.° del art. 8.° del Código penal, por lo que la Sala cometió error de derecho al prescindir de su aplicación, infringiendo dicho artículo y los que indebidamente aplicó. (Sentencia de 5 de Enero de 1884, publicada en la *Gaceta* de 14 de Abril.)

CUESTION XIV. *Para que el acometimiento á mano armada determine la justa defensa, ¿será necesario que á aquél subsiga el lesionamiento del que se defiende?*—Muchos son los Jueces y Tribunales que así lo han creído, dejando en este caso de apreciar la agresión ilegítima y estimando tan sólo la concurrencia en el hecho de la circunstancia atenuante de provocación ó amenaza, sin tener en cuenta que la Ley autoriza al agredido no sólo á repeler, sino también á *impedir* la agresión de que es objeto, y por lo tanto legitima la defensa antes que el acometimiento haya producido su natural consecuencia de herir ó matar á aquel á quien se dirige. Véase como prueba de ese equivocado criterio de algunos Tribunales el siguiente caso: Sobre las nueve de la noche del 1.° de Mayo de 1883 estaba Francisco Luque, acompañado de un amigo, en la calle de su pueblo, y pasando por dicho punto José Sánchez con Eugenio Carrillo, éstos preguntaron á aquéllos qué hacían allí, y contestándoles «que nada les importaba,» José Sánchez acometió á Francisco Luque navaja en mano, por lo que éste á su vez, sacando un espadín, le hirió en el hombro, cuya lesión curó á los cuarenta y ocho días. Pues bien: la Audiencia de Jaén calificó el hecho de delito de lesiones graves, con sólo la circunstancia *atenuante* de *provocación*, y condenó á Luque á nueve meses de prisión correccional. Mas el Tribunal Supremo, ante quien recurrió la defensa del reo por infracción del art. 8.°, núm. 4.° del Código, al *casar* la referida sentencia, declaró la completa exención de responsabilidad criminal del procesado: «Considerando, dice, que de los hechos probados resulta que Francisco Luque, el recurrente, *sin que mediara provocación alguna por su parte*, fué acometido navaja en mano por José Sánchez, lo cual constituye *agresión ilegítima*, repelida al ocasionar aquél á éste en el acto mismo la lesión por un *medio racionalmente necesario*, pues que usó del arma que accidentalmente llevaba: Considerando, por tanto, que concurren á favor del procesado todos los requisitos que el caso 4.° del art. 8.° del Código penal exige para eximir de responsabilidad criminal al que obra en defensa de su persona: Considerando que al no estimarlo así la Sala sentenciadora ha incurrido en error de derecho, etc.» (Sentencia de 9 de Junio de 1884, publicada en la *Gaceta* de 22 de Octubre.)

CUESTION XV. *Para que exista la* **agresión ilegítima,** *á los efectos del núm. 1.° del caso 4.° del art. 8.° del Código, ¿será necesario que se realice aquélla* **á mano armada,** *ó bastará para determinarla* **cual-**

quier acto de fuerza *ejercido sobre una persona?*—El Tribunal Supremo ha venido implícitamente á aceptar este último criterio en un caso en que el procesado, insultado y amenazado por varios sujetos, uno de los cuales le *echó la mano al brazo* (único acto de fuerza sobre él ejercido), apaleó á sus provocadores, causándoles varias lesiones menos graves y graves. La Audiencia de Lorca sólo estimó á favor del reo la circunstancia *atenuante* de *provocación.* Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró que concurrieron en el procesado *dos* de los requisitos del mismo, el de la *agresión ilegítima* y *falta de provocación por su parte*, por lo que debía imponérsele la pena inferior en uno ó dos grados, con arreglo al art. 87 del Código: «Considerando que el procesado Pedro Navarro, antes de causar las lesiones graves y menos graves de que se le acusa, sin motivo ni pretexto fundado, cuando se hallaba tranquila y pacíficamente sentado en el portal de su casa, porque no quería entregar una guitarra sin permiso de su hermano, á quien pertenecía, fué provocado á que saliera á la calle, le amenazaron é insultaron repetidamente, así como á su mujer, y hubo uno que hasta *le echó la mano al brazo;* de modo que si al rechazar é impedir la *agresión* de sus contrarios no empleó un medio adecuado y propio de defensa, ya que no lo era el uso de un palo contra los que en aquel instante aparecían desarmados, no puede dudarse que en su favor son dignas de aprecio las otras *dos* circunstancias de exención que señala el núm. 4.º del art. 8.º del Código *(agresión ilegítima* y *falta de provocación),* y que al no estimarlo así la Audiencia de Lorca en la sentencia que ha dictado le ha infringido, incurriendo en el error de derecho en que se apoya el recurso, etc.» (Sentencia de 13 de Junio de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Octubre.)

CUESTION XVI. *Si no hubo agresión ilegítima por parte del ofendido, ¿cabe estimar el caso de defensa, si no como* **eximente,** *como* **atenuante** *al menos?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que la circunstancia de exención á que se refiere el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal requiere la concurrencia de los tres requisitos que en el mismo se mencionan, sirviendo principalmente de base y fundamento á la misma el de la agresión ilegítima, sin el que no puede suponerse el caso de defensa ni como eximente ni como atenuante.» (Sentencia de 30 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 19 de Febrero de 1885.)—Igual doctrina se consigna en otra Sentencia posterior: «Considerando que de los hechos que consigna la sentencia, de que José Mas saliera al encuentro del recurrente Juan Bautista García, y se reprodujera entre ambos la cuestión de palabras que antes tuvieran sobre haberse apoderado aquél de unas alpargatas de éste; y que viniendo ambos contendientes á las manos, sacara cada cual una pistola, disparando la

suya García sobre Mas, y los dos lucharon á brazo partido, no puede deducirse ni de lejos ni de cerca la agresión ilegítima por parte de Mas, que exige el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal como la primera y más fundamental condición para que tenga lugar la exención de responsabilidad criminal por propia defensa: Considerando que no deduciéndose de los hechos que la sentencia declara probados que mediara agresión por parte del ofendido, ni puede apreciarse la defensa con las condiciones que exige el núm. 4.º del citado art. 8.º del Código, ni tampoco la circunstancia 1.ª del art. 9.º, porque no habiendo mediado agresión, faltan las otras dos condiciones de la defensa, que no pueden existir sin que exista la agresión: Considerando que, por lo expuesto, carecen de fundamento los motivos de casación alegados por el recurrente, y por tanto, que la sentencia se ajusta á la ley penal, y no se ha incurrido en ella en error legal, ni se han infringido los artículos del Código penal que se citan en el recurso.» (Sentencia de 23 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 18 de Julio, pág. 18.)

CUESTION XVII. *Cuando en los resultandos de la sentencia se dice simplemente que el lesionado amenazó con una faca al procesado, ¿deberá apreciarse por el Tribunal Supremo esta amenaza como una verdadera agresión para los efectos de la justa defensa, aun cuando en uno de los considerandos del fallo recurrido se emplee la frase «el uso de la faca?»*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que la simple amenaza que hiciera Félix García con una faca á Antonio Hernández, que se hallaba tras del mostrador, no constituye verdadera agresión para los efectos de la defensa á que se refiere el Código, y que el Tribunal sentenciador no ha incurrido consiguientemente en error de derecho al estimarlo como mera circunstancia atenuante de provocación ó amenaza adecuada, no constando, como no consta de la sentencia, que el lesionado hiciera algo más que amenazar con ella, puesto que el uso de la faca, cuya frase se emplea en uno de los considerandos de la sentencia, no significa tampoco que Félix García pasara ó intentara pasar de la simple amenaza á la agresión.» (Sentencia de 30 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 19 de Febrero de 1885.)

CUESTION XVIII. *Cuando el homicidio es resultado de una riña aceptada por ambos contendientes, que recíprocamente se acometen, ¿podrá apreciarse la* **exención de responsabilidad**, *aunque* **incompleta**, *á favor del autor de aquél, por más que haya resultado él también gravemente lesionado?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que el recurso deducido por el Ministerio Fiscal parte del supuesto de que en el homicidio de Tomás Eseo no deben estimarse como concurrentes en favor de Diego Abadía y Latas circunstancias modificativas de penalidad, y menos la mayor parte de los motivos de exención que señala

el núm. 4.º del art. 8.º del Código, según ha estimado la Audiencia de lo criminal de Huesca; y como dicho delito fué resultado de una riña aceptada por ambos contendientes, que sin interrupción desde una habitación de la casa de Pedro Barraca siguió hasta el patio, en donde por espontáneo acuerdo se produjo recíproca agresión, y consiguientemente la muerte de dicho Eseo y lesiones graves en Abadía, claro y evidente resulta que no se ofrecen en favor de éste hechos concurrentes que rebajen ó atenúen su responsabilidad, debiendo en su virtud ser castigado con la pena señalada al delito en su grado medio: Considerando que la Audiencia de Huesca en la sentencia contra la que se recurre se ha separado de ese criterio legal, y suponiendo infundadamente que Abadía obró con la mayor parte de los requisitos que determinan la exención de responsabilidad, le ha condenado en ocho años y un día de prisión mayor, con sus accesorias, y ha incurrido en los errores de derecho que señalan los núms. 5.º y 6.º del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, por haber infringido los artículos del Código que se citan en el recurso del Ministerio Fiscal, etc.» (Sentencia de 16 de Febrero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 24 de Septiembre, pág. 104.)—Igual doctrina se consigna en otra Sentencia del propio Tribunal Supremo: «Considerando que es de apreciarse la circunstancia 4.ª del art. 8.º del Código cuando media agresión ilegítima y el que se defiende de ella no la ha provocado y emplea un medio racional para impedirla ó repelerla, requisitos que no concurren en el hecho imputado al recurrente Manuel García Martínez, porque, según se dice en la sentencia reclamada, él y los demás mozos que le acompañaban comenzaron á reñir, y en la quimera aceptada por todos, cuyo promovedor se desconoce, el ofendido Yanes acometió con un palo á aquél, quien á su vez con otro palo infirió á éste las lesiones menos graves que ha padecido; resultando en junto que, si dicho García obró estimulado y excitado por la lucha, motivo de atenuación bien apreciado, no lo hizo en la necesidad y precisión á que responde la circunstancia 4.ª del artículo antes citado.» (Sentencia de 10 de Noviembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Marzo de 1885.)

CUESTION XIX. *El mero hecho de insultar una persona á otra é intentar acometerla,* **haciendo ademán** *de sacar un arma de la cintura, ¿bastará á determinar la* **agresión ilegítima** *á que se refiere el núm 4.º del art. 8.º del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que el mero hecho atribuído á Pablo Cadena de dirigir repetidos insultos á Francisco Sánchez Guerrero, hasta el extremo, dice la Sala sentenciadora, de intentar acometerle, haciendo ademán de sacar un arma de la cintura, no es la verdadera agresión ó terminante acometimiento que en defensa de su persona racional y legítimamente autorizan á este último para dar á aquél varios palos en la cabeza, causándole va-

rias lesiones, que se curaron después de ciento catorce días de asistencia facultativa: Considerando que, partiendo de este concepto jurídico, al no declarar la Sala de la Audiencia de Sevilla exento de responsabilidad criminal, conforme al núm. 4.º del art. 8.º del Código, á Francisco Sánchez Guerrero, según pretende en el recurso, y al apreciar en su favor las circunstancias atenuantes 4.ª y 7.ª del art. 9.º de dicho Código, imponiéndole la pena inmediatamente inferior á la señalada al delito, no ha incurrido en los errores de derecho que señalan los núms. 1.º y 5.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, porque no ha infringido los artículos del Código que van citados, el último por aplicarlo y el primero por dejarlo de aplicar.» (Sentencia de 19 de Marzo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 12 de Octubre, pág. 176.)

CUESTION XX. *Una bofetada, ¿puede constituir en algún caso un verdadero acto de acometimiento ó* **agresión ilegítima?**—Contra la opinión del Ministerio Fiscal recurrente, ha resuelto el Tribunal Supremo la afirmativa: «Considerando que hay agresión ilegítima, conforme á la circunstancia 1.ª del núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, cuando uno acomete á otro para herirle ó hacerle cualquier daño injusta ó ilegalmente, y como esto es lo que hizo Vicente Ferrández al dirigirse con una hoz de segar en la mano derecha contra el procesado Antonio Valera Rodríguez, y al pegarle en el rostro una gran bofetada cuando se hallaba sentado comiendo pan y sin que provocase el suceso, por modo evidente resulta que debe estimarse dicha agresión, como lo ha hecho la Audiencia de Alicante en la sentencia reclamada, sin que por ello haya incurrido en los errores de derecho en que apoya su recurso el Ministerio Fiscal, ya que no ha infringido el citado artículo del Código ni todos los demás que se invocan con relación al mismo.» (Sentencia de 6 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto, pág. 76.)—Igual doctrina vemos establecida en otra Sentencia posterior: «Considerando que reconocido por el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal el derecho de impedir y de repeler agresión personal ilegítima, la relación de hechos contenidos en la sentencia reclamada evidencia el de Fañanas para rechazar la de Aguado, puesto que hallándose desapercibido y por sorpresa por éste preparada, con invitarle, sin otra advertencia, á salir á la calle desde el sitio en que pacífico y tranquilo se encontraba, fué objeto del acto de fuerza que en tales circunstancias implica la *bofetada* que el último le dió con manifiesta sinrazón: Considerando que si bien el procesado, que no provocó el suceso, tuvo derecho á oponer la fuerza á la fuerza contra él empleada, el medio para ello usado de herir con arma blanca no aparece racionalmente necesario para excusar el riesgo de la agresión, límite legal de tal derecho, dadas las circunstancias y carácter del ataque repetido, que de otra suerte y con solos sus medios personales pudo evitar; y Considerando que

al estimar la Sala sentenciadora que los actos del Aguado constituyen mera provocación al procesado y no una agresión á su persona, sin provocación de éste, ha infringido en parte principal la disposición legal invocada.» (Sentencia de 8 de Marzo de 1887, publicada en la *Gaceta* de 11 de Agosto.)

CUESTION XXI. *¿Cabe invocar válidamente la* **exención de responsabilidad criminal,** *proveniente de la justa defensa, á favor del autor de un delito de homicidio ejecutado en* **desafío,** *pero sin las formalidades requeridas para los duelos?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que establecido el recurso sobre el supuesto jurídico de que Roque Valiente, al matar á Jerónimo Fernández, obró en defensa de su persona con todos, ó cuando menos con la mayoría de los requisitos que el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal exige para eximir de responsabilidad, su éxito ó improcedencia ha de subordinarse á la realidad ó inexistencia de una agresión ilegítima contra aquél, como condición indispensable del derecho alegado: Considerando que, además de la afirmación resuelta consignada en uno de los considerandos de la sentencia reclamada, el contenido de los resultandos transcritos en perfecta congruencia con aquélla, acredita por movo evidente que Jerónimo Fernández y Roque Valiente llegaron á vías de hecho después de acordarlo así, para lo cual, apercibido el segundo con anticipación de un arma de fuego, se dirigieron, en manifiesta actitud de riña, hacia el apartado lugar del suceso, sin que á uno ni á otro les hicieran desistir de su resolución extraños llamamientos: Considerando que esta situación de desafío en que voluntariamente se colocaron los contendientes excluye por sí sola el concepto jurídico de la defensa personal eximente de responsabilidad, sólo estimable cuando precede y la impone agresión inesperada y no provocada que aconseje racionalmente repeler ó impedir la inminencia ó realidad de un riesgo *ajeno á la propia voluntad:* Considerando que llegados á las manos los dos adversarios, como aparece y se dice que llegaron, el uso de las armas diferentes que cada cual hizo para ofender al otro fué en verdad un accidente de la reyerta empeñada y aceptada por ambos, y que por lo tanto la sentencia recurrida no contiene las infracciones ni los errores de derecho denunciados, por calificar de homicidio el hecho procesal y no admitir como excusa total ni parcial del culpable el acto agresivo de Jerónimo Fernández, que no sería bien juzgado sin relacionarle, como lo estuvo, con los precedentes, en que tan decisiva parte tuvo la voluntad y aun el propósito del recurrente.» (Sentencia de 23 de Diciembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 1.º de Marzo de 1887, págs. 124 y 125.)

CUESTION XXII. *Aun cuando el autor de unas lesiones fuera provocado por el que las sufrió, ¿cabrá invocar á su favor la* **exención**

completa *ó* **incompleta** *de* **responsabilidad criminal** *procedente de la justa defensa, si no consta de quién de los dos, ofensor ú ofendido, partió la lucha que con armas blancas se produjo entre ambos?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que es de estimarse la circunstancia 4.ª del art. 8.º del Código cuando á una agresión ilegítima que el agente no haya provocado emplea para rechazarla ó repelerla un medio racional de defensa: Considerando que ni todos ni la mayor parte de esos requisitos son de apreciarse en favor del recurrente Inocencio Fernández Ballesteros, por las lesiones menos graves que infirió á Isidoro Díaz Guerra, porque aparte de haberle éste provocado sacándole del corro de personas donde conversaba pacíficamente, tocándole con una vara y llamándole marrano, no consta después, según dice el Tribunal sentenciador, de quién de los dos partió la lucha que con armas blancas se produjo entre ambos, deduciéndose lógicamente que uno y otro la aceptaron de buen grado, y que, sin necesidad de defenderse y sin agresión inesperada é injusta, se hirieron recíprocamente: Considerando que este criterio jurídico ha servido de fundamento al fallo contra el que se recurre, y en el que, con la atenuante de haber precedido provocación, sin ninguna circunstancia agravante, se condena á Fernández, como autor de lesiones menos graves, en un mes y un día de arresto, sin que se haya infringido dicho art. 8.º, ni el 82, regla 5.ª por no haberse aplicado, ni por aplicarse el 9.º, circunstancia 4.ª, todos del Código, como con notorio error se sostiene en el recurso, etc.» (Sentencia de 18 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 16 de Julio.)

CASOS EN QUE PROCEDIENDO LA **exención completa** DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL POR HABER OBRADO EL AUTOR DEL HECHO EN **justa defensa** DE SU PERSONA CON **todos** LOS REQUISITOS DEL ART. 8.º, NÚM 4.º DEL CÓDIGO, NO SE HA APRECIADO **ni uno solo** DE ÉSTOS POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.

CUESTION I. *Yendo un sujeto á su casa, de noche, por cierta calle de una población, le da un tercero la voz de ¡alto!; y como siguiese su camino sin contestarle, le hace el interpelante por lo menos un disparo de arma de fuego, al que contesta el agredido haciendo otro á su vez contra el agresor: ¿deberá aquél ser declarado* **exento de responsabilidad** *por el expresado hecho?*—La Audiencia de lo criminal de Cuenca, estimando que ambos sujetos se hicieron disparos mutuos, sólo apreció en el agredido por el primer disparo la circunstancia atenuante de *provocación*. Mas interpuesto por éste recurso de casación que apoyó *in voce* el Ministerio Fiscal, por infracción del núm. 4.º del art. 8.º del Código, declaró el Tribunal *haber lugar* á

él: «Considerando que reconocido en la sentencia y consignado en sus fundamentos que Francisco Blanco, en ocasión de marchar tranquilamente por la calle, fué acometido por sorpresa y sin precedente de disputa por un disparo cuando menos de arma de fuego que le dirigió Vicente Bonilla, el que inmediatamente hizo el primero sobre éste aparece determinado por aquel acto agresivo, acaso repetido y de terrible reiteración, y por tanto encaminado á procurar, por medio, en aquellas circunstancias, racional, la defensa de su persona, ilegítimamente agredida, sin que á ello precediera provocación ninguna; y Considerando que al no derivar la Audiencia sentenciadora de los hechos que afirma la consecuencia jurídica de la irresponsabilidad del recurrente, ha cometido la infracción legal y el error de derecho que por éste se denuncian.» (Sentencia de 19 de Enero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 16 de Septiembre.)

CUESTION II. *El que al sentirse acometido y herido con un cuchillo por un sujeto, entabla con éste porfiada lucha para arrebatarle el arma, recibiendo el agresor una herida en la mano con el mismo cuchillo que empuñaba, ya que no se declaren casuales estas lesiones, ¿deberá por lo menos eximírsele de responsabilidad criminal?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña declaró á ambos autores de lesiones mutuas y los condenó á igual pena. Mas interpuesto recurso de casación por el agredido contra dicha sentencia, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que, según se declara probado, Ignacio Doldán Varela, al verse acometido por Pedro Fernández y Fernández, causó á éste la lesión menos grave que ha padecido, cuando intentaba quitarle el cuchillo que llevaba en la mano y con el cual á su vez le había herido el Fernández, por lo que, ya que no se aprecia como *accidente* el hecho perpetrado por el recurrente, es indudable que éste obró en propia defensa, con todos los requisitos que exige el caso 4.º del art. 8.º del Código penal, habiendo incurrido en error de derecho el Tribunal sentenciador é infringido los artículos que se citan en el recurso, al no estimar dicha circunstancia de exención.» (Sentencia de 15 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 27 de Noviembre, pág. 230.)

CASOS EN QUE PROCEDIENDO LA **exención completa** DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL ACUSADO, SÓLO SE HA APRECIADO Á SU FAVOR POR EL TRIBUNAL **à quo** UNA SIMPLE CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN, POR HABERSE ESTIMADO INDEBIDAMENTE LA **agresión ilegítima** COMO UNA SIMPLE **provocación** ó **amenaza.**

CUESTION I. *El guarda particular jurado de una heredad que al interrogar á un sujeto que estaba cortando leña, sobre una porción de ésta que*

pocos días antes había sustraído, añadiéndole que quedaba por ello denunciado, es amenazado por aquél con matarle si no huye, y embestido después con la hoz de que se valía para cortar la leña, le dispara la escopeta que al hombro llevaba, causándole varias lesiones de las que quedó curado á los 130 días, pero con impedimento de un brazo, ¿deberá ser declarado **exento de responsabilidad criminal** *por ese hecho?*—No lo estimó así la Audiencia de lo criminal de Játiva, la que apreciando tan sólo una circunstancia atenuante, condenó al guarda en tres años y siete meses de prisión correccional. Mas interpuesto por la defensa de éste recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, por los fundamentos siguientes: «Considerando que en el caso á que se refiere el presente recurso medió la *agresión ilegítima*, puesto que según los hechos consignados como probados en la sentencia recurrida, José Jimeno Matali primeramente amenazó de muerte á Mateo Lorente, y después le embistió con la hoz de que se valía para cortar la leña; que igualmente concurrió el segundo de dicho requisitos ó circunstancias, porque no hay duda alguna que lo brusco y violento del ataque de que el recurrente fué objeto; la notoria idoneidad del arma que el agresor esgrimía para producirle la muerte, y la manifestación explícita de parte de éste de su voluntad y resolución de matarle, exigían *racionalmente* que para repeler semejante agresión recurriese al medio extremo de hacer uso de la escopeta que para su defensa y para hacerse respetar en el ejercicio de su cargo de guarda llevaba; y finalmente, que asimismo es evidente la *falta de provocación suficiente* por parte de Mateo Lorente, toda vez que no debe estimarse como tal la reconvención que dirigió al José Jimeno por el hecho de haber cortado y sustraído pocos días antes una porción de leña de una finca inmediata, añadiéndole que quedaba denunciado: Considerando, en consecuencia, que la Audiencia de lo criminal de Játiva, dejando de estimar en el caso de que se trata la circunstancia eximente de responsabilidad á que se refiere el mencionado núm. 4.º del art. 8.º del Código, ha infringido esta disposición legal, incurriendo en el error de derecho alegado en apoyo del recurso.» (Sentencia de 3 de Diciembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 9 de Mayo de 1885.)

CUESTION II. *Hallándose los dos hermanos procesados en la puerta de un ventorrillo jugando á los naipes con dos sujetos más, y promovida cuestión sobre una jugada, uno de los hermanos dió á uno de los expresados sujetos con una silla, bien fuese voluntaria ó involuntariamente, sin causarle daño alguno; viendo lo cual un sobrino de éste, que estaba allí presente, echó mano de una faca y acometió al susodicho hermano, quien, ayudado por el suyo, se defendió de su agresor echándole piedras que le causaron unas lesiones, de las que quedó curado á los treinta y tres días: ¿procederá*

declarar, en este caso, la **exención de responsabilidad criminal** *de los autores de estas lesiones?*—La Audiencia de lo criminal de Lorca no estimó á favor de los procesados más que la circunstancia atenuante de *provocación*, y los condenó, como autores del expresado delito, á la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor á cada uno. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa de los procesados, por infracción del art. 8.º en sus núms. 4.º y 5.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que el acto atribuído á Antonio Jódar, consistente en haber acometido á Manuel Pérez con arma blanca, no es de provocación ó amenaza adecuada, sino de verdadera é ilegítima agresión, que de alguna manera tenía que ser rechazada, cual así lo hicieron el agredido y su hermano Juan Pérez, arrojando contra el agresor las piedras que le produjeron las lesiones graves padecidas, debiendo estimarse como necesariamente racional dicho medio de defensa, atendida la índole de la agresión y el desconocimiento que hay respecto de la posibilidad de emplear cualquier otro natural y menos violento para evitarla: Considerando que el hecho de haber dado antes Manuel Pérez con una silla á Juan Navarro, tío de Antonio Jódar, sin causarle daño, no puede ser calificado como acto de provocación por parte de aquél, pues que en la sentencia recurrida se consigna la duda sobre si lo hizo voluntaria ó involuntariamente, ni de todas las maneras sería imputable á su hermano Juan, y que ambos hermanos se limitaron consiguientemente á rechazar la ilegítima agresión de Antonio Jódar con todos los requisitos determinados respectivamente en los núms. 4.º y 5.º de artículo 8.º del Código penal: Considerando que la Audiencia de Lorca ha incurrido en error de derecho al no apreciar dichas circunstancias de exención á favor de los recurrentes, etc.» (Sentencia de 15 de Enero de 1886, publicada en la *Gaceta* de 4 de Agosto, pág. 4.)

CUESTION III. *Si habiendo ido el procesado, hombre anciano y enfermo, á una finca suya con dos testigos para acreditar el hecho por el mismo observado poco antes, de que un convecino, joven robusto y de genio pendenciero, le sustraía tojos tiernos que en la misma había, y al verle por segunda vez allí, entró en la heredad, teniendo á su espalda el muro que la cercaba, y le preguntó «si era él el que le robaba los tojos», á lo cual le contestó que no, «¿y si fuera?» al mismo tiempo que puso al hombro una azada de monte, de gran peso y de mango largo, y empezó á andar acercándose al procesado, quien le dirigió por dos veces la palabra «¡detente!», y como no lo hiciera, le disparó la escopeta que llevaba, á la distancia de unos cuatro ó cinco metros, dejándole cadáver en el acto, ¿deberá apreciarse que concurrieron en este hecho todos los requisitos necesarios para* **eximir de responsabilidad criminal** *al agente?*—No lo estimó así la Audiencia de lo criminal de Lugo, la que apreciando en el hecho las circunstancias ate-

nuantes de provocación y arrebato, condenó al autor del hecho á la pena de seis años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto por su defensa contra dicha sentencia recurso de casación, que coadyuvó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *hober lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que según los hechos consignados en la sentencia como probados, Gerardo Fernández, joven, bien constituído, sano y de genio demasiado vivo y pendenciero, había manifestado, antes de la incoación de esta causa, odio hacia D. Patricio Ventura Llamas, persona de distinguida educación, anciano y enfermo, lo había perseguido y había maltrado á un criado suyo: Considerando que estas respectivas condiciones debieron ser apreciadas por el Tribunal sentenciador para formar acertado juicio sobre la necesidad en que racionalmente se vió constituído el procesado de disparar sobre su adversario, después de haberle prevenido por dos veces que se detuviese cuando avanzaba armado con un instrumento contundente cuyo golpe hubiera podido causar la muerte al agredido: Considerando que D. Patricio Ventura Llamas obró en defensa de su persona al impedir una agresión ilegítima que se había manifestado por la frase pravocativa y por la acción hostil y perseverante del interfecto, sin que pudiera el procesado retirarse, por tener á su espalda una cerca ó muro, ni apelar á la fuga, que resultaba ineficaz como medio de salvación, por efecto de su ancianidad y estado valetudinario: Considerando que Llamas no promovió la escisión, pues la pregunta por él dirigida á Fernández no es provocación adecuada suficiente y tal como la presupone el art. 8.º, núm. 4.º, circunstancia 3.ª del Código penal: Considerando que por concurrir en el caso procesal todos los requisitos que eximen de responsabilidad, ha incurrido en error de derecho el Tribunal sentenciador, calificando y penando como delito los hechos imputados á D. Patricio Ventura Llamas, á pesar de existir una circunstancia eximente, y ha infringido las disposiciones del precitado art. 8.º, núm. 4.º, dejando de aplicarlas, etc.» (Sentencia de 9 de Diciembre de 1886, publicada en las *Gacetas* de 23 y 24 de Febrero, págs. 100 y 101.)

CASOS EN QUE PROCEDIENDO LA **exención incompleta** DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL, POR CONCURRIR ADEMÁS DE LA **agresión ilegítima** OTRO DE LOS REQUISITOS DEL NÚM. 4.º DEL ART. 8.º, Y SER, POR LO TANTO, DE INELUDIBLE APLICACIÓN LA PENA INFERIOR EN UNO Ó DOS GRADOS Á LA SEÑALADA POR LA LEY AL DELITO, CON ARREGLO AL ART. 87 DEL CÓDIGO, SÓLO SE HA APRECIADO POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR Á FAVOR DEL ACUSADO UNA SIMPLE CIRCUNSTANCIA ATENUANTE, CALIFICANDO INDEBIDAMENTE COMO TAL DICHA **agresión ilegítima.**

CUESTION I. *Hallándose dos sujetos jugando á las cartas, y promovida disputa por cuestión de una jugada, uno de ellos saca una pistola de dos cañones y dispara contra el otro, quien toma una banqueta, y al querer hacer el agresor otro disparo, se la tira, causándole una lesión grave: ¿deberán apreciarse en este último delito siquiera los dos requisitos de la* **agresión ilegítima** *y la* **necesidad racional del medio empleado para repelerla,** *para aplicar al culpable la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley, con arreglo al art. 87 del Código?*—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, la que apreciando tan sólo en el hecho de las lesiones la circunstancia de arrebato y obcecación, condenó á su autor á cuatro meses y un día de arresto mayor. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que según aparece de la declaración del hecho, consignado como probado en la sentencia recurrida, Anselmo García, á causa de desavenencias producidas por el juego, disparó contra José Fernández un tiro de pistola, retirándose hacia la puerta de la taberna en que se encontraban, y entonces, cuando aquél iba á disparar segunda vez, le arrojó éste una banqueta, causándole la lesión que ha padecido; siendo, de consiguiente, la acción del último posterior á la de aquél, y para evitar el inminente riesgo en que le tenía la reiterada y grave agresión de que era objeto: Considerando que no delinque y está exento de responsabilidad, conforme el caso 4.º del art. 8.º del Código previene, el que obra en defensa de su persona con los requisitos de agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla, y falta de provocación por parte del que se defiende; y que constando concurrieron muy calificados los dos primeros requisitos en los actos ejecutados por José Fernández y Fernández, lo único que hay que decidir consiste en si concurrió ó no la falta de provocación suficiente por parte de José Fernández y Fernández, necesaria para que el hecho sea del todo excusable: Considerando que de los términos en

que se refiere el hecho no puede deducirse por parte de quién se provocó la cuestión, y en consecuencia no cabe estimar concurrieran, como pretende el recurrente, los tres requisitos necesarios para eximir de responsabilidad al que obra en defensa propia, siendo tan sólo apreciables el mayor número de ellos, y aplicable, por tanto, en este caso, el precepto del art. 87 del Código, que también se alega como infringido y que, en efecto, lo ha sido, por no haber impuesto la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley.» (Sentencia de 7 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 22 de Noviembre, pág. 215.)

CUESTION II. *Si á consecuencia de la alarma que se produjo en un pueblo, por la supuesta fuga de un preso al ser conducido á la cabeza de partido, se reunió bastante gente en actitud hostil frente á la casa de aquél, donde se encontraban tan sólo su mujer y su hija, la cual desde un balcón disparó contra la gente un arma de fuego, cuyo proyeccil causó á una mujer una lesión menos grave, ¿procederá estimar que concurrieron á favor de la autora de este hecho los dos requisitos de la* **agresión ilegítima** *por parte de la multitud y de* **falta de provocación** *por parte de la procesada, é imponer á ésta, por lo tanto, la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley al delito, con arreglo á lo dispuesto en el art. 87 del Código?*

—No lo estimó así la Audiencia de lo criminal de Ciudad Real, la que apreciando tan sólo á favor de la procesada la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, la condenó á la pena de dos años, once meses y once días de prisión correccional. Mas interpuesto por su defensa recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º, núm. 4 del Código, el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* á él: «Considerando que la aglomeración de gente con carácter tumultuario y la actitud hostil con que se presentó ante la casa de D. Vicente Alcázar, donde únicamente se encontraban su esposa y su jóven hija Trinidad, todo ello por dejarse llevar de la voz propalada sin fundamento de que el Alcázar, que se encontraba preso, iba á escaparse al ser conducido á la cárcel del partido, no puede menos de considerarse como una verdadera é ilegítima agresión contra esas dos personas, que se hallaban tranquilas en su morada y que fueron sorprendidas por ese tumulto dirigido contra las mismas, sin que ellas ni su padre, que estaba á disposición de la Autoridad, hubieran provocado ni dado causa á esa agresión, que no tenía razón de ser ni más fundamento que la suspicacia de alguno que quiso alarmar la opinión con aquel pretexto: Considerando que aunque el temor que naturalmente se apoderaría de esas dos señoras al verse solas y cercadas por la multitud fuera el que impulsó á la joven á hacer un disparo contra la misma, sin duda con propósito de dispersarla, es lo cierto que con él causó una lesión menos grave en el dedo pulgar de la mano izquierda á una de aquellas mujeres, sin que, según se desprende de la sentencia, los an-

tecedentes justificaran todavía la racionalidad del medio empleado para la defensa, imposibilitando la falta de ese requisito que el hecho pueda del todo excusarse ni hacerse aplicación á él por lo mismo del núm. 4.º del art. 8.º del Código penal; pero concurriendo á su favor la ilegitimidad de la agresión y la falta de provocación suficiente por parte de la joven, tiene una exacta aplicación al caso el art. 87 del mismo Código, que determina que cuando el hecho no fuera del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad en los respectivos casos de que trata el art. 8.º, se aplique la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley, siempre que concurriere el mayor número de ellos, cual es visto que acontece en el presente: Considerando que, en virtud á cuanto queda expuesto, la Sala sentenciadora, al no hacer aplicación del citado art. 87 del Código, ha cometido un error de derecho é infringido dicho artículo, dando lugar al recurso con arreglo al número 1.º del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, etc.» (Sentencia de 3 de Julio de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Diciembre, pág. 353.)

CUESTION III. *De noche, en la calle de un pueblo, se acerca un sujeto á otro y le pregunta si había ido á casa del Juez para que le formaran causa; contéstale el interpelado negativamente, y como insistiera el interpelante en lo manifestado y le cogiera con una mano la solapa de la chaqueta y con la otra le pegara una bofetada, tira aquél de un cuchillo que llevaba y le asesta dos golpes, infiriéndole dos lesiones que le produjeron la muerte á las pocas horas: ¿deberá estimarse el acto del interfecto como una simple* **ofensa grave,** *ó bien como una verdadera* **agresión ilegítima, no provocada** *por el procesado, y constitutiva, por lo tanto, de* **exención de responsabilidad,** *aunque* **incompleta,** *á favor de éste, por falta de la necesidad racional del medio empleado para repelerla?*—La Audiencia de lo criminal de Lerma estimó lo primero, y apreciando en el hecho la circunstancia atenuante 5.ª del art. 9.º del Código, condenó al procesado á la pena de catorce años de reclusión. Mas interpuesto por su defensa recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción del art. 8.º, número 4.º, circunstancias 1.ª y 3.ª del Código y el 87 del mismo, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que, según el número 4.º del art. 8.º del Código penal, constituye una de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal la de que el acusado haya obrado en defensa de su persona ó derechos, siempre que concurran los requisitos que en el mismo artículo se determinan; que conforme al núm. 1.º del artículo 9.º, cuando, así respecto á esa como respecto á las demás circunstancias de igual clase, no se hayan realizado todos los requisitos que la Ley prefija, deberán estimarse como atenuantes, y que con sujeción al artículo 87, cuando hayan concurrido la mayor parte de ellos, se aplicará

la pena inferior en uno ó dos grados á la que éste señala al delito de que se trate, imponiéndola los Tribunales en el grado que estimaren correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren ó concurrieren: Considerando que el hecho de Robustiano Rojo, de sujetar á Quintín Aldea, cogiéndole por la solapa de la chaqueta, de darle una bofetada y de persistir en su ademán ofensivo forcejeando con él, constituyó un acto de verdadera é ilegítima agresión, y que la misma insistencia del agresor en permanecer agarrado y en lucha con el agredido, sin que por signo ó ademán alguno aparezca que éste pudiera presentir ni calcular la gravedad del mal que aquél se proponía causarle, obliga á creer que el Quintín Aldea, en el momento de verse de tal manera atacado y amenazado, debió pensar, ante todo y muy principalmente, en defenderse, y no meramente en vengar la ofensa que con la bofetada se le había inferido, siéndole, por lo tanto, permitido invocar en su favor la circunstancia del art. 8.º, núm. 4.º, de cuyos requisitos se cumplieron el de la previa agresión, como se acaba de expresar, y también, según se afirma en la sentencia, el de no haber mediado provocación por parte del agredido, habiendo dejado de concurrir únicamente el de la necesidad racional del medio empleado para defenderse, toda vez que, habiendo procedido Aldea á herir de muerte á su contrario sin tener la evidencia de que corriese su vida inminente peligro, no puede juzgarse que hubiera la debida proporción entre la intensidad del ataque y el medio usado para repelerlo: Considerando, en consecuencia, que han debido juzgarse de aplicación inexcusable al caso actual los mencionados artículos del Código 8.º, número 4.º, 9.º, núm. 1.º, y 87, y que no habiéndolo estimado así la Audiencia de lo criminal de Lerma los ha infringido, incurriendo en el error de derecho en primer término invocado en apoyo del recurso.» (Sentencia de 28 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 8 de Marzo de 1886, pág. 106.)

CUESTION IV. *Si entrando en una taberna un sujeto bastante bebido, el procesado lo echó fuera á empujones; mas volviendo aquél al poco rato, empezó á tirarle golpes con una navaja, por lo que el procesado tiró de la suya y con ella le dió un puntazo en el muslo, produciéndole una herida de la que falleció á los seis días, ¿deberá estimarse que concurrió en este* **homicidio** *tan sólo la circunstancia atenuante de* **provocación** *por parte del interfecto, ó procederá declarar la* **exención,** *aunque* **incompleta,** *de* **responsabilidad criminal** *del acusado, por haber concurrido los* **dos** *requisitos de la* **agresión ilegítima** *y de la* **necesidad racional del medio** *empleado para repelerla?*—La Audiencia de lo criminal de Utrera sólo estimó á favor de éste la circunstancia atenuante 4.ª del art. 9.º, y lo condenó á doce años y un día de reclusión. Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia, en virtud del recurso interpuesto contra la misma

por la defensa del reo, declaró que existían el mayor número de los requisitos del art. 8.º, núm. 4.º del Código, por lo que procedía rebajar en uno ó dos grados la pena del delito de homicidio, con arreglo al art. 87: «Considerando que el acto realizado por el interfecto Antonio Antúnez contra el recurrente Francisco Pérez Vargas fué de verdadera é *ilegítima agresión* que obligó á éste á natural defensa, empleando para ello un *medio igual y proporcionado* al constitutivo del ataque, por lo que son de apreciar los dos requisitos primero y segundo del caso 4.º del art. 8.º del Código, sin que lo sea, por el contrario, el 3.º, puesto que realmente Francisco Pérez Vargas fué quien con su conducta provocó el suceso al echar poco antes de la taberna de Cayetano Aragón al Antonio Antúnez, que se presentó en ella bastante bebido, siendo consiguientemente aplicable al caso del presente recurso la disposición del art. 87 del mismo Código: Considerando que al no estimarlo así la Audiencia de Utrera ha incurrido en error de derecho, etc.» (Sentencia de 5 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 20 de Abril de 1886.)

CUESTION V. *El que, al recibir un golpe de palo en la cabeza que le produjo una lesión que duró veinte días, infiere con una navaja al que de esta suerte le acomete una lesión que le ocasiona la muerte, ¿será responsable de este* **homicidio** *con la mera circunstancia atenuante de* **provocación?**—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia, la que condenó al procesado á doce años y un día de reclusión. Mas interpuesto contra aquella sentencia recurso de casación por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo que en el expresado hecho concurrieron los dos requisitos de la agresión ilegítima y de la necesidad racional del medio empleado para repelerla: «Considerando que causada esa lesión por Lacueva, según los términos del resultando primero, después que Prada le infirió con un palo la que por veinte días sufrió en la cabeza, aparece evidente, por la actitud de violencia directa del último, que el primero ejecutó el delito por que ha sido penado con el propósito de defender su persona, seriamente amenazada de riesgo grave, de tal agresión ilegítima y el de impedir las sucesivas que ella hacía temer, y que, para lograrlo, empleó el medio racional en aquellas circunstancias de aislamiento en que se encontraba, de acometer á su vez al injusto adversario con la navaja de uso común que tenía en su poder.» (Sentencia de 5 de Abril de 1886, publicada en la *Gaceta* de 19 de Agosto, págs. 112 y 113.)

CUESTION VI. *Si el interfecto dirigió palabras insultantes y ofensivas al procesado, sin motivo que las justificara, y al invitarle éste á que se retirase, en lugar de hacerlo así, le dió aquél una bofetada que le hizo caer al suelo, emprendiendo entonces la fuga dicho procesado; y como aún siguiera tras él el agresor, al llegar á un recodo se volvió hacia éste infiriéndole con un cu-*

chillo una lesión que le produjo la muerte, ¿deberá apreciarse que en el autor del hecho concurrieron, por lo menos, los dos requisitos de la **agresión ilegítima** *y de la* **falta de provocación** *por su parte?*—La Audiencia de Madrid sólo estimó á favor del reo la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9.º Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia en virtud del recurso interpuesto contra la misma, declaró que eran de apreciar en este caso los dos requisitos antedichos: «Considerando que la bofetada que derribó en tierra á Prudencio de Gracia, dada por José Sánchez, sin motivo que diera causa al acto, y la persecución que en su huída emprendió en seguida éste contra aquél, con intención siniestra ciertamente, no puede menos de dar carácter de agresión á este hecho, no provocado por el perseguido, que temiendo el mal que su perseguidor fuera á causarle, que no podía prever ni calcular, por ignorar el medio de que pudiera é intentara valerse, al llegar á un recodo se volvió, y con un cuchillo que sacó le causó en la región torácica una herida mortal que le llevó al sepulcro: Considerando que si bien no consta que el Sánchez, en su persecución contra Gracia, llevara á la vista arma alguna ofensiva que legitimara el medio empleado por éste para impedir la agresión de que fué objeto, apareciendo, sin embargo, sin género de duda, la ilegitimidad de esa agresión y la falta de provocación suficiente por parte del perseguido, es por todo extremo claro que, si el hecho no es del todo excusable, con arreglo al número 4.º del art. 8.º del Código penal, por falta de aquel requisito, indispensable para la exención completa de responsabilidad criminal, que concurrieron el mayor número de los que en aquel artículo se exigen, tiene una precisa y legal aplicación al hecho el art. 87 del mismo Código, que en este caso dispone se imponga la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley al hecho que aparezca realizado: Considerando que por no haber estimado la Sala sentenciadora el hecho en este sentido, ha cometido el error de derecho que se alega como fundamento del recurso, é infringido los núms. 1.º y 3.º del núm. 4.º del art. 8.º del Código, así como el 87, por no haberlos aplicado.» (Sentencia de 15 de Junio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 15 de Septiembre, pág. 187.)

CUESTION VII. *Si hallándose el procesado en su tienda, llegó á ella el interfecto, y habiéndose promovido cuestión entre ambos, éste tiró de los pelos á aquél y le dió algunos bofetones, por lo que tomando el procesado un cuchillo que allí tenía, le dió una puñalada, causándole en el pecho una lesión de la que falleció á los treinta y nueve días; ¿cabrá calificar este hecho de homicidio con la simple circunstancia atenuante de* **vindicación próxima de una ofensa grave** *causada al autor del delito?*—Así lo estimó la Audiencia de la Habana, que le condenó á doce años y un día de reclusión. Mas al *casar* el Tribunal Supremo dicha sentencia, en virtud del recurso interpuesto por la defensa del reo, que apoyó el Minis-

terio Fiscal en el acto de la vista, declaró que habían concurrido en el hecho de autos los dos requisitos de la *agresión ilegítima* y de *falta de provocación bastante* por parte del procesado: «Considerando que Agustín Barrios, en el mero hecho de ir en busca del procesado Matías Mendire, que se hallaba en su *venduta* ó tienda, y de abofetearle, tirándole además de los pelos de la cabeza, sin que fuese provocado, cometió una agresión injusta é ilegítima contra éste, quien al rechazarla, dando á aquél con un cuchillo un golpe que le produjo la muerte, si no procede que se le declare exento de responsabilidad, ya que no usó de un medio racional y adecuado de defensa, pues no lo era oponer á las manos de su ofensor un arma cortopunzante y herirle gravemente con ella, sí deben estimarse en su favor la mayor parte de los requisitos que determinan la inculpabilidad á que se refiere la circunstancia 1.ª del art. 9.º, para los efectos del artículo 85 del Código aplicable á Cuba: Considerando que de esta apreciación jurídica ha prescindido el Tribunal sentenciador en el fallo recurrido, condenando á Mendire en doce años y un día de reclusión, y ha infringido los artículos citados del Código, etc.» (Sentencia de 18 de Enero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 28 de Mayo, pág. 173.)

II.—Necesidad racional del medio empleado para impedir ó repeler la agresión.

CUESTION I. *Si el procesado, sin que precediera ofensa ni provocación por su parte, fué amenazado y acometido con un cuchillo por el interfecto; y, aunque desde luego se puso en actitud de defensa con una navaja, huyó, sin embargo, hacia un rincón de la habitación donde se encontraban, adonde fué á acometerle de nuevo el interfecto, sin que pudieran contenerle algunas personas que lo intentaron ni soltase el cuchillo de la mano sino hasta el momento en que cayó muerto por la puñalada que le dió el procesado, ¿deberá estimarse que no tuvo éste* **necesidad racional** *del medio empleado para impedir ó repeler la agresión?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Cáceres, si bien estimó que hubo *agresión ilegítima* por parte del ofendido y *falta de provocación* por parte del procesado, no así que hubiese habido *necesidad racional* del medio empleado para repeler aquélla, y en su virtud, con arreglo á los arts. 419, 8, núm. 4.º, y 87 del Código, le condenó á seis años de prisión correccional, accesorias y costas. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa del reo por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, por no haberse aplicado en su integridad, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al recurso, fundándose en que, dados los hechos expuestos, era indudable que en la ofensa del procesado habían concurrido no sólo los requisitos 1.º y 3.º

del núm. 4.° del art. 8.° del Código, estimados en la sentencia, sino también el 2.°, ó sea la *necesidad racional* del medio empleado para impedir ó repeler la reiterada agresión ilegítima; puesto que habiendo tenido en la mano el interfecto, hasta un momento antes de su muerte, el cuchillo con que acometió dos veces á aquél, que estuvo hasta entonces, por consiguiente, en inminente peligro de perder la vida, pudo, en uso legítimo del derecho de defensa, sin esperar á que le hiriese su agresor ni á que mediaran y le librasen del peligro en que estaba las personas allí presentes, herirle del modo y al tiempo que lo hizo; siendo evidente, por lo tanto, que con arreglo á esa disposición legal, está exento enteramente de responsabilidad criminal, y que al no declararlo así infringió la Sala el art. 8.°, núm. 4.° del Código.» (Sentencia de 27 de Junio de 1874, publicada en la *Gaceta* de 6 de Septiembre.)

CUESTION II. *Cuando resulta que habiendo estado reunidos cierta noche el procesado y el interfecto en casa de éste con otros vecinos, se pusieron los dos á bailar; y habiéndose empeñado poco después en derribarse al suelo, los concurrentes, por evitar la menor cuestión, los separaron, convenciendo al procesado que se marchara á su casa, como lo efectuó, cerrando después la puerta principal para que no lo siguiese su contrincante, sin poder impedir, empero, que éste se saliese por la traspuerta armado de un leño que tomó al paso, y alcanzado que hubo al procesado en las inmediaciones de su casa, le tiró una piedra y en seguida un garrotazo en la cabeza, causándole una lesión que tardó once días en curarse, por lo cual se agarraron ambos en el acto, y el procesado, con una navaja de grandes dimensiones, causó á su agresor una herida profunda en el cuello, que, atravesando varios vasos y nervios, le produjo á las pocas horas la muerte, ¿deberá estimarse que no concurrió en este hecho la* **necesidad racional** *del medio empleado para repeler la agresión?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid declaró que el hecho constituía el delito de homicidio, con la concurrencia de *dos* de las tres circunstancias que exige el art. 8.°, núm. 4.°, faltando la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, y condenó al procesado á ocho años y un día de prisión mayor, accesorias, indemnización y dos terceras partes de costas. Mas interpuesto por éste recurso de casación, designando como infringido el citado art. 8.°, número 4.°, porque habiendo sido racional el medio que empleó para defenderse, debió ser declarado exento de responsabilidad criminal, el Tribunal Supremo declaró *haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que para apreciar el requisito de la *necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión*, los Tribunales, sujetándose á las reglas de la más estricta crítica, é interpretando rectamente el Código en este punto, de ben comparar y concordar todos los actos y circunstancias que hayan mediado en la ejecución del hecho, el medio y forma con que se haya lle-

vado á efecto y hasta las cualidades personales del ofensor y del ofendido; que resultando de los hechos admitidos y declarados probados en la sentencia que el procesado, después de salir en la noche de autos de la casa del interfecto, caminaba á la suya tranquilo y sosegado, y ya próximo á ella, brusca y repentinamente fué acometido por el último, arrojándole primero una piedra y dándole en seguida un garrotazo en la cabeza que le causó una herida, es evidente que tuvo *necesidad imprescindible* de ponerse en defensa con el objeto de evitar un mal que á su persona pudiera traer mayores y más fatales consecuencias, y que al usar de la navaja que llevaba para repeler la injusta agresión de que era víctima, no se excedió de los límites de la justa defensa, ya se atienda á que en la oscuridad de la noche no podía distinguir si el ofensor llevaba otra arma, ya á que con la misma que le hirió pudo matarle, y ya, en fin, á que en aquella hora no había persona que le pudiese prestar auxilio, ni casa donde refugiarse para evitar que la agresión continuase y conseguir el agresor su mal propósito; y que, por lo tanto, la Sala sentenciadora, al no declarar exento de responsabilidad criminal al acusado, infringió el art. 8.º, número 4.º del precitado Código penal.» (Sentencia de 10 de Diciembre de 1875, publicada en la *Gaceta* de 13 de Enero de 1876.)

CUESTION III. *Cuando de la causa resulta que hallándose el procesado de noche, en compañía únicamente de su esposa, sentados juntos al hogar, sin más luz que el resplandor que daba la escasa lumbre que en él había, y en ocasión que el primero estaba de espaldas á la puerta atizando el fuego, entró de repente una persona que no vió ni conoció, la cual le dió uno ó dos fuertes golpes que le produjeron una contusión en el hombro, por lo que se volvió y tropezando con un sujeto, le arrebató un palo con el que sin duda le pegara, y descargó con él un golpe á dicho desconocido, derribándole al suelo, y después de darle otro en la cabeza y dejarle tendido en la misma cocina, se marchó; resultando ser su padre político, á quien procuró socorrer después que fué reconocido, falleciendo éste á los seis días á consecuencia de la congestión cerebral que sobrevino; cuyo procesado, que confesó el hecho, llevaba buenas relaciones con su suegro, á quien visitó mientras duró su enfermedad, demostrando gran sentimiento por el suceso: ¿deberá* **eximírsele de responsabilidad criminal** *por haber obrado en* **defensa propia**, *con todas las circunstancias que requiere el art. 8.º, núm. 4.º del Código?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Valladolid estimó que concurrieron en el hecho las circunstancias de la agresión ilegítima y falta de provocación por parte del procesado, mas no la *necesidad racional del medio empleado*, por lo que, con arreglo á los arts. 419 y 87 del Código, le condenó en veinte meses de prisión correccional, accesorias y costas. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa del reo por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo

haber lugar á él: «Considerando que, atendidos los hechos que en la sentencia se declaran probados, el recurrente, sorprendido de noche por la espalda en su morada, al lado de su mujer, que daba de mamar á su hijo, fué acometido, apaleado y herido, sin poder distinguir la persona ó personas que le maltrataban, ni los instrumentos de que pudieran valerse para llevar adelante su intento criminal, ya porque la acometida fué por detrás, ya porque no había más luz que la escasa que daba el fogón donde se calentaban: Considerando que en semejante situación y cuando los actos ejecutados demostraban podía peligrar su existencia, y acaso la de su mujer é hijo, por lo mismo que les era desconocido el agresor, debía defenderse, y al hacerlo con el mismo palo con que fué acometido, no se excedió de los límites de justa defensa, ni usó de un medio que racionalmente no fuese necesario, pues aquel mismo instrumento con que mató y del que despojó á su agresor pudo causarle la muerte; y en la oscuridad en que estaba la habitación, y en el aturdimiento en que naturalmente debía encontrarse por tan repentina agresión, no le era dado conocer y distinguir si una ó más personas le acometían, ni las armas que podían llevar, ni de las que podían valerse: Considerando que la Sala, al no apreciar, según los hechos que acepta, haber concurrido también la circunstancia de *necesidad racional* del medio empleado, y al no hacer aplicación del núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, le ha infringido, etc.» (Sentencia de 28 de Febrero de 1876, publicada en la *Gaceta* de 16 de Junio.)

CUESTION IV. *El que viéndose acometido resueltamente por otro con arma blanca sin haberlo provocado en modo alguno, excusa de pronto la lucha; pero insistiendo en el acometimiento el agresor, dispara contra éste un pistoletazo que le causa la muerte, ¿podrá dejar de ser exento de responsabilidad criminal,* **in totum**, *so pretexto de que el* **medio** *empleado no fué* **racional**, *porque antes que á él pudo y debió apelar á la* **huída?**—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia, que condenó al procesado, con arreglo al art. 87 del Código, á cuatro años de prisión correccional, estimando tan sólo la agresión ilegítima y la falta de provocación, mas no la necesidad racional del medio empleado para repelerla. Pero interpuesto recurso de casación por la defensa del reo por la infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, dados los hechos expuestos, no puede menos de admitirse que el procesado tuvo necesidad racional del uso de la única arma que llevaba para repeler la agresión de que fué objeto, y de la que probablemente no se hubiera librado con la *huída, que no cabe tampoco exigir;* por lo que la Sala infringió el art. 8.º, núm. 4.º del Código, al no eximir de responsabilidad criminal al procesado. (Sentencia de 22 de Noviembre de 1876, inserta en la *Gaceta* de 4 de Febrero de 1877.)

CUESTION V. *El que insultado, amenazado y perseguido navaja en mano por un sujeto, se da á la huída, y no cesando éste en su persecución le arroja algunas piedras, una de las cuales hiere al agresor en la frente, causándole una lesión de la que falleció á las cuarenta y ocho horas, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad,** *estimando que el* **medio empleado** *fué* **racionalmente necesario** *para repeler la agresión?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada, estimando los dos requisitos de la agresión ilegítima y falta de provocación por parte del procesado, mas no la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, condenó al procesado á ocho años y un día de prisión mayor, accesorias y costas. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa de éste por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que de los hechos expuestos no puede menos de deducirse que el *medio empleado* por el procesado para repeler la ilegítima agresión de que era objeto fué *racionalmente necesario*, ya se atienda á la menor ventaja generalmente de una piedra, con relación á la clase de arma con que fué acometido, ya al inminente riesgo que corría su vida; habiendo, por lo tanto, la Sala infringido el citado artículo y número al no declarar al procesado exento de responsabilidad por haber obrado en propia defensa con todos los requisitos de la Ley. (Sentencia de 14 de Diciembre de 1876, inserta en la *Gaceta* de 26 de Marzo de 1877.)

CUESTION VI. *El dueño de un molino, sito en despoblado, es despertado de noche por una gran piedra arrojada á su ventana; se asoma á ésta, y preguntando que qué se le quería, se le contesta que entregue todo su dinero, pues de lo contrario ardería la casa, por lo que, y observando además que de un callejón contiguo al molino salían cuatro individuos, uno de los cuales le apostrofó con una blasfemia, dispara una pistola contra uno de aquéllos, que á la mañana siguiente apareció muerto en el expresado sitio: ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal** *por haber obrado en su* **justa defensa,** *con* **todos** *los requisitos de la Ley?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza estimando que concurrieron en favor del reo el mayor número de requisitos para eximirle de responsabilidad criminal, pero no el de la necesidad racional del medio empleado, condenó al procesado á doce meses de prisión correccional por el homicidio cometido. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción del art. 8.º, número 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, asaltado de noche el molino del procesado, que se hallaba en despoblado, al verse amenazado de robo é incendio, ejerció un acto justo de defensa de su persona y derechos y de los de su familia al disparar contra los malhechores el arma de fuego que causó la muerte de uno

de ellos, librándose así de que continuara el delito de que sin duda hubiera sido víctima; que sentándose en la sentencia que hubo manifiestamente *falta* de provocación por parte del que se defendió, y *agresión ilegítima* de los criminales, debió admitir también la *necesidad racional* del medio empleado para impedirla ó repelerla, porque no de otro modo mejor se puede rechazar con éxito justo los ataques de tales malhechores, que en número temible atacan la propiedad y las personas en las largas noches de invierno en habitaciones separadas de poblado; no delinquiendo, y por consiguiente, estando exento de responsabilidad criminal, el que obra como obró el procesado, que, estando descansando al lado de su mujer, fué despertado por el ruido de los que trataban de entrar con violencia en su casa, y sabedor del objeto criminal que les llevaba, al contestar con el disparo á las amenazas, procedió empleando un medio racional y justo de defensa. (Sentencia de 23 de Mayo de 1877, inserta en la *Gaceta* de 27 de Agosto.)

CUESTION VII. *La posibilidad en el acometido de apelar á la* **huída**, *¿será motivo bastante para dejar de apreciar la* **necesidad racional** *del medio que empleó para repeler la agresión?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que al usar Luis Funes el arma de fuego que llevaba en el bolsillo, disparándola contra su agresor cuando éste le acababa de herir por la espalda en ocasión que estaba sujeto por su madre y hermana, empleó el medio que en casos semejantes es natural y forzoso para librarse de su enemigo: Considerando que la actitud agresiva é injustificada de Martín Granados y la situación en que se encontraba Luis Funes no hacían posible que pudiese evitar de otro modo la agresión de que era objeto, ni en aquellos momentos tan graves podía exigirse que se adoptara como más prudente y fácil el haber huído, porque este medio no daba la seguridad de realizarlo sin riesgo para su persona: Considerando, por lo tanto, que en la sentencia recurrida se ha cometido error de derecho, no apreciando los tres requisitos eximentes de responsabilidad criminal, etc.» (Sentencia de 21 de Abril de 1880, publicada en la *Gaceta* de 30 de Junio.)

CUESTION VIII. *El que sintiéndose de pronto apaleado por un tercero, tira á éste al suelo de un empujón, y después de darle algunos puntapiés, le infiere con un cuchillo una lesión de la que falleció á las pocas horas, ¿podrá alegar á su favor, al par que la agresión ilegítima y la falta de provocación por su parte, el requisito de la* **necesidad racional** *del medio empleado para repeler dicha agresión?*—El Tribunal Supremo ha resuelto en este caso la negativa: «Considerando que..... no puede estimarse la necesidad racional del medio empleado para impedir ó repeler la agresión, porque derribado y herido en el suelo el Ríus (el agresor), ya no fué aquél necesario y excedió los límites de la defensa, impidiendo la

exención de responsabilidad criminal del procesado Balcebre, etc.» (Sentencia de 23 de Septiembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 26 de Noviembre.)

CUESTION IX. *El no haberse defendido el procesado de la primera agresión de que fué objeto por parte del interfecto, que le hirió gravemente con un puñal en la espalda, ¿será obstáculo para apreciar la* **necesidad racional** *del medio empleado en el hecho de herir mortalmente á su adversario en el momento en que éste, poco después, intentaba secundar la agresión con la misma arma con que le hiriera antes, aunque sin causarle lesión alguna en esta segunda acometida?*—La Audiencia de Madrid, estimando los requisitos 1.º y 3.º del art. 8.º, dejó de apreciar el 2.º, ó sea la necesidad racional del medio empleado. Mas el Tribunal Supremo *casó* dicha sentencia, declarando que también procedía apreciar este último requisito, y por tanto, la total exención de responsabilidad criminal del acusado: «Considerando que en el hecho que ha motivado esta causa han concurrido las tres circunstancias que para la exención de responsabilidad criminal se exigen en la expresada disposición legal (art. 8.º, núm. 4.º del Código), puesto que, según aparece de la sentencia recurrida, el procesado Eugenio Dorado Díaz, agredido ilegítimamente por Leocadio Mateos, que le dió una puñalada por la espalda, causándole una herida grave, retirábase ya á su casa para curarse acompañado de las personas que mediaron entre ellos para evitar la continuación de la reyerta, provocada por su ofensor, cuando viendo venir á éste de nuevo contra él y armado de la misma navaja con que le hiriera gravemente *momentos antes*, para impedir y repeler esa segunda agresión, no menos ilegítima que la primera, y que tampoco había él provocado, echó mano de un arma de igual clase, ocasionándole la muerte; siendo evidente, por lo tanto, que han concurrido en el presente caso no sólo las circunstancias 1.ª y 3.ª de las señaladas en el número 4.º del referido art. 8.º, estimadas en la indicada sentencia, sino también la 2.ª, ó sea la de *necesidad racional del medio empleado por dicho procesado:* Considerando, en virtud de lo expuesto, que la Sala sentenciadora, calificando y penando el hecho de autos como delito, ha incurrido en el error de derecho designado, etc.» (Sentencia de 9 de Noviembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 17 de Enero de 1881.)

CUESTION X. *Si empeñado un sujeto en que tenía fuerzas para cargar con dos á la vez, como le manifestase el procesado en buenos términos que no porfiase en su empeño, irritado aquél sin duda por esta manifestación, sacó una pistola y con ella descargó un tiro contra su interlocutor, hiriéndole en un muslo, y en seguida con un palo le acometió de nuevo, por lo que el procesado sacó una navajita que tenía y le dió al agresor al acercarse un golpe con ella, causándole una lesión en el vientre de la que falleció, ¿deberá apreciarse que al par que la* **agresión ilegítima** *y la* **falta de provo-**

cación *concurrió también en este homicidio la* **necesidad racional del medio empleado** *para repeler la agresión?*—No lo entendió así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Cáceres, que, estimando tan sólo á favor del procesado los dos primeros requisitos, pero no el tercero, lo condenó á seis años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del artículo 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que el hecho referido justifica la necesidad racional que hubo por parte de Evaristo Doblado del medio empleado para impedir ó repeler la nueva agresión de Juan Méndez, que no satisfecho con haberle producido sin motivo alguno la herida grave que ocasionó á Dorado una gran conmoción cerebral, se proponía maltratarlo con el palo, lo cual impidió Doblado en uso del derecho legítimo de defensa, por cuya razón le es aplicable la disposición del art. 8.º en su núm. 4.º del Código penal, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora ha infringido dicho artículo.» (Sentencia de 23 de Diciembre de 1882, publicada en la *Gaceta* de 26 de Mayo de 1883.)

CUESTION XI. *Si resulta que sin mediar palabra alguna fué abofeteado el procesado por el interfecto en la plaza pública, sin que contestara á esta agresión y hasta huyera; que al caer en su retirada sufrió las pedradas de aquél, que en su fuga le perseguía puñal en mano; que viéndole ya cerca, y siempre corriendo, le disparó un tiro sin resultado, y que sólo después, cuando el agresor se le echaba encima, le disparó un tiro que le produjo la muerte, ¿cabe estimar que en este homicidio no concurrió la* **racionalidad del medio empleado para repeler la agresión?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, confundiendo lastimosamente la necesidad *absoluta* con la necesidad *racional*, entendió que no concurría esta última y condenó al procesado á seis meses y un día de prisión correccional. Mas el Tribunal Supremo, llamado á decidir el recurso que contra dicha sentencia interpuso la defensa del reo, la *casó*, declarando que el procesado había obrado en su *justa* defensa con *todos* los requisitos del artículo 8.º, núm. 4.º del Código. (Sentencia de 26 de Febrero de 1883, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto.)

CUESTION XII. *El que sintiéndose herido de improviso, y de noche en la cabeza, pecho y brazo por un disparo de arma de fuego que se le hiciera, se echa inmediatamente encima de su agresor y con una navaja le causa una lesión en el costado que le produjo la muerte á los pocos días, ¿empleó un* **medio racionalmente necesario** *para repeler la agresión de que fué objeto?*—No lo estimó así la Audiencia de Ávila, la que, declarando que sólo concurrieron dos requisitos del núm. 4.º del art. 8.º, á saber, la agresión ilegítima y falta de provocación por parte del procesado, pero no la necesidad racional del medio empleado, le condenó á tres años de pri-

sión correccional, accesorias, indemnización de 1.000 pesetas y costas. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo la completa irresponsabilidad del acusado, fundándose en que siendo un hecho indiscutible que éste no provocó el suceso, y que inopinadamente, de noche y á corta distancia, fué herido en la cabeza, pecho y brazo por el interfecto, que disparó contra él y otro un arma de fuego cargada con perdigones, de modo que al no huir aquél, ya que desconocía si con esa arma podrían todavía ofenderle, y al echarse inmediatamente encima de su adversario y causarle con una navaja la lesión que á los cuatro días le produjo la muerte, obró *proporcionadamente* y *con medios adecuados á la agresión*, siendo indudable que concurrieron en favor suyo no sólo las circunstancias 1.ª y 3.ª del núm. 4.º del art. 8.º del Código, sino también la 2.ª, ó sea la *necesidad racional del medio empleado para la defensa*, por lo que la Audiencia de lo criminal de Ávila incurrió en error de derecho é infringió á la vez las disposiciones legales citadas. (Sentencia de 17 de Mayo de 1883, publicada en la *Gaceta* de 8 de Septiembre.)

CUESTION XIII. *Si el interfecto, disputando con el procesado sobre sus opiniones políticas, dió á éste una bofetada y sacó una navaja para acometerle, y sacando el procesado entonces una pistola para el caso de que su agresor le acometiera de nuevo, como éste se fuese hacia él con la propia navaja en la mano, le disparó un tiro, cuyo proyectil le hirió en un brazo que fué preciso amputar, produciéndose la infección purulenta y la muerte á los pocos días; supuesta la realidad de la* **agresión** *de que fué objeto el procesado y la* **falta de provocación** *por parte del mismo, ¿deberá estimarse que no concurrió en el hecho el tercer requisito de la* **racionalidad del medio empleado** *para repeler la agresión?*—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, la que condenó al procesado á cuatro años, dos meses y un día de prisión correccional. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del reo por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, proclamando la completa irresponsabilidad del acusado: «Considerando que reconocido y declarado por la Sala sentenciadora que Pablo Abad Ibáñez, al lesionar á Santiago Puertas, obró en defensa de su persona, mediante *agresión ilegítima* de éste y sin *provocación* de aquél, el *medio* que empleó para impedir y rechazar el acometimiento armado de que por segunda vez fué objeto, cuando para librarse de él se preparó con un arma de fuego, fué *racionalmente necesario* para tal fin, dadas las circunstancias del caso y el grave riesgo que significaba la actitud del Puerta al dirigirse á él con navaja en mano; y al no estimarlo así la Sala ha infringido el art. 8.º del Código en su núm. 4.º y circunstancia 2.ª» (Sentencia de 6 de Junio de 1883, publicada en la *Gaceta* de 24 de Septiembre.)

CUESTION XIV. *Cuando del proceso resulta que acompañando, por disposición del teniente alcalde de un pueblo, el guarda jurado del mismo á varios sujetos á la casa del Alcalde para darle parte de ciertos hechos punibles ocurridos aquella noche, al pasar por delante de una taberna, de un grupo de varias personas que había junto á ella, salió la voz de «desarmar al guarda,» dirigiéndose el grupo hacia el mismo, dando éste la voz de «alto,» que no obedecieron aquéllos, y por el contrario insistieron en su idea, visto lo cual por el guarda les hizo un disparo á la distancia de diez ó doce pasos, hiriendo á tres de ellos en las piernas, de cuyas resultas falleció uno, habiendo curado los dos restantes antes de los noventa días sin impedimento ni deformidad; dada la* **agresión ilegítima** *de que fué objeto el guarda y la* **falta de provocación** *de su parte, ¿deberá estimarse que tuvo también* **necesidad racional del medio empleado para repelerla,** *y por ende, procederá declarar la* **total exención de responsabilidad** *del mismo?*—No lo entendió así la Audiencia de lo criminal de Tarragona, la que apreciando la concurrencia en el hecho de los dos primeros requisitos, mas no del tercero, condenó al procesado á la pena de seis años de prisión correccional. Mas interpuesto por éste recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo la completa exención de responsabilidad criminal del acusado por los fundamentos siguientes: «Considerando que reconocido por la Audiencia sentenciadora que el guarda Calvet obró movido por *agresión ilegítima*, sin *provocar el suceso* ni á los que le ocasionaron, dadas las circunstancias anteriores y coetáneas, fué racional por todo extremo el disparo hecho para impedir el enunciado acometimiento, porque su calidad de agente de la Autoridad le imponía el deber de hacerse respetar, rechazando con el uso del arma puesta en sus manos para este objeto, después de ver desatendida su prudente intimación, el acto colectivo de fuerza indicado por las palabras y la insistente actitud de las personas sobre quienes empleó sus medios legales de defensa: Considerando que al no estimarlo así dicha Audiencia ha infringido el núm. 4.º del artículo 8.º del Código penal, etc.» (Sentencia de 18 de Diciembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 20 de Marzo de 1884.)

CUESTION XV. *Cuando se admite la* **agresión ilegítima** *de que fué objeto el procesado, acometido y herido con arma blanca por el interfecto, y asimismo se admite que* **no provocó** *en modo alguno dicha agresión, ¿deberá desecharse el requisito de la* **necesidad racional del medio empleado** *para repeler la agresión por dicho procesado que con la misma arma con que fué herido ó con otra que tuviera en su poder mató á su agresor, fundando la Sala la no admisión de dicho requisito en que el procesado* **pudo huir,** *refugiarse en una casa próxima al sitio del suceso, y obtener el auxilio que podían proporcionarle las personas que en ella ha-*

bta?—En estas consideraciones se apoyó la Sala de justicia de la Audiencia de Palma para desestimar en el hecho de autos la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, y con arreglo al art. 87 del Código, condenó al procesado á la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión correccional. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º, número 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, aun en el supuesto poco probable de que el procesado hubiese podido huir hacia la casa inmediata al sitio de la ocurrencia para obtener el auxilio de las personas que allí se encontraban, la insuficiencia de este medio, por cuya omisión se inculpaba al recurrente en la sentencia, está demostrada por los mismos hechos que en ésta se refieren, puesto que consta en ella que habiendo gritado el procesado invocando á la Virgen Santísima en el momento en que fué acometido y herido, istantáneamente acudieron tres de dichas personas, y sus esfuerzos no bastaron para que cesara la agresión y se separaran los contendientes, produciendo sólo que el padre del agredido saliese también gravemente lesionado por el agresor; que en la precisión en que se halló el procesado de apelar á otros medios de defensa, el que emplease uno enteramente semejante al usado para el ataque, bien fuera éste la misma navaja del agresor, única arma que se encontró en el sitio de la ocurrencia, bien otra de la misma clase que consigo llevara, dada por otra parte la violencia de la agresión é inminente peligro de muerte en que ponía al agredido, no puede decirse que excediese los límites de la necesidad racional, por lo que la Sala, no apreciando la concurrencia en el hecho de este requisito indispensable para la completa exención de responsabilidad criminal, infringió el artículo 8.º, núm. 4.º del Código.» (Sentencia de 24 de Diciembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 30 de Marzo de 1884.)

CUESTION XVI. *Supuesta la existencia de* **agresión ilegítima** *con peligro de muerte para el acometido, y la* **falta de provocación** *por parte de éste, ¿deberá dejar de apreciarse el requisito de la* **necesidad racional del medio empleado** *para repeler aquélla, so pretexto de que habiéndose verificado la agresión en la calle, pudo el acometido, con sólo atravesar la acera, refugiarse en la casa de donde salió, con seguridad de amparo, ó en un café contiguo, y aun pudo hacer frente á su adversario sin asestarle la puñalada que le dirigió al corazón, produciéndole la muerte instantánea?*—Fundada en estas consideraciones la Audiencia de Madrid, dejó de estimar dicho requisito de la necesidad racional del medio empleado, y condenó al procesado á la pena de tres años de prisión correccional. Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia, declaró la *completa* exención de responsabilidad del acusado: «Considerando que declarado que Manuel López obró en defensa de su persona ilegítimamente

acometida con golpes de palo y una navaja que casualmente no le hirió, y sin provocación ninguna de su parte, es preciso reconocer su acto contra Alejandro Gutiérrez como *medio racional* pura impedir de manera suficiente posible agresión ulterior, y para rechazar la violencia ya sufrida, toda vez que la posibilidad señalada en la sentencia de excusar de varios modos las consecuencias del suceso no excluye la *relativa necesidad* en que se vió de responder prontamente con fuerza idéntica á la de que fué objeto, tanto menos cuanto que no se infiere del fallo reclamado que esos modos á que alude fueran otros que el inseguro de la *huída* ante adversario prevenido y resuelto, ó el empleo de fuerza menor que la usada, cuya eficacia no era fácil graduar en aquel instante de sorpresa: Considerando, por tanto, que la Sala sentenciadora al no estimarlo así ha infringido las disposiciones legales citadas en el recurso, etc.» (Sentencia de 17 de Junio de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Octubre.)

CUESTION XVII. *¿En qué estribará, pues, esencialmente la* **racionalidad del medio empleado** *para impedir ó repeler una agresión ilegítima?*—El Tribunal Supremo ha declarado que la necesidad racional de los actos ejecutados por el que obra defendiendo su persona ó derechos estriba en la *proporción* de los medios empleados para impedir ó repeler la agresión y los utilizados por el agresor para intentarla y cometerla, y *no en el mayor ó menor daño* que éste cause ó resulte de la defensa. (Sentencia de 17 de Junio de 1884, publicada en la *Gaceta* de 23 de Octubre.)

CUESTION XVIII. *Cuando se declara probado que el procesado sin provocación alguna fué reiteradamente agredido por un tercero y huyó corriendo, y tras él el agresor faca en mano, á quien hirió menos gravemente de una pedrada en su huída, ¿podrá dejar de apreciarse el requisito de la* **necesidad racional** *del medio empleado para repeler la agresión, porque el procesado en el acto del juicio negó haber tirado piedra alguna ni herido á su adversario?*—Así lo estimó la Audiencia de San Clemente. Mas interpuesto contra su sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que declarada la existencia jurídica de la agresión ilegítima insistente y agravante dirigida á Balbino Francisco Alberca por Atanasio López, así como la falta de provocación de aquél, la Audiencia sentenciadora, al no reconocer en el hecho de disparar el primero en su huída una piedra sobre el segundo, cuando era perseguido por éste armado de una faca, el empleo de un medio racional para impedir en aquel riesgo de momento el éxito del propósito manifiesto del agresor, *confesara ó no el procesado en el juicio*, porque la certeza de los hechos y no la forma de exculpación es regla segura de criterio, ha infringido la disposición legal invocada en primer término, é incurrido en el error de derecho atribuído en congruencia con ella, etc.»

(Sentencia de 8 de Octubre de 1884, inserta en la *Gaceta* de 31 de Diciembre.)

CUESTION XIX. *Si al retirarse por la noche una persona á su casa, situada en un paseo algo retirado de una ciudad, al llegar á un punto en que no había alumbrado oyó la voz de un hombre que, á una distancia de unos ocho pasos, le dijo: «Boca abajo y entrega el dinero,» por lo que le disparó inmediatamente y casi al mismo tiempo dos tiros con una pistola, distinguiendo acto seguido la voz de un amigo suyo (que era el que disimulando ésta, le había hecho la intimación), que decía: «¡Ay, que me han matado!»; y acudiendo en su auxilio, sostuvo su cuerpo, que se desplomaba, diciéndole: «Miguel, Miguel; habla, por Dios, que me vas á perder,» comprendiendo entonces que había sido objeto de una broma, y no recibiendo respuesta y observando que su amigo era cadáver, se retiró de aquél lugar; ¿deberá declararse* **exento de responsabilidad in totum** *al autor de ese* **homicidio,** *en tales circunstancias realizado, por haber obrado en justa defensa de su persona, con todos los requisitos que exige el art. 8.º, núm. 4.º del Código?*—No lo estimó así la Audiencia de lo criminal de Málaga, que sólo apreció á favor del acusado *dos* de dichos requisitos, mas no el de la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, por lo que le condenó á ocho años y un día de prisión mayor, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del procesado, que alegó la completa irresponsabilidad del mismo, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso por los fundamentos siguientes: «Considerando que cuando uno obra en defensa de su persona y derechos, hay que apreciar la racionalidad del medio empleado para defenderse, teniendo en cuenta la relación que exista entre éste y las circunstancias de la agresión, así como el miedo fundado que haya podido inspirar en el ánimo del agredido: Considerando que la intimación que hizo Miguel Martín Sánchez á Manuel Pérez y Jiménez para que se echase boca abajo y entregara el dinero en un sitio apartado de la población de Málaga que se encuentra sin público alumbrado y á hora de las nueve de la noche, que en el mes de Enero debe conceptuarse como bastante avanzada, es muy suficiente para que el recurrente creyese en la inminencia de un peligro real contra su vida é intereses, y para que intentara y apresuradamente tratase de vencerlo por el medio que primeramente se le ocurriera, cual fué el de disparar contra su agresor la pistola con que al parecer iba preparado, medio tanto más relacionado con la gravedad é importancia de la agresión, cuanto que no se demuestra la facilidad de eludir de otra manera una agresión de semejante naturaleza, ni puede exigirse á la persona que así se ve agredida serenidad de juicio suficiente para ver y adoptar algún otro medio menos violento: Considerando que esto supuesto, la Audiencia de lo criminal de Málaga ha incu-

rrido en error de derecho al imponer á Manuel Pérez y Jiménez la pena de ocho años y un día de prisión mayor, por estimar que faltaba el segundo de los requisitos mencionados en el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, etc.» (Sentencia de 17 de Marzo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 12 de Octubre, págs. 172 y 173.)

CUESTION XX. *Si el procesado, al sentirse herido repentinamente por un disparo que le hiciera un sujeto que pocos momentos antes le había lesionado también en la cabeza con un palo, se arrojó sobre él, le derribó al suelo y le infirió en esta posición varias lesiones que por accidente posterior le produjeron la muerte, ¿deberá estimarse que no tuvo* **necesidad racional** *del medio empleado para repeler la agresión?*—La Audiencia de Colmenar Viejo así lo entendió, y apreciando tan sólo los dos requisitos de *agresión ilegítima* y *falta de provocación* por parte del procesado, condenó á éste á ocho años y un día de prisión mayor. Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia en virtud del recurso interpuesto contra la misma por la defensa del reo, declaró que concurrían á favor de éste *todos* los requisitos necesarios para eximirle de toda responsabilidad: «Considerando que Santiago Borregón se lanzó sobre Trifón Botello y le derribó en tierra, infiriéndole en esta posición las lesiones que por accidente posterior produjeron su muerte en el mismo instante de sentirse herido á consecuencia del disparo que repentinamente y á corta distancia le hizo aquél al salir el recurrente de la taberna, después de haber sido herido anteriormente en la cabeza por el mismo Botello con una piedra que le arrojó, por lo que es evidente que ejercito el derecho natural de defensa contra una agresión ilegítima que no provocó por su parte, según estima el Tribunal sentenciador, y que también empleó un medio racional para repelerla, puesto que la índole y gravedad de dicha agresión permite creer fundadamente en la necesidad que tuviese el herido Santiago Borregón de inutilizar al agresor para no ser su víctima si le dejaba en disposición de ofenderle de nuevo: Considerando que la Audiencia de lo criminal de Colmenar ha incurrido, por lo tanto, en error de derecho al no apreciar la existencia del segundo de los requisitos enumerados en el núm. 4.º del artículo 8.º del Código penal, y al imponer á Santiago Borregón la pena de ocho años y un día de prisión mayor por el homicidio de Trifón Botello, aplicando el art. 87 del mismo, en vez de estimar la concurrencia de los tres requisitos necesarios para la exención de responsabilidad, etc.» (Sentencia de 30 de Abril de 1885, publicada en la *Gaceta* de 6 de Diciembre, pág. 272.)

CUESTION XXI. *Encontrándose procesado é interfecto en una tahona donde trabajaban, el segundo dijo al primero que le bajara un costal de harina, y como no quisiese hacerlo, le acometió con un machete lesionándole en la cabeza, y entonces el procesado sacó un cuchillo é infirió á su agresor*

tan grave lesión que falleció de ella á los pocos momentos: ahora bien, supuesta la **agresión ilegítima** *y la* **falta de provocación** *del procesado, ¿deberá estimarse que el* **medio empleado** *por éste* **no fué necesario**, *porque pudo dar cuenta á su amo de lo ocurrido ó ser auxiliado por las personas que se encontraban inmediatas?*—Fundada en esta consideración dejó la Audiencia de Madrid de estimar este requisito de la justa defensa, y apreciando tan sólo el 1.º y 3.º, condenó al procesado á tres años de prisión correccional. Mas el Tribunal Supremo, llamado á resolver el recurso interpuesto contra dicha sentencia, declaró, al *casarla*, que el *medio empleado* fué *racional:* «Considerando que el núm. 4.º del artículo 8.º del Código penal sanciona el derecho de repeler con la fuerza la empleada ilegítimamente contra una persona cuando las consecuencias probables de la agresión exigen racionalmente que por acto propio se evite, aun con daño del adversario, un riesgo que deba juzgarse inminente: Considerando que reconocida en la sentencia reclamada la realidad de una agresión ilegítima por todo extremo violenta sobre Valentín de Pablo, que no la provocó, al herir éste á Fernández, en cuanto lo fué por él de golpe de arma que era de temer repitiera, obró en defensa de su integridad personal ofendida y amenazada, y empleó para ello el medio más adecuado que al alcance tenía, racional además en aquel momento en que podía juzgar poco eficaz invocar auxilio extraño, sobre todo si para lograrlo había de enterar del suceso á las personas que hubieran de prestárselo, y para ello dejar naturalmente más fáciles los movimientos y acción del agresor; y Considerando, por tanto, que la Sala sentenciadora ha incurrido en el error de derecho que sirve de fundamento al recurso por la infracción legal invocada, etc.» (Sentencia de 7 de Marzo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 21 de Febrero de 1886, pág. 48.)

CUESTION XXII. *Al guarda jurado de un monte público que hiere mortalmente á un sujeto que le acometiera cuchillo en mano, ¿podrá dejar de eximírsele de responsabilidad* **in totum** *porque con preferencia al medio empleado pudo y debió apelar á la huída?*—Fundada en esta consideración la Audiencia de Albuñol dejó de estimar el segundo requisito del número 4.º del art. 8.º del Código, y apreciando tan sólo los de agresión ilegítima y falta de provocación del procesado, condenó á éste á ocho años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del reo, por infracción del núm. 2.º del art. 8.º número 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que en el hecho, además de los dos requisitos del número 4.º del art. 8.º del Código penal, concurrió también el 3.º, ó sea la necesidad racional del medio empleado por José Jesús Marqués para repeler la agresión de que fué objeto, por cuanto usó de un arma análoga y semejante á la del ofensor, y si bien estuvo éste por algunos minutos su-

jeto, no por eso se suspendió ni perdió su carácter de gravedad la agresión, puesto que continuó el Luis Marqués empuñando el cuchillo, profiriendo amenazas é injurias contra el Alcalde, el guarda procesado y el mismo Juez municipal que le detenía, y forcejeando por desasirse, como lo consiguió, actos que imponían al José Jesús Marqués la necesidad de estar apercibido á la defensa, siendo por consiguiente racional y necesario el medio que empleó, pues recurrir á la fuga, además de comprometer más gravemente su vida, hubiera sido faltar á los deberes de su cargo: Considerando que al no estimarlo así el Tribunal sentenciador ha cometido error de derecho é infringido los arts. 1.º y 8.º del Código penal, éste en su cuarta circunstancia, dando lugar á la casación que establece el núm. 5.º del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal.» (Sentencia de 30 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 8 de Marzo de 1886, pág. 109.)

CUESTION XXIII. *La posibilidad del empleo de otro medio distinto del que usó el acometido para repeler la agresión de que fué objeto, ¿será motivo bastante para no estimar la* **necesidad racional** *de aquél, si el que se supone que pudo emplear era de dudoso resultado?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que supuesta la ilegítima agresión realizada por Juan Álvarez, primero contra la mujer de Antonio Hernández, á quien dió un golpe con el cayado, sin otro motivo que el ruego que le dirigió para que no comprometiese á su marido, y después contra éste mismo al acometerle con el expresado palo, es de apreciar como racional la defensa que el recurrente hizo de su persona pegando al agresor el único golpe en la cabeza que le produjo la muerte, ya se atienda á la actitud violenta resueltamente manifestada por el Álvarez, ya á la circunstancia de haber ido á buscar éste á su cuñado al lugar donde tenía su morada, ya al medio adecuado empleado para repeler la agresión, sin que pueda desvirtuarse la racional necesidad de dicho medio por la mera posibilidad del empleo de otros de dudoso resultado, que no siempre se ocurren fácilmente al que se ve violentamente agredido: Considerando que no habiendo además provocado el suceso Antonio Hernández Riquelme, debe ser declarado exento de responsabilidad criminal por la concurrencia de los tres requisitos determinados en el número 4.º del art. 8.º del Código penal con que hizo su defensa, habiendo incurrido en error de derecho la Audiencia de Murcia, que dejó de apreciar el segundo de aquéllos.» (Sentencia de 15 de Diciembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 30 de Abril, de 1886, pág. 175.)

CUESTION XXIV. *Cuando del juicio resulta que tratando un agente de Orden público de amarrar con una cuerda al procesado, que se hallaba en estado de embriaguez, como éste le manifestara que por qué le iba á amarrar cuando no había cometido delito alguno, le dió aquél una bofetada*

que le derribó y al levantarse le dió también un golpe con el sable, por lo que arrojándose sobre él el procesado y arrebatándole el arma, con ella dió á su vez al agente de la Autoridad, ocasionándole lesiones menos graves, ¿cabrá estimar que no tuvo el acusado **necesidad racional del medio empleado** *para repeler tan injustificada agresión?*—El Tribunal Supremo, al *casar* la sentencia condenatoria de la Audiencia de lo criminal de Málaga, resolvió la negativa: «Considerando que no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, en conformidad á lo determinado en el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, los que sin provocar el suceso obran en defensa de su persona ó derechos, previa agresión ilegítima y haciendo uso de un medio racional de impedirla ó repelerla: Considerando que esta disposición legal es perfectamente aplicable al procesado José Cortés, porque sin él provocar al agente de Orden público José Gómez del Río, y sin otro motivo que manifestarle, al tratar de amarrarle con una cuerda para conducirle á la prevención, que por qué lo hacía no habiendo cometido delito alguno, el expresado agente le dió una bofetada derribándole en tierra y un golpe con el sable al levantarse, en cuyo acto, apoderándose de él el José Cortés, infirió con él al Gómez lesiones que necesitaron diez y seis días para su curación, arrojando el sable al suelo al presentarse otro agente, sin oponer la menor resistencia, no obstante lo cual éste le dió varias cuchilladas que le obligaron á huir, haciendo, en su consecuencia, uso de un medio adecuado y legítimo de defensa, toda vez que debía presumir que el agente Gómez conservara otras armas en su poder con que seguir maltratándole: Considerando que al no estimarlo así la Sala sentenciadora y al condenar á José Cortés Martín, alias el Santo, como responsable de un delito de atentado y lesiones menos graves á un agente de la Autoridad, estimando dos de los tres requisitos que establece el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, ha infringido dicho artículo é incurrido en el error de derecho en que se funda el recurso interpuesto.» (Sentencia de 27 de Enero de 1886, publicada en la *Gaceta* de 24 de Mayo, págs. 233 y 234.)

CUESTION XXV. *El que hallándose solo en el campo y viéndose acometido y herido con un palo en la cabeza, responde á esta agresión disparando contra su adversario un tiro que le dejó instantáneamente muerto, ¿podrá decirse que se excedió en el medio empleado para repeler la agresión?*—Así lo estimó la Audiencia de lo criminal de Antequera, cuya sentencia *casó* el Tribunal Supremo, á excitación del Ministerio Fiscal, que recurrió contra aquélla, alegando y pidiendo la *completa* exención de responsabilidad del procesado: «Considerando que el procesado Juan Durán y Berdugo no es responsable legalmente de la muerte de José Trigo, porque siendo un hecho cierto, consignado en la sentencia recurrida, que no provocó el suceso y que al verse por éste primero amena-

zado y después acometido y herido con un palo en la cabeza, respondió á semejante ofensa disparando contra su adversario un tiro que le privó de la vida, por modo evidente resulta que obró en legítima defensa, ya que el medio empleado para repeler la injusta agresión, dadas las circunstancias de hallarse solo, sin auxilio y en el campo, fué adecuado, propio y racional: Considerando que la Audiencia de Antequera ha opinado de distinto modo y ha condenado á Durán Berdugo en tres años de prisión correccional, por faltarle, á su juicio, el último requisito indicado y que señala el núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, y ha infringido éste, incurriendo en el error de derecho que determina el núm. 1.º del artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal y que con acierto cita en su recurso el Ministerio público.» (Sentencia de 6 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto, pág. 77.)

CUESTION XXVI. *La mujer que ofendida en su pudor en medio de la calle, por acto directamente atentatorio al mismo, rechaza la torpe agresión de que es objeto dando un golpe con el puchero que llevaba en la mano al que de esta suerte la ofendiera, causándole una lesión menos grave, ¿podrá decirse que empleó un medio* **racionalmente innecesario** *para repeler dicha agresión?*—Así lo estimó la Audiencia de lo criminal de Salamanca, que condenó á la procesada á la multa de 125 pesetas. Mas interpuesto por su defensa contra dicha sentencia recurso de casación, que apoyó el Ministerio Fisfical en el acto de la vista, solicitando la completa irresponsabilidad de la procesada, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que al reconocer la Sala sentenciadora que á favor de la recurrente Paula Pérez concurren dos de los requisitos que legitiman la defensa de la persona, de agresión ilegítima y falta de provocación de parte del ofendido, no ha debido en modo alguno prescindir del tercero, relativo á la racionalidad del medio empleado para impedir aquélla, dado el atrevimiento del joven, que en medio de la calle intentó cometer un atentado contra el pudor, que ella no tuvo otro medio de evitar, en defensa de su honor, que darle en aquel acto un golpe con el puchero que llevaba en la mano que tenía libre, pues con la otra sujetaba en la cadera un cántaro de agua, sin que á la mujer que así se ve ultrajada y que obra instintivamente pueda exigirse que contenga su justo y natural arranque para apelar ó pedir un auxilio que podría llegar fuera de tiempo: Considerando que bajo tal concepto es de todo punto procedente el recurso interpuesto por la infracción de la circunstancia 3.ª del núm. 4.º del artículo 8.º del Código penal, etc.» (Sentencia de 26 de Noviembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 18 de Enero de 1887, pág. 62.)

CUESTION XXVII. *Cuando existe* **contradicción** *entre el* **resultando** *y el* **considerando** *de una sentencia respecto del hecho del que deba inferirse ó no la* **necesidad racional** *del medio empleado para impedir*

ó repeler una agresión, ¿habrá que atenerse, en casación, á lo que se dice en el resultando, ó á lo que en el considerando se consigna?—El Tribunal Supremo ha declarado que, en caso de duda, hay que atenerse á lo que se dice en los resultandos: «Considerando que la rapidez con que Vicente González Núñez contestó á la agresión de Juan Plaza Villaescusa, según se consigna en los resultandos de la sentencia recurrida y se comprueba por la corta distancia á que se hizo el disparo que produjo la muerte del último, distancia que no resulta que fuera mayor que la que mediaba entre agresor y agredido en el momento en que el Plaza hizo el primer disparo contra González, no permite apreciar que aquél fuera huyendo cuando recibió la herida que le causó la muerte, como afirma el Tribunal sentenciador en uno de los considerandos, contradiciendo así los hechos de los resultandos, á que es preciso atenerse en caso de duda, y que esto supuesto, aparece proporcionado y racionalmente necesario el medio empleado por González Núñez para defenderse de la agresión ilegítima de Plaza Villaescusa: Considerando, en tal concepto, que la Sala sentenciadora ha incurrido en el error de derecho y en las infracciones de ley que ha alegado la representación del recurrente, etc.» (Sentencia de 21 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 17 de Julio.)

CUESTION XXVIII. *Si el Tribunal sentenciador consigna, dun cuando sea en un considerando de la sentencia, que dada la forma en que ocurrió la lucha, la mano en que tenía el interfecto la pistola y el sitio en que recibió la herida, no pudo causársela el procesado mientras tuvo aquél el arma en su poder, deduciendo de ello que fué desarmado por el procesado antes de herirle, ¿cabrá apreciar la* **necesidad racional del medio empleado** *por éste para repeler la agresión de que, sin provocarla, fué objeto por parte del interfecto?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que al consignar el Tribunal sentenciador en uno de los considerandos de la sentencia que, dada la forma en que tuvo lugar la lucha, la mano en que el interfecto tenía la pistola y el sitio en que recibió la herida, no pudo causársela mientras el agresor tuvo el arma en su poder, de lo que deduce que fué desarmado por el recurrente, cuya afirmación, como apreciación de un hecho que la Sala sentenciadora hace dentro de su exclusiva competencia, hay que aceptarlo en casación como indiscutible, y por lo tanto, falta la necesidad racional del medio empleado al repeler la agresión, para poder estimar la exención completa de responsabilidad criminal por obrar en propia defensa.» (Sentencia de 12 de Abril de 1887, publicada en la *Gaceta* de 28 de Agosto, pág. 106.)

III.—FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DEL QUE SE DEFIENDE.

CUESTION I. *Al pasar un caballero por la plaza de un pueblo, como el tránsito estuviese interceptado por varios grupos, dice á uno de los que lo interceptaban que le hiciera paso, á lo que contesta el interpelado que pasase por los.....; replica aquél dando con un paso que llevaba un golpe en la cabeza del que semejante contestación indecorosa le diera; y entonces éste y un hermano suyo corren detrás del caballero navaja en mano, y alcanzándole lo arrojan al suelo, y con las navajas y un palo le causan varias lesiones, en cuyo acto saca el caballero una navaja, con la que infiere á uno de los agresores una herida que le produjo la muerte: admitida la* **agresión ilegítima** *y la* **necesidad racional** *del medio empleado para repelerla, ¿deberá estimarse que no procede la* **total exención de responsabilidad criminal** *del autor de este homicidio, por haber sido el mismo quien* **provocó suficientemente** *el suceso?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Burgos estimó que, si bien el acusado obró en defensa propia, no así con todos los requisitos del art. 8.º, núm. 4.º, por no concurrir el de *falta de provocación* por su parte, y le condenó en tres años de prisión correccional. Pero interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por los defensores del acusado, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que el hecho probado, que precedió á los demás, de la contestación *indecorosa* y *descriptiva* que dió el interfecto al procesado cuando éste le pidió *que le hiciera paso*, constituye la verdadera *iniciativa y provocación;* y que aun prescindiendo de esto, atendidas las circunstancias del caso, nunca procedería estimar el golpe dado por el procesado, después de recibida aquella respuesta, como *provocación suficiente* para motivar la agresión que contra él cometieron el interfecto y su hermano; que en el caso de autos existieron, por lo tanto, los tres requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal al procesado, con arreglo al art. 8.º, núm. 4.º del Código, y que al no acordarlo así la Sala sentenciadora infringió este artículo é incurrió en error de derecho, no apreciando á favor de aquél la mencionada circunstancia. (Sentencia de 15 de Diciembre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 6 de Febrero de 1875.)

CUESTION II. *¿Será motivo bastante para dejar de apreciar el tercer requisito de la* **falta de provocación suficiente**, *el que de la causa resulte que al parecer tuvieran una cuestión el día antes de la ocurrencia el agresor y el agredido?*—El Tribunal Supremo ha resuelto que no puede en este caso estimarse que hubo provocación por parte del procesado, que se defendió, porque aun estando probado que fuera éste quien pro-

vocó la cuestión el día antes, no siendo la provocación *próxima é inmediata al suceso*, no puede tomarse en consideración. (Sentencia de 2 de Marzo de 1877, publicada en la *Gaceta* de 9 de Agosto.)

CUESTION III. *Si habiéndose dispuesto un baile público en la plaza de un pueblo, previo permiso del Teniente Alcalde, por hallarse ausente el Alcalde, se presentó este último en la plaza por la tarde y ordenó que cesara inmediatamente el baile, porque no lo había autorizado; y en vista de la actitud hostil que tomaban los allí reunidos, se retiró á la Casa Consistorial con cuatro hombres y el Secretario, negándose á oir á los directores del baile, que reclamaban contra dicha medida; y como quiera que continuasen en actitud hostil los que se hallaban en la plaza, habiendo desarmado á dos de los cuatro hombres que guardaban la entrada de la Casa Consistorial y obligado á los dos restantes á refugiarse en ella para librarse del desarme, y como profirieran voces amenazadoras pidiendo la cabeza del Alcalde y Secretario, éstos se asomaron á la ventana, y desde allí hicieron varios disparos contra la multitud, resultando muerto un sujeto y lesionados otros, ¿deberá estimarse que en este hecho, al par que la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para repelerla, concurrió también el tercer requisito del núm. 4.° del art. 8.° del Código, ó sea la* **falta de provocación suficiente** *por parte del Alcalde y Secretario agredidos?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona estimó que concurrieron los dos primeros requisitos, mas no el tercero, y condenó á los procesados, autores del homicidio, á dos años de prisión correccional, y por cada una de las faltas incidentales de lesiones, á cinco días de arresto menor. Mas interpuesto contra dicha sentencia por el Alcalde el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo *dió lugar* á él, declarando que al deducir la Sala que el procesado tenía á su favor dos de los requisitos del número 4.° del art. 8.° del Código, á saber, la agresión ilegítima de que como Alcalde y particular era objeto por parte de los amotinados y la necesidad del medio empleado para repelerla, no debió desconocer que concurrió también el tercer requisito, ó sea la *falta de provocación suficiente*, porque en manera alguna es posible admitir como acto de provocación á la sedición, que hiciera necesario el acto de defensa, el de que, como Alcalde y en el lleno de sus atribuciones, impidiese la continuación del baile público que tenía lugar; antes bien, esta determinación, como de autoridad legítima, debió respetarse y acatarse, aun en el supuesto de que por parte de los que debían la obediencia se juzgase arbitraria ó inconveniente y digna de reclamación al Superior. (Sentencia de 31 de Octubre de 1877, publicada en la *Gaceta* de 21 de Enero de 1878.)

CUESTION IV. *Cuando en un homicidio ó en cualquier otro delito contra las personas se aprecia que el ofendido* **agredió ilegítimamente**

al ofensor y que éste tuvo **necesidad racional del medio empleado** *para repeler la agresión, ¿podrá el Tribunal dejar de apreciar en el hecho la concurrencia del tercer requisito del art. 8.º, núm. 4.º del Código, ó sea la* **falta de provocación suficiente por parte del que se defiende,** *deduciendo de meras hipótesis ó conjeturas la no concurrencia de dicho requisito, y dejando, por ende, de eximir totalmente de responsabilidad criminal al acusado?*—En una causa de homicidio, en que no hubo más prueba que la confesión del reo, manifestó éste que en el acto de tomar agua para regar una tierra, el interfecto, armado de una escopeta, llegó á él disputándole la preferencia al riego, á la cual se opuso, por lo que aquél, muy encolerizado, le apuntó con la escopeta, diciéndole que le iba á matar, en cuyo momento le apartó con rapidez el arma, y con un azadoncillo que tenía en la mano dió á su adversario un golpe en la cabeza, que le derribó al suelo. La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, estimando que el procesado obró en defensa de su persona contra la agresión ilegítima de que fué objeto, y que para rechazarla empleó medio racionalmente necesario, pero que no concurrió la falta de provocación suficiente por parte del reo, porque éste, con su oposición á las pretensiones, *tal vez* justas, de su contrario, llevó la cuestión al terreno de la fuerza, lo condenó á la pena de seis años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, por infracción del art. 8.º, núm. 4.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que estimada por la Sala sentenciadora la concurrencia de las dos primeras circunstancias; sin que sus declaraciones sobre estos extremos hayan sido reclamadas, para no reconocer la exención total de responsabilidad del procesado, sería de todo punto preciso que los hechos por aquel Tribunal consignados afirmaran la existencia de una *provocación* de Riomoros á su adversario, y además que tal provocación, atendidas sus circunstancias de relación, de lugar y de tiempo, fuera *suficiente*, es decir, *adecuada*, *bastante* y *proporcionada* á la agresión de ella nacida: Considerando que la oposición no especificada de Riomoros á las pretensiones de Martín, que la sentencia presume pudieran ser justas, subiendo por conjeturas á una inducción que, por carecer del necesario apoyo en datos seguros, más autoriza que excluye la contraria para los efectos penales, y la consideración, que también sirve de base al fallo en la parte que es materia del recurso, de que el procesado llevara así la cuestión al terreno de la fuerza, sin señalarse de manera concreta é indudable el acto que por ello ejecutara, no relacionadas con previas afirmaciones de hecho indispensables para su valoración jurídica, no conducen por modo natural, lógico y legal á la aserción de la realidad notoria de una provocación suficiente á producir la agresión de muerte reconocida y declarada; y considerando, por

tanto, que el recurso deducido procede en cuanto la Sala sentenciadora no estimó, infringiendo el artículo del Código citado á este fin, la concurrencia en el hecho procesal de la 3.ª de las circunstancias antes notada, por lo cual ha incurrido en el error de derecho que se le atribuye; Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso de casación, etc.» (Sentencia de 20 de Febrero de 1883, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto.)

CUESTION V. *Para que proceda la estimación del tercer requisito de la* **falta de provocación suficiente por parte del que se defiende,** *¿bastará que ésta se presuma, ó será necesario que* **conste de un modo indudable** *que el procesado* **no provocó el suceso?**—El Tribunal Supremo ha resuelto esto último: «Considerando que si bien obró Lacueva con los dos requisitos expresados en los núms. 1.º y 2.º del 4.º del art. 8.º del Código penal, no es procedente la exención de responsabilidad criminal á que se dirige el recurso; porque desconociéndose, al decir de la sentencia, las palabras de disputa que mediaron entre ambos contendientes, y no expresándose quién de ellos dió verdadero motivo á que se agriara la cuestión suscitada, no consta, de la manera concreta que toda excepción requiere para su eficacia enfrente de las prescripciones legales, que no provocara el acto de fuerza.» (Sentencia de 5 de Abril de 1886, publicada en la *Gaceta* de 19 de Agosto, págs. 112 y 113.)—Igual doctrina se consigna en esta otra Sentencia del propio Tribunal Supremo: «Considerando que todas las circunstancias eximentes del art. 8.º del Código penal son circunstancias de *excepción*, debiendo por lo tanto, acreditarse los requisitos que los constituyen, sin que en ningún caso baste la mera suposición de los mismos: Considerando que al hacer aplicación la Sala de lo criminal de la Audiencia de Sevilla del art. 87 del Código penal, estimando que hubo agresión ilegítima por parte del difunto Manuel Grana, pero que faltó la necesidad racional del medio de defensa que empleó José Pérez Sabas, no dice nada sobre si hubo ó no provocación por parte de éste, constando sólo que se promovió cuestión entre ellos sobre los trabajos de profesión, y que aun cuando, supuesta la agresión ilegítima apreciada por la Sala, hubiese que reconocer la necesidad racional del medio empleado para la defensa, siempre resultaría injustificado otro de los requisitos necesarios para la exención de responsabilidad á que se refiere el núm. 4.º del art. 8.º del expresado Código: Considerando que, esto supuesto, no procede la casación de la sentencia en el sentido pretendido por el recurrente, etc.» (Sentencia de 24 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 13 de Febrero de 1885.)

CUESTION VI. *Cuando se acepta que el procesado mató á una mujer en defensa de su propia persona, por haber sido agredido ilegítimamente por aquélla, puñal en mano; y que al disparar contra la misma un tiro*

de revólver que la privó de la vida se valió de un medio racional de defensa, dada la insistencia de la agresión, las condiciones de la agresora y del sitio donde tuvo lugar el suceso, ¿deberá dejar de apreciarse el tercer requisito de la **falta de provocación suficiente** *por parte del que se defiende, porque momentos antes el procesado despidiera é intentara echar de su casa á la expresada mujer,* **tuviera ó no con ella relaciones ilícitas?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que todos estos requisitos (los del art. 8.°, núm. 4.° del Código) son de estimarse en favor del recurrente D. Edmundo Meric y Meric, y al juzgar el hecho de haber dado muerte á Petra Hernández y Gracia, porque en el supuesto, por nadie contradicho y aceptado por la Sala sentenciadora, que aquél en defensa propia á impulsos y llevado de una injusta agresión, para rechazar ésta, se valió de un medio racional de defensa, como fué el disparar un tiro de revólver que privó de la vida á su enemigo, ó sea á la Hernández, con mayor fundamento debe apreciarse que él no provocó lo bastante á ésta ni la dió motivo serio y justificado para el acometimiento con puñal en mano y la repetida amenaza de que iba á matarle; porque no lo era en verdad y tan graduado como la Ley exige el que momentos antes despidiera ó intentara echar de su casa á la mencionada Hernández, *tuviera ó no con ella relaciones ilícitas*, ni el que, al mediar entre ambos algunas contestaciones, los dos se agarraran y se maltrataran mutuamente. Considerando que la Sala de la Audiencia de esta Corte, separándose en la sentencia que ha dictado del criterio jurídico expuesto, ha condenado á D. Edmundo Meric y Meric en tres años de prisión correccional, en el concepto de que no han concurrido en su favor todos los requisitos que eximen de responsabilidad penal y ha infringido el artículo del Código antes citado, incurriendo en el error de derecho que señala el núm. 1.° del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal, etc.» (Sentencia de 8 de Julio de 1886, publicada en la *Gaceta* de 7 de Septiembre, págs. 160 y 161.)

Art. 8.°... 5.° 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 civil, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor. (Art. 8.°, número 5.° del Cód. de 1850.—Arts. 328 y 329 Cód. fran.)

La irresponsabilidad en el orden penal del que comete un hecho definido y castigado en el Código, para defender á un pariente suyo dentro de los grados que en este artículo y número se mencionan, se funda no sólo en un sentimiento de humanidad, sino en el impulso de la sangre que precipita irresistiblemente al hombre en los mayores peligros para salvar á seres con quienes le unen vínculos tan estrechos. La *agresión ilegítima* sigue siendo el primer elemento, *esencial, primordial*, de este caso de exención de responsabilidad criminal: sin ella no cabe invocar la aplicación de este artículo, ni para la *exención incompleta*, ni aún para la *atenuación* de la culpablidad. Requiere en segundo lugar la Ley, como para el caso de defensa propia, que exista la *necesidad racional* del medio empleado para impedir ó repeler la agresión. (Veáse lo que de ella se ha dicho en el comentario del número anterior.) Finalmente, para que sea del todo excusable la defensa del pariente, es preciso que en caso de haber precedido provocación por parte del agredido, no haya tenido en ella participación el defensor: lo cual se justifica perfectamente, pues si la provocación puede perjudicar al que la hizo, no así al defensor que no tomó parte en ella y sólo se lanzó á proteger y amparar á su pariente á impulsos de un noble y generoso sentimiento.

Veánse, ahora, las cuestiones que sobre este caso de exención nos ofrece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CUESTION I. *El que al regresar por la noche á su casa encuentra bañado en sangre y espirando á su padre político, y á su madre herida gravemente; y al ver al autor de estos hechos, que se encontraba aún en la casa, le acomete con un palo, causándole dos heridas que tardaron sesenta y siete días en curarse, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid le declaró autor del delito de lesiones graves con una circunstancia atenuante, y le condenó á cuatro meses y un día de arresto mayor. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de Enero de 1873, publicada en la *Gaceta* de 23 de Febrero, declaró que concurría en el hecho la circunstancia eximente de responsabilidad criminal que comprende este número, ya que el procesado al acometer y dar de palos al autor de la muerte de su padre político y lesiones á su madre, obró en defensa de la persona de sus ascendientes para evitar que continuara aquél causando más excesos y siguiese la mujer la desgraciada suerte de su esposo.

CUESTION II. *La hija que al ver á su padre contendiendo con otro y arrojado al suelo por su adversario, le tira á éste una piedra, causándole una lesión menos grave en la frente, ¿deberá estimarse que obró simplemente en* **vindicación próxima de una ofensa grave** *hecha á su padre, ó deberá ser declarada* **exenta de responsabilidad criminal,** *por haber obrado en* **justa defensa** *de la persona de aquél?*—La Sala de va-

caciones de la Audiencia de Valencia estimó lo primero y condenó á la autora del hecho á un mes y un día de arresto mayor. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa de ésta contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º, núm. 5.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, aun cuando hubiera de apreciarse como provocación por parte del padre de la procesada el hecho de haber ido á la barraca del ofendido y sacádole de ella, no resulta que en esto tuviera participación alguna dicha procesada; y como quiera que el haber echado y arrojado á tierra el lesionado al padre de aquélla constituye una agresión ilegítima, y que para repelerla usó la misma el medio que pudo emplear, atendidas las condiciones de su edad y sexo, es evidente que obró en defensa de su padre con todas las circunstancias necesarias para eximir de responsabilidad criminal, y que al no estimarlo así la Sala cometió error de derecho, infringiendo el ya citado núm. 5.º del art. 8.º del Código penal. (Sentencia de 18 de Noviembre de 1874, publicada en la *Gaceta* de 18 de Enero de 1875.)

CUESTION III. *Estando el Alcalde de un pueblo, al frente de varios auxiliares de su autoridad, rondando por las calles, los del bando contrario, dirigidos por un Regidor del mismo pueblo, disparan una escopeta á uno de aquéllos, dejándole muerto en el acto; y trabándose entonces lucha á tiros y puñaladas, el Alcalde acomete y mata á un individuo en el momento que tenía enfrente á su hermano, y éste dispara un tiro de revólver contra otro, produciéndole una herida grave en la espalda, siendo á la vez heridos, aunque menos gravemente, por los del bando contrario el Alcalde y su hermano, ¿deberán éstos ser declarados* **exentos de responsabilidad criminal,** *con arreglo al art. 8.º, núm. 5.º del Código, por haber obrado* **en defensa** *el uno del otro?*—No lo estimó así la Audiencia de Cáceres, la que calificando al Alcalde de autor del delito consumado de homicidio, y á su hermano de autor del propio delito frustrado, condenó al primero á diez y seis años de reclusión, y al segundo á nueve años de prisión mayor. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa de los procesados, por infracción del art. 8.º, núm. 5.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que, dados los hechos expuestos, ambos hermanos obraron *en defensa mutua* con los requisitos exigidos por la Ley, adquiriendo mayor fuerza esta exención al ser uno la primera Autoridad del pueblo que atacada obraba en el ejercicio de su cargo, y el otro como agente suyo en virtud de obediencia debida, y que, por lo tanto, al calificar la Sala estos hechos como delito de homicidio, condenando como autor del consumado al uno de ellos y de frustrado al otro, cometió error de derecho, por no haber calificado las circunstancias eximentes de responsabilidad que procedían. (Sentencia de 24 de Abril de 1876, inserta en la *Gaceta* de 5 de Agosto.)

CUESTION IV. *Cuando sin haber tomado parte alguna el procesado en una cuestión de pequeña importancia que mediara entre su mujer y la del interfecto, antes bien procurando harmonizarlas, al ver después á aquélla acometida por éste, que la descargó un palo en la cabeza, derribándola al suelo y lesionándola gravemente, saca una navaja, y dirigiéndose con ella al agresor le infiere dos lesiones en la cabeza y vientre, de las que falleció á los pocos días, ¿deberá apreciársele tan sólo la circunstancia atenuante de* **arrebato y obcecación,** *ó declarársele* **exento de responsabilidad criminal** *por haber obrado en* **justa defensa de su cónyuge?** —La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada estimó lo primero y condenó al procesado á doce años y un día de reclusión por dicho homicidio. Mas interpuesto por el mismo recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.º, núm. 5.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que el procesado obró indudablemente en justa defensa de su cónyuge, porque hubo la *agresión ilegítima* contra ésta por parte del interfecto; usó de un *medio racionalmente necesario* para repelerla, como era la navaja, única arma que llevaba, y no tuvo participación alguna en provocar el suceso, sino más bien procuró pacificar á todos, por lo que la Sala cometió error de derecho calificando sólo de atenuante una circunstancia eximente. (Sentencia de 14 de Diciembre de 1876, publicada en la *Gaceta* de 26 de Marzo de 1877.)

CUESTION V. *Si habiéndose trabado cuestión entre el interfecto y el padre del procesado, el primero dió un golpe al segundo con una romana, causándole algunas lesiones leves, agarrándose con este motivo y cayendo los dos al suelo, el interfecto debajo y el padre del procesado encima, y acudiendo este último y viendo á su padre con la cara ensangrentada, dió á su contrario dos ó tres golpes con una faca que llevaba, causándole instantáneamente la muerte, ¿deberá apreciarse simplemente á favor del reo la circunstancia atenuante de* **vindicación próxima de una ofensa grave hecha á su padre,** *ó la cuasi-eximente de haber obrado en* **defensa** *de éste con el mayor número de los requisitos que exige el art. 8.º, número 5.º del Código?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada calificó el hecho de asesinato con la expresada circunstancia atenuante, y condenó al reo á diez y siete años, cuatro meses y un día de cadena, accesorias, indemnización y costas. Mas el Tribunal Supremo no sólo casó y anuló dicha sentencia por haberse calificado indebidamente el hecho de asesinato (pues la alevosía en este caso era incompatible con la ninguna meditación ni preparación del hecho, ni con el móvil que impulsó á obrar al procesado), sino también por no haber estimado la Sala que concurrió el mayor número de requisitos que exige el art. 8.º, núm. 5.º para eximirle de responsabilidad criminal; pues si bien no tuvo el procesado necesidad ninguna de dar muerte al agresor de su padre, por cuanto en la

lucha trabada entre ambos había aquél caído debajo, es evidente que hubo *agresión ilegítima* del interfecto contra el padre de dicho procesado, y concurrió también la circunstancia *de no haber provocado* este último cuestión alguna con el interfecto; por lo que, con arreglo al art. 87 del Código, debió imponérsele la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada al delito, y no la de éste en su grado mínimo, como lo hizo la Sala (Sentencia de 2 de Octubre de 1877, inserta en la *Gaceta* de 25 de Noviembre.)

CUESTION VI. *El que, sin haber mediado en una disputa que tuviera un primo suyo con varios sujetos, al ver que uno de éstos le daba á aquél un palo que lo derribó al suelo y otro un navajazo, arroja una piedra á uno de los agresores, lesionándolo menos gravemente, y da una cuchillada á otro, de la que falleció á los pocos días, ¿deberá ser declarado* **irresponsable** *de estos hechos por haber obrado en* **defensa de un pariente** *consanguíneo dentro del cuarto grado civil, con todos los requisitos del número 5.º del art. 8.º del Código?*—La Audiencia de Sevilla estimó tan sólo la circunstancia atenuante de *arrebato*, y lo condenó á doce años y un día de reclusión por el homicidio y á la pena correspondiente á las lesiones. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia, el Tribunal Supremo declaró la *exención completa de responsabilidad criminal* del acusado: «Considerando que el impulso determinante y el fin á que se dirigieron los actos de Bartolomé Santaella no fueron otros que los de impedir y rechazar la agresión colectiva, armada é insistente de que á su vista fué objeto su primo hermano Antonio Santaella, bajo cuyo concepto le exime de responsabilidad, según el núm. 5.º del art. 8.º del Código penal, el haber obrado en defensa de éste contra la agresión ilegítima que le hicieron los hermanos Gallardo, empleando medios evidentemente necesarios para estorbar ó limitar las consecuencias probables de un acometimiento tan desigual y violento, sin que conste, ni aun se indique, que tomara parte en la provocación del suceso, puesto que el altercado se produjo entre el Antonio y el Rodríguez, etc.» (Sentencia de 27 de Abril de 1883, publicada en la *Gaceta* de 5 de Septiembre.)

CUESTION VII. *El* **hijo** *que, al ver que un tercero que estaba riñendo con su* **padre** *hace ademán de acometerle con una escopeta, se interpone entre ambos y descarga sobre aquél dos golpes con una horquilla que tenía en la mano, fracturándole un brazo, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal?**—La Audiencia de lo criminal de Carmona sólo apreció en el hecho una circunstancia atenuante á favor del acusado, á quien condenó á cuatro meses de arresto mayor, accesorias, indemnización y costas. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa del reo, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que no delinquen, y por consiguiente están exentos de

responsabilidad criminal, los que conforme al núm. 5.º del art. 8.º del Código penal obran en defensa de la persona de sus ascendientes, siempre que por parte del ofendido haya mediado agresión ilegítima, y de la de aquéllos, necesidad racional del medio empleado para impedir y repeler ésta, y la de que los mismos, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiesen tenido en ella participación: Considerando que esta circunstancia eximente de responsabilidad es de apreciarse en favor del procesado Ignacio Jiménez Bernal, porque obró en defensa de su padre en el acto de ver que, riñendo y cuestionando con Manuel Antúnez, éste, según se consigna en la sentencia de la Audiencia de Carmona, le acometió con una escopeta que llevaba, y porque sin provocar él la riña ni tomar parte en ella, opuso á la amenaza efectuada con esa arma de fuego, y al riesgo inminente que por virtud de ella podía correr la existencia de su padre, la racional y justa defensa de cortar á Antúnez la acción, dándole algunos palos en el costado y brazo derecho con un ástil ó mango de la horquilla que tenía en la mano, é infiriéndole la fractura de aquél, lesiones que, sin dejar impedimento ni deformidad, se curaron á los veinte días: Considerando que en esta atención, la Audiencia de Carmona, para apreciar que el hecho origen del proceso no era del todo excusable, y al resolver que, en todo caso, no existía más circunstancia que la primera del art. 9.º del Código, ha incurrido en los errores de derecho que apoyan el recurso, etc.» (Sentencia de 22 de Junio de 1883, publicada en las *Gacetas* de 26 y 27 de Septiembre.)

CUESTION VIII. *Si habiendo el interfecto disparado contra un hermano del procesado una pistola cuyo proyectil le ocasionó una lesión menos grave, y disponiéndose, además, á preparar el arma para hacer un nuevo disparo, el procesado disparó á su vez contra el agresor una pistola, causándole una herida mortal de necesidad, de la que falleció á los cuatro días, ¿podrá dejar de apreciarse en este caso la* **exención completa de responsabilidad** *criminal á favor del acusado?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Barcelona estimó tan sólo dos de los tres requisitos que exige la Ley para eximir de responsabilidad criminal al que obra en defensa de un hermano, por no haber concurrido, á su juicio, el de la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, y condenó al procesado á ocho años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa del reo, citando como infringido el art. 8.º, núm. 5.º del Código penal, por no haberse apreciado la exención completa de responsabilidad criminal, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso: «Considerando que son de apreciar las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal que señalan los núms. 5.º y 6.º del artículo 8.º del Código cuando el agente, sin provocar el suceso, obra en defensa de un hermano y sin el impulso de la venganza ó resentimiento

en favor de un extraño, concurriendo, por parte del perjudicado, agresión ilegítima y empleando aquél un medio racional para impedirla ó repelerla: Considerando que dentro de una y otra de las circunstancias citadas se halla el procesado Salvador Estrada Morera, porque sin incitar á nadie ni dar motivo para que José Ponts Claramunt disparara un arma de fuego é hiriera al hermano de aquél, Antonio Estrada, al ver que dicho Ponts inmediatamente, según se consigna en la sentencia, preparaba la pistola para dirigir á las muchas personas que había en la habitación un segundo tiro, él cortó la acción de éste é impidió y repelió su nueva agresión por un medio adecuado y proporcional, como sin duda alguna lo fué el causarle una lesión con otra arma de fuego que le produjo la muerte: Considerando que al separarse de este criterio legal la Sala de la Audiencia de Barcelona, en la sentencia reclamada, ha infringido los artículos del Código que se citan, y ha incurrido en el error de derecho de penar un hecho como delito á pesar de existir una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, etc.» (Sentencia de 14 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 11 de Marzo de 1885.)

CUESTION IX. *El que, viendo que á un hermano suyo le denostaba con frases insultantes un hombre en estado de embriaguez, y que, además, se arrojaba sobre él y le agarraba por la chaqueta, dándole varias sacudidas y haciendo ademán de sacar un arma del bolsillo, le dispara á dicho agresor un tiro que le produce la muerte, ¿será responsable de este homicidio con sólo la circunstancia atenuante de* **obcecación** *y* **arrebato**, *ó deberá apreciarse que concurrieron á su favor, si no todos, el mayor número de requisitos que exige la Ley para eximir de responsabilidad criminal al que obra* **en defensa de un hermano?**—La Audiencia de lo criminal de Almería estimó lo primero y condenó al procesado, menor de diez y ocho años y mayor de quince, á la pena de seis años y un día de prisión mayor. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 9.°, núm. 1.° del Código, en relación con el 8.°, núm. 5.°, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que para poder apreciarse la circunstancia de exención definida en el núm. 5.° del art. 8.° del Código penal es menester que exista una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para defender al agredido, y que, cuando haya precedido provocación de parte del acometido, no hubiese tenido participación en ella el defensor: Considerando que el hecho probado de haberse lanzado José Serrano y Serrano en estado de embriaguez sobre José Reyes Parrón, hermano del recurrente, sin provocación ninguna por parte de éste, y de haberle agarrado por la chaqueta dándole varias sacudidas, haciendo, por último, ademán de sacar algún arma del bolsillo, constituye una verdadera agresión ilegítima, que es la base y fundamento principal de la circunstancia de exención, sin que, esto no obstante, proceda

declarar la de Manuel Reyes Parrón, que disparó una pistola contra el agresor, al ver maltratado á su hermano de semejante manera, por no resultar bien marcada la necesidad racional de semejante medio de defensa, ya por razón del estado de embriaguez en que se hallaba el Serrano, ya porque no hubiera sido difícil sostenerle de manera menos violenta entre todos los del grupo, ya por la índole misma de la agresión realizada: Considerando que si, atendida la expuesta razón, no cabe eximir completamente de responsabilidad á Manuel Reyes Parrón, ha podido y debido apreciarse la circunstancia primera del art. 9.º, en relación con el número 4.º del art. 8.º, á los efectos de lo prevenido en el 87, por concurrir el mayor número de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad, y que la Audiencia de lo criminal de Almería ha incurrido en error de derecho al dejar de apreciar dicha circunstancia, etc.» (Sentencia de 31 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 20 de Marzo de 1885.)

CUESTION X. *El delito de* **atentado,** *¿excluirá la defensa que de su persona ó de las á que se refiere el núm. 5.º del art. 8.º puede hacer el ciudadano contra los actos* **abusivos** *é* **ilegítimos** *de un* **Agente de la Autoridad?**—El Tribunal Supremo ha declarado que también en el delito de atentado cabe la exención de responsabilidad criminal, completa ó incompleta, derivada de la justa defensa: «Considerando que aun cuando es delito de atentado el acometer á la Autoridad ó á sus agentes ó emplear fuerza contra ellos cuando se hallan ejerciendo las funciones de su cargo ó en razón de éstas, no excluye dicho delito la defensa que pueda emplear aquel que se ve abusiva é ilegítimamente agredido en su persona ó en la de cualquiera de aquellas á que se refiere el núm. 5.º del artículo 8.º del Código penal: Considerando que al maltratar el sereno Antonio Moreno á Josefa Martínez, esposa de Miguel García Benítez, dándole un empujón y una bofetada, sin otro motivo que el de haberse acercado aquélla para interceder por su marido, á quien los agentes llevaban detenido, realizó una ilegítima agresión que justificó la intervención del Benítez para repelerla por el medio que empleó; no obstante lo cual no procede su exención absoluta de responsabilidad, al tenor de lo prescrito en el núm. 5.º del art. 8.º del Código penal, cual pretende el recurrente, por haber sido éste quien con su inconveniente conducta é insultos dirigidos á los serenos provocó el suceso, si bien ha debido aplicarse la disposición del art. 87 del Código, y que en este sentido ha incurrido en error de derecho la Audiencia de lo criminal de Málaga, que ha prescindido de su aplicación.» (Sentencia de 6 de Diciembre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 19 de Agosto de 1885.)

CUESTION XI. *El que al ver á su padre golpeado con un palo por un tercero, da á éste una estocada que le produce la muerte, ¿podrá decirse que tuvo* **necesidad racional** *del medio empleado para repeler la agre-*

sión?—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando, respecto del recurso interpuesto por Francisco Gándara Vázquez, que al dar á José María Ortega la estocada que produjo su muerte, si bien lo hizo en defensa de su padre, sobre quien el Ortega descargó dos ó tres golpes con un palo, se excedió evidentemente en la defensa, ya por razón del instrumento de que al efecto se valió, ya porque se puede fundada y racionalmente creer que sólo con haberse interpuesto entre agresor y agredido hubiese podido contener á aquél, y aun sujetarle, ayudado por su mismo padre, etc.» (Sentencia de 16 de Junio de 1885, publicada en las *Gacetas* de 20 y 22 de Diciembre, pág. 328 y 329.)

CUESTION XII. *La* **falta de provocación** *por parte del que obra en defensa de un* **pariente**, *¿deberá acreditarse ó deducirse al menos de los hechos probados que resulten de la sentencia?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que la falta de provocación por parte del que sale á la defensa de un tercero no se supone, sino que es menester justificarla ó que se deduzca de los hechos probados que resulten de la sentencia, y en el caso del presente recurso ni está acreditada la existencia de semejante requisito, ni se puede inferir de los hechos conocidos, consignándose, por el contrario, como se consigna, que el origen de la desgracia consistió en las palabras que se cruzaron entre el Ortega y los Gándara, padre é hijo, hasta revestir la cuestión un carácter grave, por lo que es indudable que el Francisco Gándara tomó una parte directa en aquélla antes de venir á las manos, etc.» (Sentencia de 16 de Junio de 1885, publicada en las *Gacetas* de 20 y 22 de Diciembre, páginas 328 y 329.)

CUESTION XIII. *La mujer que al ver á su esposo acometido por un tercero, y ella sujeta del brazo izquierdo por un pariente de éste, saca del bolsillo un pequeño revólver con el que hace tres disparos al agresor de su marido, ¿deberá ser declarada* **exenta de responsabilidad** *criminal* **in totum?**—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de esta Corte, la que, calificando el hecho expuesto como constitutivo de un delito de disparo de arma de fuego, con la circunstancia atenuante primera del art. 9.º en relación con la quinta del 8.º, condenó á dicha señora á la pena de dos meses de arresto mayor. Mas interpuesto contra dicha sentencia, por la defensa de la procesada, recurso de casación, que apoyó en el acto de la vista el Ministerio Fiscal, por infracción del artículo 8.º, núm. 5.º del Código, porque en el hecho de que se trata concurrieron todos los requisitos que exige dicho artículo para eximir de responsabilidad criminal, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso: «Considerando que, dado por cierto en la sentencia reclamada que D.ª Herminia García, á pesar de hallarse sujeta del brazo izquierdo por D. Ceferino Luis del Corral, sacó del bolsillo de su traje un pequeño

revólver, y en defensa de su esposo D. Eduardo Blasco, que había venido á las manos de D. Alfonso Corral, dirigió contra éste tres tiros de dicha arma sin causarle daño alguno, no puede dudarse que en semejantes circunstancias, y cuando veía que su dicho esposo era herido y maltratado por su contrario, usó de un medio adecuado, propio y el único para repeler la agresión de éste, y en ese concepto han concurrido en favor suyo todos los requisitos de exención de responsabilidad que señala el núm. 5.º del art. 8.º del Código penal: Considerando que al no estimarlo así la Sala de lo criminal de esta Audiencia y al condenar á dicha García como culpable del delito de disparo de arma de fuego contra una persona, ha infringido el expresado artículo del Código, incurriendo en el error de derecho que determina el núm. 1.º del art. 849 de la ley de Enjuiciamiento criminal y que con fundamento se invoca en el recurso.» (Sentencia de 21 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 17 de Agosto.)

CUESTION XIV. *Aun cuando uno de los actos constitutivos de la agresión ilegítima no haya partido del agresor, si el que salió á la* **defensa de su padre** *pudo creer muy verosímilmente que dicho acto fué ejecutado también por aquél, y que su posible reiteración podía poner en peligro la vida de su dicho padre, ¿deberá apreciarse que al matar al agresor empleó el procesado un medio* **racionalmente necesario** *para garantir la vida del ser amado á quien se propuso defender?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: «Considerando que consta declarado probado en la sentencia reclamada que D. Antonio Martínez Antolinos, profesor de instrucción primaria, provocó repetidamente á los hermanos Pérez, primero en el atrio de la iglesia del pueblo, y una hora después en el bancal en donde los últimos se hallaban trabajando, á cuyo sitio fué á buscarlos Antolinos, abandonando sus deberes oficiales y armado de un palo y una pistola, sin que los indicados hermanos respondiesen á las reiteradas provocaciones y amenazas, hasta que viendo José Mariano Pérez que al acudir su padre hacia aquel punto se revolvió instantáneamente contra él el agresor en ademán hostil, y creyendo que peligraba la vida del sexagenario, corrió en su defensa con la azada con que estaba trabajando, y al mismo tiempo que sonó una detonación dió al Antolinos un golpe en la cabeza, causándole una lesión que á los pocos días le produjo la muerte: Considerando que en los hechos referidos no sólo aparecen visiblemente los dos requisitos eximentes del núm. 5.º del art. 8.º del Código penal, apreciados por la Sala sentenciadora, sino que resalta también de una manera por todo extremo evidente la *necesidad racional del medio empleado* por José Mariano Pérez para impedir ó repeler la agresión ilegítima ejercida contra su padre, puesto que lo vió airadamente amenazado por el agresor con un arma, cuyo primer disparo *pudo suponer* que había sido dirigido por el mismo contra el agredido, temiendo con

razón que se hiciera seguidamente algún otro que privase de la vida á aquel á quien debía la suya, y que estaba naturalmente obligado á defenderla: Considerando, en atención á lo expuesto, que el Tribunal *à quo*, al no estimar los tres requisitos de exención de responsabilidad criminal del núm. 5.º del art. 8.º en favor del procesado José Mariano Pérez, ha incurrido en el error de derecho y cometido las infracciones de ley aducidos como fundamento del presente recurso, etc.» (Sentencia de 24 de Mayo de 1886, publicada en las *Gacetas* de 13 y 14 de Septiembre, páginas 172 y 173.)

CUESTION XV. *El que al ver á su mujer acometida y atropellada por dos sujetos, con una cuchilla propia de su oficio de zapatero causa á uno de ellos una lesión menos grave, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad** *criminal* **in totum?**—La Sala de lo criminal de esta Audiencia declaró que sólo concurrían dos de los tres requisitos que exige la Ley para la completa exención del que obra en defensa de su mujer, á excepción de la *racionalidad del medio empleado*, y condenó al procesado á la multa de 125 pesetas, cuya sentencia *casó* el Tribunal Supremo, declarando la completa exención de responsabilidad de aquél: «Considerando que de los hechos probados que sirven de fundamento al fallo recurrido se deduce claramente la necesidad racional del medio que empleó Juan Vicente Bautista Romero para repeler la agresión ilegítima de que era víctima su mujer, acometida y golpeada á la vez por los hermanos García, porque en tal sitio y con tal moderación empleó la cuchilla, instrumento de su oficio, que llevaba en la mano, que sólo causó á uno de los agresores una lesión que tardó en su curación doce días: Considerando que en este concepto concurrieron en el hecho todos los requisitos de exención de responsabilidad criminal que exige el núm. 5.º del art. 8.º del Código penal, que ha infringido la Sala sentenciadora por no haberlo aplicado.» (Sentencia de 23 de Abril de 1887, publicada en la *Gaceta* de 30 de Agosto, pág. 128.)

CASO NOTABLE. Véase ahora el de un procesado condenado como autor de un delito de homicidio á doce años y un día de reclusión, á favor del cual obtuvo el Ministerio Fiscal de este Tribunal Supremo la *exención completa de responsabilidad criminal*, después de haber manifestado tres Letrados, nombrados sucesivamente para su defensa, que era *de todo punto improcedente* el recurso que aquél preparara ante el Tribunal sentenciador.

En las afueras del pueblo de Loza de Estepa tenía establecido Ricardo Reina Fernández un tiro de gallos, á cuyo espectáculo concurrieron varios de los vecinos de dicho pueblo el día 23 de Diciembre de 1885, á la una de la tarde, colocándose al efecto uno de dichos animales en el sitio determinado, al cual apuntaban con escopetas cargadas con bala los que

querían tomar parte en la fiesta, cuyo premio consistía en hacer suyo el animal si le mataban ó herían. Tomado sitio por Lázaro Borrego Jiménez, disparó contra el animal, y sobre si le había ó no herido con el proyectil, y por lo tanto ganado el premio, se trabó disputa entre Lázaro Borrego Jiménez y el interfecto José Reina Fernández, hermano del Ricardo, dueño del tiro de gallos, en la que también tomó parte el procesado Francisco Borrego Malgarido, sin que conste que éste ofendiera á José Reina; cuestión que quedó terminada con reconocer todos, y entre ellos el mismo Ricardo Reina, el derecho de Lázaro Borrego Jiménez á hacer suyo el referido animal; después de lo cual observaron que el José Reina Fernández se retiró hacia la población, manifestando en son de amenaza que les enseñaría á tirar al gallo; y á poco desaparació también del sitio el procesado Francisco Borrego Malgarido, quien momentos después volvió con una escopeta cargada con perdigones, pidiendo, para descargarla y ponerle bala, un sacatacos, que nadie pudo facilitarle por no haberlo allí, en cuya ocasión apareció por encima del vallado de la cerca nombrada de Palomino, y que forma uno de los lados del callejón donde estaba situado el tiro, José Reina Fernández con otra escopeta en la mano, desde cuyo sitio, en que dominaba el indicado callejón, apuntó hacia todos los concurrentes gritando: «¡quién quiere gallo!» y entre ellos á Lázaro Borrego Baena, padre del procesado, que se hallaba en el callejón debajo del sitio mismo por donde asomaba aquél, quien temeroso de que disparara contra él, y al objeto de hacerle variar la puntería, dió con un palo que tenía en la mano un golpe al cañón de dicha arma, sujetándola con la otra, en cuyo momento el José Reina tiró de ella hacia atrás, volviendo de nuevo á hacer puntería, y el Lázaro Borrego Baena también á darle con el palo, disparándose entonces la escopeta, bien voluntaria ó involuntariamente, cayendo el Lázaro Borrego al suelo al oir la detonación, aturdido por el ruido de ella y el humo que produjera, cuyos proyectiles fueron á herir á Francisco Fernández Gallego, uno de los del grupo, tío político del José Reina y que no había tomado parte en la cuestión, produciéndole instantáneamente la muerte; en cuyo momento Francisco Borrego Malgarido, hijo del Lázaro, al ver caer al suelo á su padre entre el humo del disparo hecho por José Reina, y exclamando: «¡ay mi padre de mi alma!», levantó la escopeta que tenía en la mano, todavía cargada con los perdigones, y apuntando al sitio donde estaba el José Reina aún, éste de frente, le hizo un disparo, cuyos proyectiles le causaron también instantáneamente la muerte, yendo acto seguido á socorrer á su padre, á quien encontró ileso. Seguida la causa por sus trámites, la Audiencia de lo criminal de Osuna condenó á Francisco Borrego á doce años y un día de reclusión, accesorias, indemnización y costas, como autor de delito de homicidio, ejecutado con la circunstancia atenuante 7.ª del art. 9.º del Có-

digo penal. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por el Ministerio Fiscal en beneficio del procesado, después de estimarle improcedente, como se ha dicho, tres Letrados nombrados sucesivamente de oficio, citando como infringidos el art. 419 del Código penal y el 8.º número 5.º, por no haberse declarado la exención de responsabilidad de Borrego, que ejecutó el hecho en defensa de su padre con todos los requisitos necesarios para determinarla, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso por los importantes fundamentos siguientes: «Considerando que la responsabilidad de los actos humanos es exigible, en el orden penal, cuando su impulso y tendencia *conscientes* y las condiciones de su realización son antijurídicos y lesionan ó se encaminan á lesionar algún derecho: Considerando que, reconocido en el art. 8.º del Código penal el dorecho de impedir y de repeler agresión injusta, excusa la responsabilidad en que de otro modo incurriera á quien, sin dar ocasión suficiente á ella por actos propios, la repele mientras es actual ó de inminencia *racionalmente presumible*, por medio que, en el momento de hacerlo, deba de juzgar racional también y proporcionado el riesgo del ataque, si le emplea exclusivamente con el objeto de ponerse ó de poner á otras personas á cubierto del peligro de la acometida: Considerando que siendo evidentemente ilegítima la agresión de José Reina, productora de la muerte de Francisco Fernández, sin que nadie le provocara, al hacer el recurrente sobre el primero el disparo de la escopeta que tenía en su poder con objeto extraño al suceso, y causar la muerte del agresor, el impulso de su acción revelado por exclamación de amor filial determinada por el hecho de ver á su padre caído en el suelo envuelto entre el humo del precedente disparo, creyéndole víctima de él, como afirma el Tribunal *à quo* en uso de los fundamentos jurídicos de su sentencia, no parece otro que el de repeler tal agresión en el instante de realizarse, cuando no sólo ignoraba si había ó no terminado, sino que podía temer su continación sobre su propio padre, sobre él mismo ó sobre las demás personas allí reunidas: Considerando que el medio empleado para este objeto fué racionalmente adecuado, por ser el que tenía en sus propias manos, sin tiempo de reflexionar ni de pensar siquiera acerca de su alcance, ni de elegir otro suficiente á apartar un peligro inminente, dominado, como se halló Borrego, por lo imprevisto, violento y grave de la actitud y del hecho de Reina; y Considerando, por tanto, que al obrar el recurrente ejercitando el derecho de defensa de su padre, que *las circunstancias del caso le presentaron como necesaria y racional en todo su rápido desarrollo*, no incurrió en responsabilidad exigible por virtud de lo dispuesto en el núm. 5.º del art. 8.º del Código penal, contra lo que con error ha declarado la sentencia reclamada, infringiendo ese precepto legal, oportunamente invocado por el Ministerio Fiscal como motivo de casación; Fallamos que debemos declarar y declaramos

haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en favor, de Francisco Borrego Malgarido, etc.» (Sentencia de 7 de Diciembre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 23 de Febrero de 1887, páginas 98 y 99.)

Art. 8.º... 6.º El que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y la segunda circunstancia previstas en el núm. 4.º y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo. (Art. 8.º... 6.º del Cód. de 1850.—Artículos 328 y 329 Cód. Fran.)

La exención de responsabilidad criminal que dimana de la *justa defensa* se extiende también por este número del artículo á la que se hace del *extraño*. Las Leyes romanas la habían limitado á la defensa propia y á la de los parientes: *sibi vel suis* (Ley 1.ª del Digesto, ad leg. Corn. de sicariis). Mas al impulso, indudablemente, del sentimiento cristiano, la doctrina y la jurisprudencia fueron extendiéndola paulatinamente á los amigos, huéspedes y vecinos, y finalmente, á cualquier extraño cuya vida, puesta en peligro por mano criminal, hubiese menester del auxilio ajeno. Hoy la proclaman y sancionan todos los Códigos.

Por lo demás, la justa defensa del *extraño* requiere las mismas condiciones y circunstancias que la defensa propia y la de los parientes: agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla, sustituyéndose la circunstancia de la falta de provocación suficiente, que no cabe en este caso, por la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo. Quiere la Ley que el que acude á la defensa de un extraño lo haga á impulsos de un noble y generoso sentimiento de humanidad y de justicia, y no puede consentir, por lo tanto, que tenga aquélla lugar para satisfacer una pasión mezquina y reprobable.

En cuanto á las dos circunstancias de agresión ilegítima y necesidad racional, véase el comentario del núm. 4.º de este artículo.

CUESTION I. *Cuando de la causa resulta que en cierto pueblo, de continuo invadido por los carlistas que acostumbraban llevarse hombres y ganados y lo arruinaban con insoportables exacciones, hubo de presentarse un comandante de dicha facción, y encontrando un ayudante de obras que regresaba de un pueblo inmediato, quiso llevárselo preso, sin que le hicieran desistir de su propósito los ruegos de los que le acompañaban; en cuyo acto el procesado, licenciado del cuerpo de Carabineros, que había servido en el ejército del Norte hasta la liberación de Bilbao, y que había estado también*

al servicio del referido ayudante de obras, viendo la insistencia del comandante carlista en llevársele preso, se adelantó y le infirió con su navaja una herida que le causó la muerte, ¿deberá declarársele **exento de responsabilidad criminal** *por haber obrado en* **defensa de un extraño,** *con todos los requisitos del art. 8.°, núm. 6.° del Código?*—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Burgos, la que apreciando tan sólo en el hecho dos circunstancias atenuantes muy calificadas, condenó al procesado á siete años de prisión mayor, accesorias y costas. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del reo, citando como infringido el art. 8.°, núm. 6.°, del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que si queda exento de responsabilidad criminal el que defiende á un extraño, ha de estarlo con más motivo el defensor de aquel á cuyas órdenes sirviera, y á quien por ello es de suponer que profesara deferencia y cariño; que era incuestionable la *agresión ilegítima* del comandante carlista, al insistir en su perverso propósito de llevarse preso al ayudante de obras, y al perseverar en él, no obstante las súplicas de los que le acompañaban; que éstos, aunque vecinos del pueblo, ó amedrentados ó indiferentes, no dieron señales de intentar oponerse con la fuerza al proyecto del cabecilla, que sin duda se hubiera efectuado sin la audaz y generosa intervención del procesado, que empleó el *único medio racionalmente necesario* para repeler eficazmente la agresión de que era víctima el agredido, el cual de otro modo, atendida la pusilanimidad ó connivencia de los circunstantes, habría perdido la libertad ó tal vez la vida; que el procesado *no obró por espíritu de venganza ó resentimiento* contra el titulado jefe carlista, á quien no conocía, sino impelido por el noble estímulo de librar á un desgraciado del peligro que fatalmente le amenazaba; al pueblo donde residía, de un facineroso que con sus repetidas exacciones lo empobrecía y arruinaba; á sus convecinos, de un malvado secuestrador y de un implacable y armado enemigo á su patria; que su arrojo al acometer y matar al cabecilla, que ostentaba su uniforme, y á quien no podía suponer desarmado, arrostrando tan digna y generosamente las iras y la venganza de la facción que rodeaba el pueblo, es un hecho que no puede legalmente calificarse de criminal, siendo evidente que en el de que se trata concurrieron todas las circunstancias exigidas por el referido núm. 6.° del art. 8.° del Código para la exención de responsabilidad, y que, por lo tanto, la Sala lo infringió en su sentencia condenatoria. (Sentencia de 29 de Noviembre de 1875, inserta en la *Gaceta* de 28 de Diciembre.)

CUESTION II. *Al que viendo reñir á dos y que el uno amenaza al otro con un puñal, hiriéndole en la oreja, dispara una pistola contra el agresor y lo mata, ¿deberá declarársele comprendido en el art. 87 del Código, por haber obrado en* **defensa de la persona de un extraño,** *con el*

mayor número de requisitos que exige el art. 8.°, núm. 6.° del Código?—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Albacete, que condenó al procesado, por dicho homicidio, á doce años y un día de reclusión. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa del reo, por infracción del art. 87 en relación con el 8.° en su caso 6.°, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que habiendo habido *agresión ilegítima de un extraño*, y no habiendo obrado el procesado á impulsos de la venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo al disparar contra el agresor, es evidente que concurrieron en el hecho de autos el mayor número de los requisitos que exige el artículo 8.°, núm. 6.° del Código para eximir de responsabilidad criminal al que obra en defensa de la persona de un extraño, pues que sólo dejó de concurrir la necesidad racional del medio empleado para impedir ó repeler la agresión, por lo que no debió la Sala imponer la pena del delito en el grado mínimo, sino bajarla en uno ó dos grados, con sujeción á lo dispuesto en el art. 87, con relación al 8.°, núm. 6.° del Código.» (Sentencia de 11 de Mayo de 1876, publicada en la *Gaceta* de 13 de Agosto.)

CUESTION III. *El* **criado** *que al ver á su* **amo** *agarrado con un tercero, y hasta golpeado y ligeramente herido por éste, descarga un golpe de palo sobre el agresor, causándole lesiones menos graves, y le hiere además levemente con una navaja: aun estimando que no tuviera necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión de que fué objeto su amo, ¿deberá declarársele comprendido en la exención de responsabilidad criminal, aunque incompleta, del que obra en* **defensa** *de un* **extraño?**—No lo estimó así la Audiencia de Madrid, cuya sentencia *casó* el Tribunal Supremo por infracción del art. 8.°, núm. 6.° del Código: «Considerando que según éste, no delinque, y por consiguiente está exento de responsabilidad criminal, el que obra en defensa de la persona ó derechos de un extraño, siempre que concurran la primera y segunda circunstancias prescritas en el núm. 4.° del mismo artículo, y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo, y que con arreglo al artículo 87 se aplicará la pena inferior en uno ó dos grados á la señalada por la Ley cuando el hecho no fuera del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.°, siempre que concurriere el mayor número de ellos: Considerando que en el caso á que se refiere el presente recurso han debido aplicarse las disposiciones legales que se acaban de citar, y no habiéndolo hecho la Sala sentenciadora ha incurrido en uno de los errores de derecho que le ha atribuído el recurrente, porque según los hechos aceptados por la misma como probados, no aparece que á éste le impulsase á cometer el delito de que se trata ningún deseo de venganza, resentimiento ni otro motivo ilegítimo; y

sí, por el contrario, que obró en defensa de su amo León Sánchez, al verle agarrado con Basilio Toledano, golpeado y, aunque levemente, lesionado por el último, no echándose de menos otra circunstancia para juzgarle acreedor de la completa exención de responsabilidad que la de la necesidad racional del medio empleado, puesto que la naturaleza de la agresión y el haberse podido reunir los esfuerzos de tres personas para repelerla excluía la precisión de emplear el palo y la navaja de que Julián Murillo se valió, etc.» (Sentencia de 8 de Mayo de 1883, publicada en la *Gaceta* de 17 de Agosto.)

CUESTION IV. *Al proceder un Juez municipal, acompañado de dos guardas de campo jurados, á la detención de un delincuente, hombre de carácter pendenciero, hubo éste de resistirse y de hacer ademán como para sacar algún arma de entre la faja, lo cual, produciendo cierto aturdimiento y miedo en el Juez y guardas, ordenó el primero á los segundos que le tiraran, haciéndole uno de éstos un disparo que le produjo la muerte, ¿deberá estimarse que concurrieron en este homicidio la mayor parte de los requisitos que exige el artículo 8.º, núm. 6.º del Código para eximir de responsabilidad criminal al que obra en* **defensa de un extraño?**—La Audiencia de lo criminal de Ciudad Rodrigo no apreció en el hecho más que la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, y condenó al Juez como inductor y al guarda como ejecutor material del hecho á doce años y un día de reclusión á cada uno. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa de uno de los procesados, citando como infringido el art. 8.º, número 6.º del Código, declaró el Tribunal Supremo que, si no la exención completa de responsabilidad criminal, había que apreciar en este hecho la concurrencia del mayor número de los requisitos que exige dicho artículo y número: «Considerando que tampoco ha sido infringido el núm. 6.º del art. 8.º por no concurrir *todas* las circunstancias integrantes de este caso de exención, pero que obra con importante virtualidad la *mayoría de los requisitos legales*, pues Juan Juanillo Saldaña no hizo el disparo por venganza, resentimiento ú otro motivo ilegítimo, sino para impedir, empleando un medio racionalmente innecesario, la agresión manifestada contra el Juez municipal con tan imponente ademán, que produjo en todos aturdimiento y miedo, según declara, como hecho probado, el resultando 4.º de la sentencia: Considerando que el Tribunal *à quo*, al estimar como influyente en el grado de la pena la circunstancia última del artículo 9.º del precitado Código, que puede ser análoga á la tercera, ha dejado de apreciar la primera y más importante, y que esta omisión, invocada en el recurso, determina una infracción de ley.» (Sentencia de 6 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto, págs. 77 y 78.)

CUESTION V. *Si el procesado, dependiente del gremio de consumos, al enterarse en una taberna que acababa de salir de ella un sujeto lleván-*

dose dos vasos, fué en persecución de éste, quien, al ser alcanzado, negó que los tuviera; pero como el procesado observara que le salía uno de entre la faja, le echó mano, y entablándose lucha entre ambos, el sustractor hirió con arma blanca al procesado, aunque levemente, el cual, á su vez, disparó su revólver contra aquél, causándole una lesión que tardó en curarse nueve días, ¿deberá ser declarado **exento de responsabilidad criminal** *por haber obrado en* **justa defensa** *de los derechos de un* **extraño?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia declaró que el procesado era autor del delito de disparo de arma de fuego y lesiones, *sin circunstancias modificativas*, y le condenó á la pena de tres años de prisión correccional. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.°, núm. 6.° del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, decretando la completa exención de responsabilidad criminal del acusado: «Considerando que el intento de Salvador Tena de recuperar unos vasos que Agustín Bueno había sustraído de la taberna en que ambos habían estado bebiendo poco antes y que negó tener, á pesar de que se le veían en la faja, produjo una lucha entre ellos, en la que, haciendo Bueno uso de un arma blanca, hirió levemente al Tena, que á su vez ocasionó á aquél con un palo una también leve, y de un disparo otra menos grave, que necesitó nueve días de asistencia facultativa; mas como al Tena lo guiaba, por una parte el laudable pensamiento de recuperar, para el tabernero, los vasos que le había dicho le faltaban, y por otra, alejar de sí la sospecha de que hubiera podido tener participación en aquel hecho criminal, sin que aparezca que á ello le moviera resentimiento alguno anterior, al defenderse, por medio de un disparo, de la acometida que navaja en mano le hiciera el Agustín, no puede desconocerse la racionalidad del medio empleado para rechazar la ilegítima agresión de que fué objeto por el plausible acto de salir á la defensa de los derechos de un extraño, en él más natural, cuanto que defendía al propio tiempo su buen nombre, y también hasta debido, dado su carácter de agente de la Autoridad, por lo que concurriendo en favor del recurrente los requisitos todos del núm. 6.° del art. 8.° del Código penal, la declaración de irresponsabilidad era de rigor en este caso: Considerando, por lo tanto, que al no haberse apreciado el hecho en estos términos por la Sala sentenciadora, es evidente que ha infringido el citado art. 8.° en su núm. 6.°, etc.» (Sentencia de 5 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 9 de Junio.)

CUESTION VI. *Para que pueda ser declarado* **exento de responsabilidad criminal** *el que obra en defensa de la persona de un* **extraño,** *¿será necesario que su intervención en la contienda haya sido* **obligada?**—Celebrándose un baile en la romería de la Parroquia de Ferreira, invadieron el atrio de la iglesia, donde tenía aquél lugar, algunos

vecinos de la Parroquia de Lamas armados de palos y cuchillos y acometieron á uno de los concurrentes, sin más motivo que porque pertenecía á dicha Parroquia de Ferreira. Al verle sus convecinos en apurada situación se colocaron á su lado para defenderle, formándose dos bandos, uno de los de Lamas, que eran los provocadores, y otro de los de Ferreira, que se defendían de la agresión, disparando un tiro Francisco Fernández López contra Prudencio Fernández Pico, que era el contrario que tenía al frente, cuyo proyectil le hirió en la cabeza, produciéndole la muerte al poco tiempo. Formada causa y seguida por todos sus trámites, la Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña calificó el hecho de homicidio, y estimando tan sólo la circunstancia atenuante de provocación, porque el procesado no obró en defensa de su persona *por haber tomado voluntaria y no obligada parte* en la contienda, le condenó á doce años y un día de reclusión. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa del procesado, por infracción del art. 8.º, núm. 6.º del Código, recurso que apoyó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él por los fundamentos siguientes: «Considerando que declarado en la sentencia reclamada que algunos jóvenes de Lamas acometieron con palos y cuchillos, sin motivo suficiente, á los de la Parroquia de Ferreira, que se defendían de la agresión generalizada después de iniciada contra Domingo Formoso; y apareciendo también de los hechos consignados como ciertos en aquélla que la intervención del recurrente se determinó por esa agresión injusta, que no provocó, con el derecho, reconocido en la Ley, *que no necesita ser obligatorio para disculpar ó excusar*, de impedir sus consecuencias en la persona de sus convecinos, por esta cualidad acometidos, sin que le movieran impulsos de venganza, resentimiento anterior ni otro motivo ilegítimo, resulta de tales supuestos de hechos, claramente establecidos, que al disparar Francisco Fernández el tiro productor de la muerte de Prudencio Fernández, «que era el contrario que tenía al frente en la riña,» *lo hizo en defensa de sus compañeros y aun de su propia persona:* Considerando que, dada la ilegitimidad notoria de la agresión, debida á la libre voluntad de los de Lamas, y la actitud de los de Ferreira, si bien el acto del recurrente no aparece de todo punto excusable por no hallarse tan justificada como la exención de responsabilidad exige la necesidad racional de usar arma de fuego en la reyerta, de que no resultó otra lesión, y en la que, si eran varios los agresores, no eran pocos los acometidos que se defendían, el caso procesal debió ser juzgado con relación al núm. 6.º del art. 8.º del Código penal, alegado como infringido en primero y principal término; y que al no haberse hecho así, ni derivado las consecuencias legales de las propias consideraciones jurídicas, expuestas como base del fallo reclamado, el Tribunal que le dictó ha cometido por tal infracción, y en parte

sustancial, el error de derecho que se le atribuye, etc.» (Sentencia de 30 de Marzo de 1887, publicada en la *Gaceta* de 25 de Agosto, páginas 88 y 89.)

Art. 8.º... 7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

Primera. Realidad del mal que se trata de evitar.

Segunda. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. (Art. 8.º, núm. 7.º, Cód. de 1850.)

Se trata aquí de los daños que, sin intención de perjudicar, antes bien con ánimo de hacer un beneficio, se causan en la propiedad ajena. Ejemplo de ello: estalla un incendio, y para evitar su propagación se derriba una casa, se talan unos árboles; un buque amenaza irse á pique si no es aligerado, y para evitar el naufragio se arrojan al mar parte ó la totalidad de las mercancías que contiene: en estos casos se causa un daño en la propiedad ajena, y sin embargo, la Ley, de acuerdo con la razón, exime de responsabilidad criminal al autor de tales daños.

Realidad del mal que se trata de evitar—Así, en los ejemplos antes propuestos, es menester que exista el incendio, que haya estallado efectivamente una tempestad, y amague próximo é inminente el peligro de la propagación en un caso, del naufragio en el otro.

Que sea mayor que el causado para evitarlo.—Esta circunstancia dará por lo general lugar á dudas, que deberán resolver los Tribunales con su prudente criterio, teniendo en cuenta que la presunción está á favor de la inculpabilidad, pues en tales casos de alarma y peligro, no siempre se tiene toda la lucidez de espíritu necesaria para calcular cuál de uno ú otro de los males es mayor.

Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.—Igual observación que con respecto al párrafo anterior: esta necesidad, que podemos llamar *absoluta*, exigida por la Ley, la apreciarán también los Jueces, haciéndose cargo de cuán difícil es en tan apurados trances obrar siempre con todo el acierto apetecible.

Sobre esta causa de exención de responsabilidad criminal en los delitos de daños, nos ofrece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo el siguiente caso práctico:

CUESTION. *Cuando de la causa resulta que de un soto donde pastaban hubieron de escaparse un toro de lidia, una vaca y dos becerros de la propiedad del perjudicado, y habiendo penetrado en un corral del procesado,*

que estaba abierto, éste intentó expulsarlos de él; pero bien porque no pudo conseguirlo arrojándoles piedras, bien porque el toro bravo le hiciese cara, disparó el procesado dos ó tres tiros sobre las reses, matando á la vaca é hiriendo al toro, cuyos daños fueron valorados en 250 pesetas: ¿deberá declararse **exento de responsabilidad criminal** *al autor del hecho por haber ejecutado el daño en propiedad ajena para evitar un mal mayor?*—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid, la que, apreciando tan sólo la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, condenó al procesado, como autor del delito de *daños* en cantidad mayor de 50 pesetas, á 200 pesetas de multa. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa del reo, por infracción del art. 8.º, núm. 7.º del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundado en que, según el art. 8.º del Código, en su núm. 7.º, está exento de responsabilidad criminal el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurran las circunstancias de la realidad del mal que se trata de evitar, que sea mayor que el causado para evitarlo, y no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo; que el procesado, al ejecutar el hecho de autos, obró impulsado por el derecho que tenía de hacer salir de su corral al toro de lidia y evitar el mal mayor, cuya realización debía esperarse, al ver que no pudo conseguir por otros medios que dicho toro y las otras reses que le acompañaban se fueran al soto de donde se habían escapado; estando, por lo tanto, el procesado, su familia y los vecinos del pueblo expuestos á que, en una salida imprevista del toro, causara éste muchas desgracias y de muchísima más importancia que el daño producido con la muerte causada á la vaca y herida al toro; que concurrieron, por lo tanto, en el hecho las circunstancias que exige dicho Código para eximir de responsabilidad criminal; sin que por otra parte aparezca que hubo intención de causar un daño innecesario, por más que los disparos no fueran certeros y produjeran por mero accidente la muerte de un animal del cual nada había que temer; y por lo mismo, al declarar la Sala al procesado criminalmente responsable del hecho incurrió en la infracción alegada, etc. (Sentencia de 3 de Noviembre de 1875, publicada en la *Gaceta* de 30 del propio mes.)

Art. 8.º... 8.º El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo. (Art. 8.º, núm. 8.º, Cód. de 1850.—Arts. 1.º y 4.º Cód. Brasil. Art. 119, Cód. bávaro.)

Ya lo dijimos en el comentario del art. 1.º: en la generalidad de los casos, sin intención no hay delito; pero puede haberle en algunos, aun

cuando falte ese elemento esencial de la intención. La exención de responsabilidad criminal que determina este artículo viene en apoyo de nuestro aserto. El que causa un daño por mero accidente, ya sea en las *personas*, ya en las *cosas*, pues la Ley no distingue, está exento de responsabilidad en el orden penal. Pero para ello es menester que concurran conjuntamente cuatro circunstancias: 1.°, que el acto que ha producido el daño sea *lícito*, esto es, *permitido* no sólo por la Ley, sino por los *reglamentos*. El que faltando á las prescripciones de aquélla ó de éstos, ocasiona un *mal*, aun cuando no haya tenido *intención* de causarlo, será responsable de él, no sólo civil, sino también criminalmente, si bien con la atenuación ó disminución de penalidad que para tales casos determina el artículo 85 de este Código, en relación con el 581 del mismo. Ordena, por ejemplo, un reglamento ó bando de policía que los carruajes vayan al paso al transitar por el puente de una población ó de una carretera, y por el conductor de un vehículo se infringe aquella orden llevando los caballos al trote ó galope, produciéndose el vuelco del carruaje y el lesionamiento ó muerte de algunos de los viajeros. Por más que aquél no haya tenido intención de hacer volcar el coche ni de producir, por lo tanto, daño á nadie, el acto de llevarlo corriendo no fué *lícito*, y por eso le castiga la Ley, si no como autor de delito *intencional*, del de *imprudencia* con *infracción de reglamentos*, comprendido en la sanción del art. 581 de este Código; 2.°, es menester, en segundo lugar, que aun siendo lícito el acto, se haya ejecutado con la *diligencia debida*. Así, el que coge una pistola, y sin cuidarse de mirar si está ó no cargada, mueve el gatillo, y disparándose el arma produce la muerte ó el lesionamiento de una persona que á la sazón pasaba junto á él, aun cuando no haya tenido intención de disparar el arma, aun cuando lícito sea el hecho de examinar una pistola, ello es que no procedió al verificarlo con la diligencia debida: luego, si no del delito *intencional* de homicidio ó lesiones, según sea el resultado producido, será responsable del daño causado, por imprudencia temeraria, con arreglo al párrafo primero del art. 581 del Código, antes citado; 3.°, precisa además que el daño se haya producido por mero *accidente*, esto es, por una casualidad imprevista. Un ejemplo de ello pusimos en la *Cuestión I* del comentario del art. 1.°, refiriéndonos al que hallándose de caza en un monte dispara contra un animal y hiere á un hombre que estando oculto detrás de un árbol se adelanta en el momento preciso de verificarse el disparo; 4.°, es necesario, finalmente, para que proceda la exención de responsabilidad criminal que determina este número del artículo, que no haya habido la menor *culpa* ni *intención* de causar el daño. La ausencia de esta última circunstancia se comprende, y casi estaba demás que la consignara la Ley, pues si hay *intención*, el hecho no puede menos de revestir todos los caracteres de un verdadero delito con arreglo

á la definición del art. 1.º La *culpa* es equivalente á negligencia, descuido, omisión, impericia; es, en una palabra, la falta del cuidado que el hombre prudente pone en todos sus actos. El que, por ejemplo, sin haber dirigido nunca un caballo se pone á guiar un carruaje en un sitio público y frecuentado, y por torpeza ó impericia atropella á un transeunte, será responsable del daño causado, pues que sin su imprudencia no se hubiera aquél producido.

Véanse ahora las cuestiones prácticas que acerca de este caso de exención de responsabilidad criminal nos ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CUESTION I. *Al transitar un jinete por la calle de una ciudad, sin que pueda determinarse la causa, toma un trote largo, que luego no puede contener, y atropella en el ímpetu de la carrera á una anciana septuagenaria, á quien derriba en el suelo y causa la muerte: ¿estará el autor del hecho comprendido en la disposición de este número, y por ende* **exento de responsabilidad criminal?**—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada, la que calificó el hecho de delito de *homicidio por imprudencia simple*, y condenó á su autor á cuatro meses de arresto mayor, accesorias, indemnización de 500 pesetas y costas; calificación y pena que mantuvo el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de Enero de 1873, publicada en la *Gaceta* de 9 de Marzo, fundándose en que «el solo hecho de conducir corriendo caballerías por las calles, paseos y sitios públicos, con peligro de los transeuntes, aunque no se les cause ningún daño, no es *un hecho lícito*, pues que está prohibido por el art. 599, número 5.º del Código, y bajo tal concepto es calificado como una falta contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; y por último, que no constando que hubiera habido otra causa independiente de la voluntad del jinete mismo que impeliese al caballo á tomar el movimiento violento que fué causa del atropello, por más que después de emprendido el trote largo procurase contenerlo el jinete, no puede menos de ser éste responsable de las consecuencias de aquel hecho.»

CUESTION II. *Habiendo salido varios amigos de cacería, y hallándose descansando en una huerta después de efectuada aquélla, determinan retirarse al pueblo, y al levantarse se le dispara á uno de ellos la escopeta, causando sus proyectiles varias heridas á otro de los compañeros, de cuyas resultas perdió el ojo izquierdo, invirtiendo en su curación cuatrocientos ochenta y cinco días: ¿constituye este hecho* **delito,** *dando por supuesto que todos los testigos examinados en el proceso calificaron aquél de casual y cometido sin intención por su autor, que además de ser pariente del ofendido le profesaba el mayor aprecio?*—El Juez de primera instancia y la Audiencia de Sevilla lo calificaron de delito de *lesiones graves por imprudencia temeraria*, condenando á su autor á la pena de dos meses de arresto mayor,

accesorias, indemnización y costas. Fácilmente se comprende que siendo el acto de ir varios amigos á cazar un acto *lícito*, que no habiendo notado los testigos presenciales el menor descuido ó falta al coger el procesado la escopeta para levantarse, y comprobada la ninguna culpa ni intención de causar el mal, debió declararse que dicho procesado no delinquió, por estar exento de responsabilidad criminal, en virtud de la prescripción de este artículo y número; y así lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de Julio de 1872, publicada en la *Gaceta* de 11 de Agosto.

CUESTION III. *Dos sujetos juegan á la navaja, resultando uno de ellos herido gravemente: ¿puede invocarse á favor del causante del hecho la* **exención de responsabilidad criminal** *que determina este número?*—De ninguna manera, pues suponiendo que fué mero *accidente*, sin *culpa* ni *intención* de causar el mal, el acto ejecutado ni fué *lícito*, ni menos se verificó con la *diligencia debida*, por lo que debe calificarse el hecho de *imprudencia temeraria*. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1872, publicada en la *Gaceta* de 20 de Abril.)

CUESTION IV. *El que jugando al tiro de barra en sitio permitido por la autoridad da, al hacer la suerte, un golpe con la barra en la cabeza de uno de sus compañeros, causándole una lesión menos grave, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal**, *si resulta probado que no fué intencional el acto, y que ni siquiera había visto al lesionado en el sitio en que se colocara, del cual resulta además que había sido retirado varias veces y también amonestado por los mozos allí reunidos para que no se volviese á colocar en él, porque era peligroso?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada, declarando que el hecho constituía el delito de lesiones menos graves por imprudencia temeraria, condenó al procesado en un mes y un día de arresto mayor. Pero interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 1.º de Marzo de 1873, publicada en la *Gaceta* del 25, considerando que el lesionado lo fué por el procesado cuando éste se hallaba jugando á la barra en el sitio acostumbrado en el pueblo, ó sea *ejecutando un acto lícito*, habiendo amonestado los mozos á aquél para que se retirase del sitio, como lo retiraron, lo que era *obrar con la debida diligencia*, habiéndolo herido después sin verle, como se dice probado en la sentencia, es evidente que el mal se causó *por mero accidente, sin culpa ni intención de causarlo*, habiendo infringido, por tanto, la Sala el artículo y número que comentamos.

CUESTION V. *El actor que mientras representa una comedia ó drama lleva en el cinto, para hacer más verosímil su papel, una pequeña pistola de bolsillo, que se le cae casualmente al suelo, disparándose y produciendo la muerte á uno de los espectadores, ¿puede invocar á su favor la* **exención de responsabilidad criminal** *que determina este número?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Valladolid calificó el hecho de *homicidio*

por *imprudencia temeraria*, y condenó al procesado á un año y un día de prisión correccional, accesorias, indemnización de 1.000 pesetas y costas; calificación y pena que mantuvo el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de Octubre de 1873, publicada en la *Gaceta* de 28 de Enero de 1874, fundándose en que, bastando para el desempeño de una comedia ó drama una pistola cargada solamente con pólvora, el haber empleado sin necesidad un arma de esa clase cargada con proyectil, por lo mismo que ofrecía el peligro de causar una muerte como la que produjo, es evidente que constituye la *imprudencia temeraria*, prevista y penada en el art. 581 del Código penal; que no es *acto lícito* usar un arma de fuego cargada con proyectil cuando se sabe que basta para llenar el servicio ú objeto á que se destina que lo esté con pólvora sola, y que aun en la hipótesis de que lo fuese, habría faltado ciertamente en él la *debida diligencia* por parte del agente en la manera de preparar y colocar dicha arma, ya que sin esfuerzo ni movimiento alguno violento cayó al suelo y se disparó, por lo que es indudable que el hecho indicado no puede estimarse legalmente comprendido en la exención de este artículo y número.

CUESTION VI. *Cuando un carretero, al bajar una pendiente, pone convenientemente la galga ó palo para sujetar una de las ruedas, y no obstante esto se precipita el carro sin poder contenerlo, á pesar de haberse colocado á la cabeza de las mulas, dando voces para que se aparte la gente, si el carro atropella y mata á una persona en estas condiciones, ¿deberá ser el carretero declarado* **exento de responsabilidad criminal**, *en virtud de la disposición de este artículo y número?*—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada, la que, declarando que el hecho constituía el delito de homicidio por imprudencia temeraria, condenó al carretero á dos años de prisión correccional, accesorias, indemnización y costas. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de Octubre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 16 de Diciembre, casó y anuló la anterior, por considerar, sin duda, que, habiendo tomado el procesado todas las precauciones que estuvieron á su alcance y posibilidad, como suelen hacerlo los más diligentes en casos iguales, le alcanzaba la exención de responsabilidad criminal de este número, ya que el mal lo causó ejecutando un *acto lícito*, con la *debida diligencia* y sin *culpa* ni *intención* de causarlo.

CUESTION VII. *El guarda de campo que oyendo ladrar de noche á un perro cerca del predio que custodiaba, dispara un tiro hacia un melonar donde se oían los ladridos, con el solo objeto de espantar á aquél, hiriendo á un sujeto que en aquel momento salía de su choza para cuidar una caballería, de resultas de cuya herida falleció á los pocos momentos, ¿podrá invocar en su favor (supuesta la ninguna intención de causar el mal producido) la* **exención de responsabilidad criminal** *que determina el art. 8.º, número 8.º del Código?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de

Madrid calificó el hecho de delito de homicidio cometido por imprudencia temeraria, y condenó al procesado á diez meses de prisión correccional, accesorias, indemnización y costas. Contra dicha sentencia interpuso la defensa del reo recurso de casación, citando como infringido el art. 8.°, núm. 8.° del Código, pues que la desgracia acaecida fué un accidente casual é imprevisto, y de ninguna manera imputable al procesado, que en su carácter de guarda ejecutó un acto lícito con la debida diligencia, sin poder presumir la consecuencia lamentable que causó. Mas á pesar de estas alegaciones, declaró el Tribunal Supremo *no haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que al disparar el procesado el tiro con el único fin de espantar los perros, no tenía necesidad de dar á la puntería una dirección determinada, ni mucho menos debió hacerlo hacia el sitio en que había una choza habitada, en la previsión natural y justa de que ocasionara el mal que produjo; y que, por lo tanto, la Sala sentenciadora, al calificar el hecho de imprudencia temeraria é imponer al procesado la pena consiguiente, no cometió error ninguno de derecho, ni infringió el citado artículo y número, ni el 581 del Código penal. (Sentencia de 8 de Octubre de 1877, publicada en la *Gaceta* de 1.° de Diciembre.)

CUESTION VIII. *Si habiendo un sujeto promovido cuestiones en una taberna, el dueño de ella hubo de hacerle salir varias veces, y en una de éstas, ya fuese por estar aquél algo bebido, ya porque resbalara ó ya porque el tabernero lo empujase con más fuerza, cayó al suelo, causándose una contusión en el brazo, de la que sanó antes de los treinta días, ¿deberá declararse al tabernero* **responsable.** *como autor del* **delito** *de lesiones menos graves, causadas por* **imprudencia temeraria,** *ó deberá* **eximírsele de responsabilidad criminal,** *en virtud de lo dispuesto en el núm. 8.° del artículo 8.° del Código penal?*—La Audiencia de Madrid estimó lo primero, y condenó al procesado á la pena de 125 pesetas de multa. Mas el Tribunal Supremo, al *casar* dicha sentencia, declaró lo segundo: «Considerando que el recurrente, al despedir y echar con repetición de la taberna que regentaba á Isabel Fernández, por los escándalos que en ella estaba dando la noche del 2 de Septiembre del año anterior, ejecutaba un acto *lícito*, pues lejos de prohibírselo la Ley, era su deber evitarlo dentro de su establecimiento: Considerando que de los hechos que quedan consignados y que la Sala sentenciadora estima como probados no aparece dejase el procesado de proceder al despedir á aquélla con la debida diligencia, ni tampoco que por su culpa ó intención se produjeran las contusiones que en la caída se causó la Isabel; Fallamos que debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso, etc.» (Sentencia de 26 de Octubre de 1881, publicada en la *Gaceta* de 25 de Febrero de 1882.)

Véanse, además, las *Cuestiones* del art. 581.

Art. 8.°... 9.° El que obra violentado por una *fuerza irresistible.* (Art. 8.°, núm. 9.°, Cód. de 1850.—Art. 64, Cód. Fran. —Art. 2.°, núm. 5.°, Cód. Austr.—Art. 62, Cód. Napolit.—Art. 10, Cód. Brasil.—Art. 121, núm. 7.°, Cód. Báv.—§ 40, Cód. Prus.—Art. 14, núm. 2.°, Cód. Port.—Art. 94, Cód. Ital. —Art. 71, Cód. Belg.)

Esa *fuerza irresistible* que exime de responsabilidad es, según expresión de Puffendorff, la que, *á pesar de la resistencia de un persona, obliga á sus miembros á ejecutar ó á sufrir una cosa.* Bien se comprende que en tal caso sólo es culpable del delito el autor de la violencia, pues el que la sufre obra sin voluntad y contra su voluntad: no es más que un instrumento y, por lo tanto, no delinque.

Adviértase que esta *fuerza irresistible* no puede nunca consistir en el ímpetu ó arrebato del agente, sino que ha de ser precisamente una fuerza *extraña* proveniente de un tercero. (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1871 y de 15 de Marzo de 1876, publicadas en las *Gacetas* de 17 y 25 de Julio de dichos años.)

Art. 8.°... 10. El que obra impulsado por *miedo insuperable* de *un mal igual* ó *mayor.* (Art. 8.°, núm. 10, Cód. de 1850. —Art. 64, Cód. Fran.—Art. 10, núm. 3.°, Cód. Brasil.—Artículo 121, núm. 8.°, Cód. Báv.—§ 48, Cód. Prus.)

La amenaza que constituye ese *miedo insuperable* ha de ser de tal gravedad é inminencia que pueda decirse que la mayoría de los hombres hubieran cedido á ella. El mal con que se nos amenaza ha de ser *mayor* ó por lo menos *igual* al que se nos hace cometer; con ello ha querido significar el legislador que cualquier temor no ha de ser bastante para eximirnos del cumplimiento de nuestro deber. Sólo puede eximirnos de él, y por lo tanto de responsabilidad criminal, la amenaza de un mal tan grave, por lo menos, como el que se nos obliga á ejecutar. Me cogen unos facinerosos y me amenazan de muerte si no incendio la casa de mi vecino; si ejecuto el hecho bajo tal amenaza, tan grave como inminente, me comprende la exención de responsabilidad criminal de este número; mas estos mismos facinerosos me amenazan con talarme un bosque si no mato á mi padre: no puede comprenderme en este caso la exención de responsabilidad, porque el mal con que se me amenaza es de mucho inferior al que cometo matando á mi padre.

CUESTION I. *Hallándose recorriendo de noche las calles de un pueblo varios vecinos del mismo, les da el alto una pareja de carlistas de los*

que componían la Comandancia de armas de las fuerzas rebeldes, que á la sazón dominaban en el referido pueblo, y como no contestaran aquéllos, da la voz de fuego el que desempeñaba el cargo de Comandante, y disparando su arma uno de la pareja, mata á uno de los expresados mozos: ¿cabrá invocar en favor de los autores del hecho la circunstancia **eximente** *de haber obrado por* **miedo insuperable** *de* **un mal igual ó mayor?**—El Tribunal Supremo resolvió la negativa, declarando que en tal caso se invocó sin fundamento la circunstancia eximente del miedo insuperable, porque donde no hay riesgo, ni agresión, ni temor de ninguna especie, como no lo había en la ocasión en que los procesados ejecutaron el homicidio, el uno mandando hacer fuego y el otro haciéndolo, no puede existir miedo, ni superable, ni insuperable, de ninguna especie. (Sentencia de 6 de Noviembre de 1877, inserta en la *Gaceta* de 27 de Enero de 1878.)

CUESTION II. *Si á consecuencia de orden del Comandante militar, determinó la Autoridad gubernativa de cierto pueblo que el procesado proporcionase su carro para hacer el servicio de bagaje, el cual se negó á cumplir esta determinación, en primer término sin manifestar la causa, en segundo porque no tenía criado disponible, y en tercero porque no entregaba á nadie sus caballerías; sacando su carro de la población sin que prestase el servicio de bagaje que le correspondía, retardándose por su causa dos horas la salida del convoy; aun cuando durante el término de prueba acredite el procesado que era miliciano nacional, razón por la que no podía alejarse de la población ni prestar el servicio de bagajería sin exponerse al riesgo de ser secuestrado por las fracciones carlistas, y que los milicianos se consideraban exentos de la carga de bagajes, en compensación de los servicios que prestaban por razón de su instituto, ¿podrá invocar legalmente á su favor la* **exención de responsabilidad criminal,** *fundada en que* **obró por miedo insuperable** *de* **un mal mayor?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Zaragoza calificó el hecho de *desobediencia á la Autoridad,* previsto y penado en el art. 265 del Código, sin circunstancias apreciables, y lo condenó á dos meses y un día de arresto mayor, multa de 125 pesetas, accesorias y costas, sin que al recurso interpuesto por la defensa del reo, citando como infringido el art. 8.º, núm. 10 del Código, diera lugar el Tribunal Supremo, el cual mantuvo la calificación hecha y la pena impuesta por la Sala, fundándose en que no puede dudarse que constituye un verdadero delito la desobediencia en que incurrió el procesado; que fué *grave,* atendida la importancia del servicio que se le exigía, mucho más en tiempo de guerra, y á que su falta de cumplimiento perjudicaba, no sólo al servicio general, que se retardó dos horas por su insistencia en desobedecer, sino que también debía gravar á aquel de sus vecinos que tuviera que suplir su omisión, sin que en la sentencia se infrin-

giera el art. 8.°, núm. 10 del Código, porque no existió el miedo insuperable que suponía el procesado, ni aun el temor referente á la persona, toda vez que el mandato de la Autoridad no le obligaba á ir personalmente, sino que ya le había facilitado el medio de que fuese otro quien acompañase su carro. (Sentencia de 27 de Mayo de 1876, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto.)

CUESTION III. *El que ha prestado una declaración falsa y al ser indagado en la causa que se le forma por el delito de falso testimonio, manifiesta que dicha declaración la prestó convaleciente de una grave enfermedad que lo había constituído en un estado delicado, por lo cual, y por encontrarse presentes al acto algunos de los interesados, que con palabras y ademanes cohibieron su libertad, prestó aquélla de una manera automática y contestó á las preguntas que se le dirigieron sin conciencia de lo que decía, por el aturdimiento de sus sentidos, ¿podrá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal** *por haber obrado en condiciones capaces de producirle* **miedo insuperable de un mal mayor?**—En esta consideración se fundó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada para decretar la libre absolución del procesado. Mas interpuesto por el Ministerio Fiscal recurso de casación contra dicha sentencia, porque los datos enumerados en la misma no debieron estimarse como circunstancia eximente, sino cuando más como atenuante de arrebato y obcecación, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al referido recurso, fundándose en que la situación del que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual ó mayor presupone términos de comparación entre un mal conocido, y en su entidad apreciable como susceptible de producir en el ánimo dicho miedo insuperable, á cuyo impulso se produzca y realice el acto criminal; y que estos términos de comparación no existían en condiciones de poderse apreciar en el que ejecutó el procesado declarando falsamente á favor del reo, porque los hechos probados, limitándose á establecer el estado de debilidad física en que la convalecencia de una enfermedad le tenía y la manifestación de haber declarado á presencia de los presuntos reos de carácter violento, están muy lejos de revelar la existencia de un mal que real y verdaderamente amenazase al procesado y fuese de igual ó mayor entidad que el producido por el acto criminal perpetrado; por falta de cuya necesaria demostración, la Sala no aplicó acertadamente al caso de que se trata la circunstancia de exención mencionada, incurriendo, por lo tanto, en el error de derecho alegado por el Ministerio Fiscal recurrente. (Sentencia de 15 de Noviembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 5 de Febrero de 1881.)

Art. 8.°... 11. El que obra en cumplimiento de un *deber* ó en el ejercicio legítimo *de un derecho, oficio ó cargo.* (Art. 8.°,

núm. 11, Cód. de 1850.—Art. 14, núm. 5.º, Cód. Port.—Artículo 124, Cód. Báv.)

De un deber, de un derecho, oficio ó cargo.—Por ejemplo: el verdugo que mata en el cadalso, el alguacil que prende á un culpable, el médico que amputa un brazo al que le tiene gangrenado, todos obran en cumplimiento de sus respectivos deberes, y á todos alcanza, por lo tanto, la exención de responsabilidad criminal de este número.

CUESTION I. *El que, rondando par disposición de la Autoridad, encuentra y da el alto á unos mozos, y contestando éstos con palabras desatentas y groseras, da á uno de ellos golpes con la carabina, causándole varias lesiones menos graves, ¿podrá invocar á su favor la circunstancia* **eximente** *de este número?*—No, ciertamente; porque nunca hay motivo bastante para golpear y lesionar al que contesta groseramente, ni menos puede admitirse que el que lo hace obra en cumplimiento de su deber; existirá, sí, la atenuante de arrebato y obcecación, pero no la eximente del número que comentamos. (V. la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 5 de Febrero de 1872.)

CUESTION II. *Un guarda de campo que hiere con disparo de arma á un tercero, por haber atravesado los sembrados que guardaba, ¿podrá invocar á su favor la exención de este número, alegando que obró en el* **ejercicio legítimo** *de su* **oficio** *ó* **cargo?**—Como quiera que no entra en la esfera de los deberes de un guarda rural ó de mieses, ni corresponde al ejercicio legítimo de ese cargo herir, golpear ni maltratar á otra persona, aunque ésta haya causado algún daño en aquéllas, ó contravenido á las Ordenanzas, sino que en tal caso sólo puede y le es permitido denunciar el hecho á la Autoridad competente, es evidente que de ningún modo puede serle aplicable la exención de responsabilidad criminal que sanciona este número. (V. la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Enero de 1874, publicada en la *Gaceta* de 10 de Abril.)

CUESTION III. *El* **Alcalde de barrio** *que intima á varios sujetos que llamaban á altas horas de la noche á la puerta de una taberna, que se retiren, y como no lo ejecutan, llama en su auxilio á dos serenos; y como á pesar de ello promovieran cuestión, dispara un revólver, causando á uno de dichos sujetos una lesión menos grave, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal** *por haber obrado en el* **ejercicio legítimo de su cargo?**—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Granada, la que calificando el hecho de doble delito de disparo de arma de fuego y lesiones, sin circunstancias apreciables, condenó á dicho Alcalde á tres años de prisión correccional, accesorias, indemnización y costas. Mas el Tribunal Supremo *casó y anuló* la antedicha sentencia, en virtud del recurso interpuesto contra la misma, fundándose en que,

ejecutado el acto origen del procedimiento por quien, como Alcalde de barrio, desempeñaba las funciones de autoridad legítima, cuya misión era vigilar y sostener el orden contra los que trataran de perturbarlo, en cuyo caso se hallaban el lesionado y sus compañeros, quienes, despreciando las amonestaciones de aquél, le precisaron á recurrir, primero al auxilio de los serenos, y posteriormente á disparar el arma que llevaba para su defensa, tales circunstancias le colocaban en el caso de exención de responsabilidad criminal, comprendido en el núm. 11 del citado art. 8.º del Código penal, y al no declararlo así, la Sala sentenciadora incurrió en error de derecho, omitiendo hacer la exacta y debida aplicación de la Ley. (Sentencia de 28 de Enero de 1875, inserta en la *Gaceta* de 31 de Marzo.)

CUESTION IV. *Después de haber estado unos borrachos escandalizando de noche y arrojado piedras, con una de las cuales hirieron á una persona, se retiran á una posada; y llegándose á ella un sereno y un guarda, mandan abrir la puerta, y preguntándoles el por qué del alboroto que habían promovido, les contesta uno de ellos que se marcharan, ó que si no cogía una estaca; y como saliera á la puerta en actitud amenazadora, recibe del guarda una herida de bayoneta, que le produjo á los pocos instantes la muerte: ¿deberá en tal caso apreciarse que el procesado* **obró en el ejercicio legítimo de su cargo** *y declarársele, por lo tanto,* **exento de responsabilidad criminal?**—No lo estimó así la Audiencia de Burgos, la que calificó el hecho de homicidio, con la circunstancia atenuante de *provocación* por parte del ofendido, y condenó al procesado en doce años y un día de reclusión; sin que al recurso de casación interpuesto por la defensa de éste diera lugar el Tribunal Supremo, quien mantuvo la calificación del hecho y pena impuesta por la Sala, fundándose en que, si bien el procesado, como guarda rural, estaba encargado por la Autoridad de vigilar y sostener el orden público, de esto no se deduce que pudiera abusar de su misión, cual lo hizo; porque concluído el escándalo que los carreteros dieron, y estando ya éstos dentro de la posada, debió concretarse á dar parte á la Autoridad para que procediera á lo que hubiese lugar, sin necesidad de ir á la posada para requerirlos por el escándalo que habían dado, que fué lo que dió motivo al suceso. (Sentencia de 31 de Enero de 1876, publicada en la *Gaceta* de 31 de Mayo.)

CUESTION V. *A, heredero testamentario de B, esposa de C, solicita judicialmente la posesión de los bienes dejados por la misma, con cuyo motivo D, hermano de aquélla, presenta escrito en el mismo juzgado, oponiéndose á dicha pretensión, fundándose en que, «por más que le era sensible expresarlo, la citada difunta había sido hasta su muerte una* **mujer adúltera,** *y su* **cómplice** *el expresado A, como á su tiempo probaría cumplidamente, siendo ésta, entre otras, una de las causas que invalidan las últimas volun-*

tades, como la de que se trata,» y concluyó pidiendo se denegara la posesión solicitada, jurando no proceder de malicia, en cuyo escrito se ratificó bajo juramento: ¿cabe calificar semejantes expresiones de **delito** *de* **injurias**, *ó deberá ser el procesado declarado* **exento de responsabilidad criminal**, *con arreglo al artículo 8.º, número 11 del Código, por haber* **obrado en el ejercicio legítimo de un derecho?**—La Sala de lo criminal que falló la causa calificó el hecho de *delito* de *injurias graves* por escrito y con publicidad, sin circunstancias apreciables, y condenó al procesado á cuarenta y dos meses y veintiún días de destierro, multa de 300 pesetas y costas. Mas interpuesto recurso de casación por la defensa del reo contra dicha sentencia, por infracción, entre otros, del citado art. 8.º, número 11 del Código, porque concediendo las leyes 12, tít. 7.º, y 2.ª, título 8.º de la Partida 6.ª al hermano preterido por el testador la acción de pedir la nulidad de la institución de heredero hecha á favor de hombre de mala vida, al oponerse el procesado á la posesión de la herencia de su hermana por el heredero que la misma instituyó, alegando como fundamento de su acción y ofreciendo probar que éste vivió en constante adulterio con la testadora, y, por tanto, no podía ser su heredero, *obró en el ejercicio legítimo del derecho* que le concedían aquellas leyes, y no cometió, por ende, el delito de injurias por que se le penaba, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* al expresado recurso, fundándose en que el procesado, al ejercitar en un negocio civil el derecho de que se creía asistido, oponiéndose á la posesión de bienes dejados en testamento por su hermana al querellante, no tuvo más objeto que preparar una acción también civil y no el de injuriar; que declarando el art. 8.º, núm. 11 del Código exento de responsabilidad criminal al que *obra en el ejercicio legítimo de un derecho*, en cuya situación se hallaba el procesado al oponerse á la posesión de bienes solicitada por el querellante, era evidente que no cometió el delito de injurias, objeto de la querella. (Sentencia de 14 de Marzo de 1876, inserta en la *Gaceta* de 25 de Julio.)

CUESTION VI. *El agente de la Autoridad que por el solo hecho de resistirse á obedecer sus órdenes un sujeto dispara contra éste su escopeta ó carabina, aunque sin causarle daño, ¿podrá alegar en su favor para eximirse de la pena del delito de disparo de arma de fuego, ó siquiera para atenuarla, que obró, ó cuando menos creyó obrar,* **en cumplimiento de los deberes de su cargo?**—El Tribunal Supremo ha resuelto que en tal caso el agente de la Autoridad no obra en cumplimiento de un deber, ni en el ejercicio legítimo de su cargo, sino que falta á él, abusando y extralimitándose de sus funciones, y comete voluntariamente un hecho punible sin que móvil alguno le impela á ello, por lo que, más que motivo de atenuación, debe serlo de agravación el carácter que ostenta. (Sentencia de 4 de Abril de 1876, publicada en la *Gaceta* de 30 de Julio.)

CUESTION VII. *El agente de la Autoridad que, sin ser agredido por un sujeto, le golpea y hiere sólo porque en su estado de embriaguez le desobedece é injuria, ¿podrá eximirse de la pena del delito de lesiones cometido, so pretexto de que ha* **obrado en el ejercicio de su cargo?**—Así lo estimó la Sala de lo criminal de la Audiencia de Sevilla en el caso propuesto. Mas deducido contra dicha sentencia recurso de casación por el lesionado, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que no entra en la esfera de los deberes de los agentes de la Autoridad, ni corresponde al ejercicio legítimo de su cargo, golpear y herir á otra persona, *á no ser que sean agredidos ilegítimamente*, por más que ésta escandalice y aun injurie á los mismos agentes, á quienes corresponde tan sólo detenerle y dar parte á la Autoridad competente de los excesos que haya cometido, y que, por tanto, la Sala sentenciadora, al declararlo exento de responsabilidad criminal, aplicando al caso el núm. 11 del art. 8.º del Código penal, infringió este artículo, etc. (Sentencia de 13 de Junio de 1876, inserta en la *Gaceta* de 22 del mismo mes.)

CUESTION VIII. *Un Inspector de policía ordena á dos vigilantes subordinados suyos que se armen y salgan á prender á un individuo sospechoso que viva fuera de la población, y recelando que éste podría ser protegido por sus amigos por haber pertenecido á la facción carlista, toman las precauciones convenientes para cumplimentar la orden por los medios menos expuestos; pero habiéndose dado dicho sujeto á la fuga, le da uno de los vigilantes, por dos veces, la voz de «alto,» y como no se detuviera, le dispara la carabina sin verle por la oscuridad de la noche, como á la distancia de unos 30 pasos, cayendo muerto dicho sujeto á consecuencia del disparo: ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad criminal** *el autor de este homicidio, por haber obrado* **en cumplimiento de su deber** *y en virtud de* **obediencia debida?**—No lo estimó así la Audiencia de Albacete, la que calificando el hecho de delito de homicidio, con la sola circunstancia atenuante de no intención de causar un mal tan grave, condenó al procesado á doce años y un día de reclusión. Mas interpuesto recurso de casación por el procesado, por infracción del art. 8.º en sus números 11 y 12 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que no resultando que el acusado tuviera intención de causar el homicidio que produjo el disparo, sino de detener al fugitivo á quien no veía, y habiendo tenido lugar el hecho á altas horas de la noche y mediando una distancia de 30 pasos, dedúcese de ello que el procesado sólo se propuso cumplir la orden de su superior, sin excederse, por más que el medio empleado viniera por una fatalidad á producir el homicidio, por lo que era evidente que no incurrió en responsabilidad criminal, y que la Sala, al calificarlo y penarlo como autor de homicidio, infringió el referi-

do art. 8.° del Código en sus núms. 11 y 12. (Sentencia de 26 de Junio de 1876, publicada en la *Gaceta* de 19 de Agosto.)

CUESTION IX. *Hallándose el Alcalde de un pueblo en compañía del Secretario del Ayuntamiento y varios vecinos en una casa, oyen la detonación de dos ó tres tiros ó cohetes disparados desde la casa de un vecino, y hacia el mismo sitio las voces de «Viva Carlos VII,» por lo que se dirigen á dicha casa, y como estuviese cerrada y su dueño se negase á abrirla á pesar de las intimaciones que se le hicieron, por disposición del Alcalde se echa abajo la puerta, penetran todos en la casa, donde no había más que las personas de la familia, apodéranse del dueño y le causan varias contusiones que curaron á los siete días, entregándole al Celador para que lo llevase á presencia del Gobernador: ¿podrá el* **Secretario** *alegar en su favor la* **exención de responsabilidad criminal** *que determina el caso 11 del art. 8.° del Código, porque al acompañar al Alcalde* **obró en cumplimiento de su deber?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña declaró que los hechos expuestos constituían los delitos de allanamiento de morada y detención arbitraria, y una falta incidental de lesiones, siendo autores, entre otros, del primer delito, efectuado de noche y con fractura, el susodicho *Secretario*, á quien condenó á la multa de 1.000 pesetas, á cinco años de suspensión del cargo y parte de costas. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la defensa de aquél por infracción de los arts. 1.°, 3.°, 7.° y 10 de la ley de orden público de 23 de Abril de 1870, vigente en la época en que tuvo lugar el suceso, por hallarse entonces en suspenso las garantías constitucionales, ley que autorizaba á la Autoridad á tomar cuantas medidas preventivas y de vigilancia tuviera por convenientes y á detener á cualquiera persona, si lo estimase necesario; citándose también como infringido el art. 8.°, núm. 11 del Código, pues aun en la hipótesis de que el hecho fuera delito, debió declarársele exento de responsabilidad criminal, por haber obrado en cumplimiento de su deber. Y el Tribunal Supremo, si bien no dió lugar al recurso por la infracción de los artículos citados de la ley de orden público, declaró *haber lugar* á él por infracción del referido art. 8.°, núm. 11 del Código, como es de ver por los considerandos de su Sentencia, que dicen así: «Considerando que el artículo 2.° de la ley de orden público de 23 de Abril de 1870 establece en su núm. 1.° que son objeto de la referida ley las medidas gubernativas que las Autoridades civiles y militares pueden y deben adoptar para mantener y restablecer el orden público y para prevenir los delitos contra la Constitución del Estado, contra la seguridad interior y exterior del mismo y contra el orden público, que la vigente ley penal condena: Considerando que cuando la referida ley reviste de facultades extraordinarias á las Autoridades, no por ello les faculta para usar de ellas sin causa ni motivo alguno, sino que, como expresa el artículo citado, deben tener por objeto

el mantener y restablecer el orden público; por lo que, cuando no existe tal razón, bien porque no se halla éste alterado, ó bien porque no haya recelo ni temor de que suceda, falta entonces la razón de ejercer las facultades extraordinarias, concedidas solamente en defensa de la seguridad del Estado: Considerando que, según se expresa en la sentencia, instruído expediente gubernativo por la Comisión provincial, ésta, visto el resultado de las diligencias practicadas, manifestó que el allanamiento de la casa de Ramón Filgueira había sido inmotivado, y que no aparecían justificados los motivos con que pretendió cohonestar semejante abuso, y que, además, en otros dos fundamentos de hecho la Sala sentenciadora consignó, en uno que los vecinos inmediatos á la casa de Ramón Filgueira y otros varios testigos areguran que en la noche en que se verificó el allanamiento de su casa no se dieron gritos subversivos ni de otro género, ni se dispararon armas de fuego, habiéndose oído únicamente los cohetes en un sitio que no podían determinar, á bastante distancia de la mencionada casa, y en otro de los fundamentos no estima la prueba practicada por los procesados para justificar los motivos que habían alegado como fundamento de sus actos: Considerando, por consiguiente, que no es procedente el recurso, en cuanto se funda en lo dispuesto en los arts. 1.º, 3.º, 7.º y 10 de la ley de orden público, la que fué dictada para conservarle y no para molestar las personas cuando ni las circunstancias ni el interés público lo exigen: Considerando, en cuanto al segundo motivo, que el abuso que el Alcalde hiciese de sus facultades no puede perjudicar al Secretario don Ramón Taguias, porque con tal carácter *estaba obligado á auxiliarle* como dependiente de la Autoridad é intervenir en la manera que lo hizo, y que en su consecuencia obró con la obediencia debida que la Ley exige para la exención de responsabilidad en el caso 11 del art. 8.º del Código penal, y porque tratándose del ejercicio de las facultades extraordinarias, no estaba obligado á saber si existían ó no motivos poderosos que, apreciados por el Alcalde, principal responsable de sus actos, dieran lugar á lo que practicó respecto á la casa y persona de D. Ramón Filgueira: Considerando que, en tal concepto, la sentencia dictada por la Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña ha incurrido en error no aplicando el indicado caso 11 del art. 8.º del Código penal, y es procedente la casación, etc.» (Sentencia de 11 de Noviembre de 1876, publicada en la *Gaceta* de 18 de Enero de 1877.)

CUESTION X. *El* **Alcalde** *que da la voz de fuego, sin preceder el requerimiento legal, contra los individuos de una parcialidad política que se hallaban algo amotinados en un día de elecciones, y señaladamente contra el Juez municipal, que procuraba tranquilizar los ánimos y que se retirasen los amotinados, produciéndose con los disparos que á dicha voz se hicieron varios homicidios y lesiones, ¿podrá invocar en su favor la* **exención de**

responsabilidad criminal *que determina el núm. 11 del art. 8.º del Código penal, ó sea de haber obrado* **en cumplimiento de su deber** *ó en el* **ejercicio legítimo de su cargo?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Valencia le condenó, como autor, por inducción, de los referidos hechos, á diez y siete años, cuatro meses y un día de reclusión, sin que al recurso interpuesto por su defensa contra dicha sentencia, por infracción del citado art. 8.º, núm. 11 del Código, diera lugar el Tribunal Supremo, quien mantuvo la calificación del hecho y pena impuesta, fundándose en que al obrar dicho Alcalde en la forma expuesta, no sólo se excedió y abusó de la autoridad que tenía, sino que ejecutó un acto de venganza, por lo que no puede sostenerse que obrara en cumplimiento de su deber ó en el ejercicio legítimo de su cargo, como exige el caso 11 del artículo 8.º del referido Código penal. (Sentencia de 3 de Febrero de 1877, inserta en la *Gaceta* de 2 de Agosto.)

CUESTION XI. *El Alcalde y Concejales de un Ayuntamiento que mandan á la cárcel, donde le detienen durante algunas horas, á un Comisionado de apremios que al presentarse á aquél en estado de embriaguez empleó palabras y ademanes poco respetuosos, insultándole, así como á los demás individuos del Ayuntamiento, ¿serán responsables del delito de* **detención ilegal,** *ó deberán ser declarados* **exentos de responsabilidad criminal,** *con sujeción al núm. 11 del art. 8.º del Código?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid estimó lo primero y condenó á los procesados á la multa de 300 y 200 pesetas respectivamente. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por la defensa de los reos, que alegó la infracción del citado art. 8.º, núm. 11, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que la ley municipal de 20 de Agosto de 1870, vigente cuando se verificó la referida detención, declara, en sus artículos 67 y 68, á los Ayuntamientos competentes para acordar lo conducente acerca de la vigilancia, y les encomienda asimismo la policía de seguridad; que la conducta irregular que observó el Comisionado daba lugar á un procedimiento en concepto de delito, como lo estimó rectamente la Sala sentenciadora, y además la embriaguez, con perturbación y escándalo, constituye una falta prevista por el Código penal; y dados estos antecedentes, los procesados, al adoptar la medida de detención por vía de precaución, como aparece, pudieron creerse autorizados por las disposiciones de la ley antes expresada, en méritos de la generalidad con que están redactadas, y porque para que tuviese efecto esta atribución, que es al mismo tiempo un deber, siempre era indispensable emplear algún medio para asegurar la vigilancia y la policía de seguridad que la Ley les encomendaba; que en tal concepto, además de constar la falta de intención de delinquir, aun en el caso de que hubieran delinquido, lo hicieron *cumpliendo con un deber*, y por entender que *ejercían legítimamente un derecho*

de su cargo municipal, siendo, por lo tanto, procedente el recurso interpuesto por infracción del núm. 11 del art. 8.º del Código penal, con relación á lo dispuesto en los arts. 67 y 68 de la ley municipal de 20 de Agosto de 1870. (Sentencia de 1.º de Junio de 1877, inserta en la *Gaceta* de 28 de Agosto.)

CUESTION XII. *El Comandante de una guarnición que interviniendo en una pequeña cuestión suscitada entre el Alcalde y el Juez municipal de un pueblo, les manda callar y que se retiren; y como no lo verificara este último, le amenaza con conducirlo preso, y manifestándole el Juez que no era competente para ello por hallarse él constituído en Autoridad, le hace conducir por dos números de la guardia á la prevención, donde estuvo detenido cuarenta y ocho horas, ¿podrá* **eximirse de responsabilidad criminal** *por haber obrado* **en cumplimiento de un deber de su cargo?**—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Burgos declaró que el expresado hecho constituía el delito de *atentado*, penado en el número 2.º del art. 264 del Código, y apreciando la circunstancia atenuante de obcecación y arrebato, condenó al procesado á dos años, cuatro meses y un día de prisión correccional, accesorias, multa de 250 pesetas y costas, sin que al recurso interpuesto por la defensa del reo por infracción del artículo 8.º, núm. 11 del Código diera lugar el Tribunal Supremo, que mantuvo la calificación del delito y la pena impuesta por la Sala, fundándose en que obrando el ofendido en el caso de autos como Juez municipal, y reconocido con este carácter por el procesado, éste *empleó fuerza* contra su Autoridad, haciéndole conducir á la prevención, donde le tuvo detenido cuarenta y ocho horas, sin que aparezca fuera urgente ni necesaria la detención de dicho Juez municipal; no pudiendo comprenderse el proceder del recurrente en el núm. 11 del art. 8.º del Código penal, que exime de responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo, porque de los hechos expuestos no resultaba ningún motivo probado que autorizase á emplear la fuerza contra dicho Juez municipal, ni el Capitán Ariza (el procesado), Comandante de la guarnición de Trespaderne, con quien no se había entendido aquél para nada, podía obrar en cumplimiento de ningún deber, ni en el ejercicio legítimo de su cargo militar, deteniendo arbitrariamente á una Autoridad civil que se le anunciaba como tal y le manifestaba su incompetencia, señalando con esto el atentado que iba á cometer, y que se castigó debidamente por la Sala, sin que por ésta se cometiera error de derecho en la no calificación de la circunstancia eximente de responsabilidad citada. (Sentencia de 11 de Junio de 1877, publicada en la *Gaceta* de 31 de Agosto.)

CUESTION XIII. *Yendo una noche de patrulla por las calles de una ciudad un Inspector de orden público y varios vigilantes, encuentran á*

un sujeto de malos antecedentes, procesado antes varias veces por atentado y amenazas á los agentes de la Autoridad y por lesiones, quien les sigue hasta la puerta de la Inspección, donde se detienen para acordar el plan de vigilancia; y como dicho sujeto se les acercara para enterarse, le previene uno de los vigilantes que se retire y marche á su casa, á lo que obedece; mas como al poco rato le encontrasen de nuevo y le reconviniese el Inspector, se desemboza, y en el mismo momento de echarse un arma á la cara y apuntarles, le disparan también casi instantáneamente los tres vigilantes, produciéndole varias lesiones: ¿deberán dichos agentes de la Autoridad ser declarados **exentos de responsabilidad criminal** *por haber obrado, á la par que en defensa de sus personas,* **en cumplimiento de un deber** *y en* **el ejercicio legítimo de su cargo?**—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de Albacete, que los calificó de autores del doble delito de disparo y lesiones sin circunstancias apreciables, y con arreglo al art. 90, los condenó á tres años de prisión correccional á cada uno. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por infracción, entre otros artículos del Código, del 8.º, núm. 11, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él, fundándose en que la Sala infringió indudablemente esta disposición al no aplicarla á los recurrentes, que, obrando en cumplimiedto de su deber, vigilando por el orden y seguridad de la población, al ser desobedecidos por un hombre de malos antecedentes como el lesionado, y al ver que se echaba el arma á la cara apuntándoles, se defendieron legítimamente, disparando contra él y causándole las lesiones referidas. (Sentencia de 11 de Febrero de 1878, inserta en la *Gaceta* de 22 de Abril.)

CUESTION XIV. *Si del juicio resulta que en cierta parroquia se veneraba la imagen de una Virgen, teniendo ésta su hermandad instituída, aunque sin aprobación, y cuyas alhajas y ropas proporcionaban en las festividades personas particulares, á las que se devolvían por la camarera de la imagen luego de concluída la función, sin que en ello tuviera intervención el Párroco; mas habiendo una tarde acudido la camarera con otras personas á la iglesia después de terminada la novena para desnudar á la Virgen y devolver las ropas, se presentó el Párroco exigiendo que se llevasen éstas á su casa, y como se negase la camarera, salió del templo y echó la llave por fuera, dejando encerradas en él á la camarera y personas que la acompañaban, las que, después de permanecer en esta situación algunas horas, hubieron de subirse á la torre y tocar á rebato, acudiendo entonces los vecinos y el Alcalde, que, enterado de lo que ocurría, se personó en casa del Párroco á reclamarle la llave de la iglesia para que las personas encerradas pudieran salir, la que se resistió á entregar hasta que se aceptó la condición que imponía de que las ropas de la Virgen habían de quedar en la iglesia, como en efecto quedaron: ¿podrá el referido Párroco eximirse de la pena del delito de*

coacción, *definido en el art. 510 del Código, alegando la circunstancia 11 del art. 8.º del mismo, en razón á que obró en el* **cumplimiento de su deber** *y en el* **ejercicio legítimo de un derecho ó cargo** *no permitiendo en su iglesia titular actos de una congregación no autorizada, y por lo tanto ilegal, y no consintiendo que unas ropas y alhajas destinadas al culto de una imagen, y que por su carácter de santas se hallan fuera del comercio de los hombres, estuvieran en poder de particulares en el concepto de individuos de una hermandad que por el vicio de su constitución estaba fuera de la Ley?*—Á pesar de estas consideraciones expuestas por la defensa del reo, el Tribunal Supremo mantuvo la calificación del delito de *coacción* hecha por la Sala y la pena de nueve meses y un día de arresto mayor, accesoria, multa de 125 pesetas y costas, impuesta á dicho Párroco, fundándose en que los hechos expuestos demostraban concluyentemente que éste, no sólo impidió á la camarera de la imagen y demás personas que la acompañaban hacer lo que no está prohibido, sino que *violentamente* les obligó á que ejecutaran lo que no querían, viéndose precisados á dejar en la iglesia los efectos que, según costumbre, empleaban para adornar la imagen de la Virgen el día que celebraban su festividad, y que, concluída, recogían en su casa; y que, si bien el art. 8.º del Código dispone en su núm. 11 que está exento de responsabilidad el que obra en cumplimiento de su deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo, en ninguno de estos casos se encontraba el recurrente, porque los efectos con que ornaban á la imagen no pertenecían á la iglesia, eran de particulares que tributaban á la Virgen el culto y adoración á que querían dar el mayor esplendor, sin tener aquél intervención en estos actos, reconociendo que carecía de autoridad propia ó delegada para cohibir, en la forma que lo hizo, y que, por lo tanto, al calificar y penar la Sala el hecho en la forma que lo verificó, no cometió la infracción alegada por el recurrente. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1880, publicada en la *Gaceta* de 6 de Marzo de 1881.)

CUESTION XV. El jefe de una estación de ferrocarril *que, requerido por el Juzgado de primera instancia para que adelante la salida de un tren á fin de que pudiera constituirse con toda prontitud en el sitio donde ocurriera el choque de dos trenes, con muerte y lesionamiento de varias personas, se niega terminantemente á obedecer dicha orden ó requerimiento, manifestando después que accedería si se le comunicaba la orden por escrito, en cuya situación llegó la hora ordinaria de la salida del tren sin que se cumpliera, por lo tanto, la disposición del Juzgado, ¿deberá ser declarado* **exento de responsabilidad** *en cuanto á semejante* **desobediencia por haber obrado en cumplimiento de un deber?**—No lo estimaron así ni el Juez municipal ni el de primera instancia, que condenaron al procesado por la *falta* de *desobediencia leve*, comprendida en el núme-

ro 5.° del art. 589 del Código, á la pena de 15 pesetas de multa y costas. Mas interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia, alegando que éste debió ser declarado exento de responsabilidad criminal por haber obrado en cumplimiento de su deber, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á dicho recurso: «Considerando que el art. 67 del reglamento para la ejecución de la ley de policía de ferrocarriles dispone que ningún tren podrá partir de la estación antes de la hora marcada en el reglamento de servicio: Considerando que, según el núm. 11 del artículo 8.° del Código penal, no deliquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad, los que obran en cumplimiento de un deber: Considerando que el acusado, como jefe de estación, ajustó sus actos á las disposiciones que reglamentan el servicio de ferrocarriles, y tan distante estuvo de desobedecer al Juez de primera instancia que le manifestó cumpliría su orden, quedando relevado de la responsabilidad que le imponía su cargo, es, pues, evidente que obró en el cumplimiento de su deber y no incurrió en responsabilidad criminal: Considerando, por tanto, que el Juez de primera instancia de Torrelavega, al calificar y penar el hecho como desobediencia leve, comprendida en el núm. 5.° del art. 589 del citado Código, ha cometido las infracciones alegadas por el recurrente, etc.» (Sentencia de 4 de Julio de 1881, publicada en la *Gaceta* de 15 de Septiembre.)

CUESTION XVI. *Si hallándose dos dependientes de consumos, en cumplimiento del servicio que prestaban, apostados en cierto sitio, vieron llegar un carro del que empezaron á descargar cuartines de vino que recogían varios marineros, por lo que les dieron la voz de ¡alto!, echando á correr el carro, tras el cual fué uno de dichos dependientes, dirigiéndose el otro á los marineros que habían cogido uno de los cascos de vino, que llevaban á una lancha; y como tratase de quitárselo, le agarraron, mientras que un sujeto que venía detrás del carro gritaba: «ladrón, matad á ese ladrón,» aludiendo al dependiente, por lo que éste, sacando un revólver que llevaba en el bolsillo, disparó contra el que gritaba, causándole una herida en el pecho, que curó á los diez y ocho días, ¿deberá en tal caso declararse* **exento de responsabilidad** *al dependiente de consumos, por haber obrado en* **cumplimiento de un deber** *ó en el* **ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo?**—No lo estimó así la Sala de justicia de la Audiencia de Palma, la que condenó á aquél á dos años, once meses y once días de prision correccional. Pero interpuesto por la defensa del reo recurso de casación contra dicha sentencia por infracción del art. 8.°, núm. 11 del Código penal, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que el art. 8.° del Código penal vigente sanciona que no delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal, los que, según el núm. 11 de dicho artículo, obran en cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legí-

timo de un derecho, oficio ó cargo: Considerando que los hechos probados de haber desobedecido, resistido y amenazado al dependiente de consumos Vicente Castaño Borrás, cuando pretendía detener á los cinco ó seis marineros que, con el propósito de defraudar los derechos de consumos, extraían del carro en que iban conducidos algunos cuartines de vino, encaminándose con ellos á una lancha, y el de gritar en el propio acto Gabriel Planas, aludiendo al Castaño y dirigiéndose á los marineros: «á ese ladrón, matadle,» ponen de manifiesto el intento de defraudar los derechos de la Administración y la resistencia agresiva á satisfacerlos; así como la precisión en que se vió el encargado de su recaudación, que lo era el recurrente, en cumplimiento de su deber, de defenderlos, y aun de defenderse, en virtud de su legítimo derecho: Considerando que en tal concepto no puede menos de estimarse que obró en conformidad completa con lo prescrito en el núm. 11 del art. 8.º del Código penal, y se halla, por consiguiente, exento de responsabilidad criminal, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora ha incurrido en el error de derecho que el recurso le atribuye, infringiendo el citado art. 8.º en su núm. 11, etc.» (Sentencia de 26 de Noviembre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 28 de Enero de 1884.)

CUESTION XVII. *Los individuos de un somatén que disparan imprudentemente sus escopetas sobre dos sujetos sospechosos de ser criminales, al emprender éstos la fuga, ¿podrán invocar válidamente á su favor, como* **exención de responsabilidad,** *que obraron en* **cumplimiento de un deber** *ó en el* **ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa, porque tratándose de la captura de los referidos sujetos, por meras sospechas de criminalidad, y que no oponían resistencia, y no habiendo recibido de su jefe la orden de disparar sobre ellos sus escopetas, ni estaban en el derecho ni en el deber de hacerlo, ni les asistía tampoco la excusa de haberlo ejecutado por obediencia debida. (Sentencia de 15 de Octubre de 1883, publicada en la *Gaceta* de 29 de Diciembre.)

CUESTION XVIII. *El* **agente de la Autoridad** *que emplea la fuerza contra un ciudadano, sin tener que vencer resistencia adecuada por parte de éste, ni defenderse de agresión alguna, ¿podrá eximirse de la pena correspondiente al mal que con el uso de aquélla cause, alegando, con arreglo al art. 8.º, núm. 11 del Código, que obró* **en el cumplimiento y ejercicio de su cargo?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que si bien es cierto que el recurrente Luis García Aparicio obró en cumplimiento de su deber al requerir á Regino García para que pagase la multa correspondiente por haberse orinado en la vía pública, y al conducirle hacia la prevención con objeto de que hiciera el pago, como deseaba el Regino, ante la Alcaldía ó Delegación del distri-

to, no lo es menos que al sacar el sable y pegar con él al Regino García cuando iban andando con el objeto indicado, infiriéndole la lesión que ha padecido sin razón ó necesidad alguna probada, según la Sala sentenciadora, y sólo movido al parecer por el resentimiento que le produjo la desconfianza mostrada por aquél, faltó evidentemente á la obligación en que estaba de no emplear la fuerza sino en el caso en que tuviese precisión de vencer alguna resistencia adecuada ó de defenderse de cualquiera agresión, ninguno de cuyos motivos fué el determinante de su injustificado acto, y que la Sala sentenciadora no ha incurrido, por lo tanto, en error de derecho ninguno al castigarle como autor de un delito de lesiones, sin tener en cuenta la circunstancia eximente alegada, etc.» (Sentencia de 11 de Marzo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 9 de Octubre, páginas 153 y 154.)—Igual doctrina se consigna en otra Sentencia posterior: «Considerando, dice, que la supuesta infracción del art. 8.º, núm. 11 del Código penal no encuentra apoyo en el hecho de que la necesidad del servicio exigiera el empleo de la fuerza origen de la lesión producida, en cuanto las meras contestaciones, sin acto alguno de material resistencia, que á la reconvención del procesado (agente de la Autoridad) diera el reconvenido, no pueden legitimar el empleo del arma de fuego en tal momento y ocasión.» (Sentencia de 11 de Marzo de 1885, publicada en la *Gaceta* de 9 de Octubre, pág. 158.)—Véase, finalmente, reproducida la misma doctrina en la siguiente Sentencia: «Considerando que para que tenga lugar la aplicación de la circunstancia eximente de responsabilidad criminal señalada en el núm. 11 del art. 8.º del Código penal, forzoso es que el agente obre en el cumplimiento de un deber ó en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo: Considerando que, según los hechos que sirven de fundamento á la sentencia recurrida, cuando el sereno Pedro Díaz acudió por segunda vez á poner orden en el rancho de gitanos, no obró en el cumplimiento de su deber al inferir á María de la Encarnación Heredia la lesión que ha sido materia de este juicio, y cuya curación duró treinta y cinco días, porque no aparece que ésta desobedeciera, ni menos resistiera las órdenes del sereno Díaz, en cuyo único caso habrían estado justificados y dentro del citado núm. 11 del art. 8.º del Código los procedimientos de fuerza que empleó innecesariamente, etc.» (Sentencia de 22 de Febrero de 1885, publicada en la *Gaceta* de 17 de Julio, página 14.)

CUESTION XIX. *El* **guarda de consumos** *que al detener á dos sujetos por sospechar pudieran llevar artículos de pago, y al exigirles que tirasen las capas se ve desobedecido, y echando á correr uno de ellos le sigue en su carrera, y no parándose á pesar de sus intimaciones, le dispara dos ó tres tiros, causándole una contusión leve, ¿podrá invocar á su favor la* **exención de responsabilidad criminal** *que establece el núm. 11 del*

artículo 8.° del Código, por haber obrado **en cumplimiento de su deber y en el ejercicio legítimo de su cargo?**—No lo estimó así la Sala de lo criminal de la Audiencia de esta Corte, la que apreciando sólo en el hecho la circunstancia atenuante de arrebato y obcecación, condenó al expresado guarda á seis meses y un día de prisión correccional. Mas interpuesto contra dicha sentencia recurso de casación por la defensa del procesado, designando como infringido el citado art. 8,°, núm. 11 del Código, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que, según el art. 37 del reglamento para la organización y servicio del Resguardo de consumos, aprobado por Real decreto de 25 de Septiembre de 1885, los individuos de este instituto tienen el carácter de agentes de la Autoridad en actos propios del servicio á ellos encomendado, llevando el distintivo de su cargo; que conforme al art. 35, es de su principal obligación impedir el fraude conocido por matute ó contrabando, y que, con arreglo al mismo artículo, pueden hacer uso de sus armas, tanto para defender sus personas como para garantir los intereses de la Hacienda, cuando no sean atendidas sus intimaciones ó no dejen los defraudadores tiempo de hacerlas, sin consentir el fraude, ó sean por los mismos atacados: Considerando que, según los hechos probados, Ramón García, guarda de consumos, disparó contra Eulogio Soriano, no por resentimientos personales, sino en el acto de perseguirle como presunto defraudador, después de haber intentado reconocerle, de ser desobedecido y de haber apelado á la fuga el que había resistido sus intimaciones: Considerando que al proceder así Ramón García obró en cumplimiento de su deber y en el ejercicio legítimo de su cargo, que está por ello exento de responsabilidad criminal, y que el Tribunal sentenciador, al imponer pena al procesado como reo del delito de disparo de arma de fuego y de la falta de lesiones leves, ha infringido, por indebida aplicación, los arts. 423 y 603, núm. 1.°, y por omisión, el art. 8.°, circunstancia eximente 11.ª, del Código penal.» (Sentencia de 27 de Octubre de 1886, publicada en la *Gaceta* de 12 de Enero de 1887.)

CUESTION XX. *El* **agente de la Autoridad** *que habiendo requerido á un sujeto para que desaloje una finca adonde iba á cobrar cierta cantidad, y, siendo desobedecido, dispara contra aquél su escopeta y lo mata, ¿podrá eximirse de la pena del homicidio, por haber obrado* **en cumplimiento del deber** *que le imponía su cargo, ó atenuarla, cuando menos, estimando que ejecutó el hecho expresado por* **imprudencia temeraria?** —Sobre ambos extremos ha resuelto el Tribunal Supremo la negativa: «Considerando que al disparar el sereno Juan Barco Martínez la tercerola que usaba sobre el pardo Clemente Casañas al ir éste al ingenio El Carmen con objeto de cobrar 16 pesos de D. Cándido Sánchez, infiriéndole una lesión que le causó la muerte á las pocas horas, por no haber obede-

cido el requerimiento que le hizo para desalojar la finca, cometió el expresado delito, sin que el acto que produjo pueda calificarse de imprudencia, como pretende el recurrente, toda vez que para que ésta exista es indispensable la irreflexión del que la comete y falta de malicia, lo que no sucede en el presente caso: Considerando que no es de apreciar la circunstancia eximente núm. 11 del art. 8.º del dicho Código penal de haber obrado en cumplimiento de un deber que le imponía su cargo, por no poder conceptuarse como tal el acto de disparar un arma de fuego contra una persona sin motivo suficiente que lo justifique.» (Sentencia de 9 de Febrero de 1887, publicada en la *Gaceta* de 18 de Julio, pág. 20.)

Art. 8.º... 12. El que obra en virtud de *obediencia debida*. (Art. 8.º, núm. 12, Cód. de 1850.—Art. 23, núm. 5.º, Cód. Port. —Art. 70, Cód. Bel.)

Obediencia debida quiere decir que la obediencia ha de ser á un mandato legítimo que no esté en oposición con otros deberes directos y de mayor importancia que tenga el subordinado, y que el que manda ha de estar dentro del círculo de sus atribuciones. Regla general: todo inferior *debe obedecer* á su superior; pero como ha dicho un ilustrado comentarista, «entre la ley que manda en general obedecer á un superior que debe mandar cosas justas, etc., y una ley prohibitiva que manifiestamente contraría lo que el superior ordena, la elección no es dudosa.»

CUESTION I. *Yendo de ronda el Alcalde de un pueblo, en unión de dos Concejales y el alguacil, ven en medio de la plaza un grupo, del cual, á la voz de «¡alto!» sale uno de los que lo componen en ademán hostil, queriendo acometer al Alcalde y pronunciando dicterios contra el mismo, en cuyo acto da éste la voz de «fuego,» suena un tiro que produce la muerte de otro de los sujetos que estaban en la plaza, el cual tiro fué disparado por A, que, saliendo de su casa con un arma de fuego, se había unido á la ronda yendo detrás de ella: ¿estará* **exento** *A de* **responsabilidad criminal,** *en virtud de la circunstancia de que trata este número?*—La Audiencia de Valencia declaró que el hecho constituía el delito de homicidio, debiendo ser exento *A* de responsabilidad criminal por haber obrado en virtud de *obediencia debida*, y penó al Alcalde, por no haber tenido necesidad racional de mandar hacer fuego para su defensa, á siete meses de prisión correccional. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de Febrero de 1872, publicada en la *Gaceta* de 10 de Mayo, si bien mantuvo la pena impuesta al Alcalde, declaró que *A* no debía estar exento de resposabilidad, porque no siendo agente de la Autoridad, ni llamado por ella para formar parte de la ronda, á la que se asoció *voluntariamente*, y apareciendo que

el Alcalde no tuvo necesidad racional de mandar hacer fuego, ni contra el grupo que en situación tranquila se hallaba en la plaza, ni tampoco contra el individuo que destacándose de dicho grupo vino hacia él en ademán de acometerle, es obvio que dicho *A, libre* como lo había sido para reunirse á la ronda, *libre* quedaba para separarse de ella, *no tenía obligación* imprescindible en ningún caso *de obedecer* á la voz de «fuego» dada por el Alcalde, ni menos necesidad de disparar el arma que llevaba contra un grupo que ningún movimiento hostil hiciera contra la Autoridad, si se exceptúa el sujeto que de aquél se saliera.

CUESTION II. *El Teniente Alcalde de un pueblo que encontrándose en la cartería del mismo al recibirse la correspondencia pública, y viendo una carta dirigida á cierto sujeto, la abre manifestando que quería ver si era sospechosa, se entera de su contenido, y apareciendo que era para otra persona, se la manda, ¿podrá invocar en su favor la circunstancia de* **exención de responsabilidad criminal** *de haber* **obrado en virtud de obediencia debida**, *aun en el supuesto de ser cierto lo manifestado en su indagatoria de que había ejecutado el hecho fundado en un oficio del Alcalde, en que á virtud de otro que á su vez había recibido del Gobernador civil de la provincia, le prevenía que examinase las comunicaciones de los sospechosos?*—Á pesar de esta alegación, y á pesar de que obrando ya la causa en la Audiencia se recibió una exposición del sujeto á quien iba dirigida la carta, manifestando que desde antes de ser el procesado Teniente Alcalde le había autorizado para que abriera su correspondencia, tanto epistolar como telegráfica, la Sala de lo criminal de la Audiencia de Cáceres calificó el hecho de *violación de correspondencia privada* por un funcionario público, definido en el art. 219 del Código, sin circunstancias apreciables, y condenó al procesado á cuarenta y dos meses de suspensión del cargo de Concejal, 300 pesetas de multa y costas, sin que al recurso de casación interpuesto por la defensa del reo por infracción, entre otros artículos del Código, del 8.°, núm. 12, diera lugar el Tribunal Supremo, quien mantuvo la calificación hecha del delito y la pena impuesta por la Sala, fundándose en que el procesado, al abrir una carta dirigida á determinada persona, siendo como era Teniente Alcalde del pueblo, y teniendo en tal representación el carácter de funcionario público, incurrió indudablemente en el delito previsto en el art. 219 del Código, siendo inadmisible la posterior manifestación del sujeto á quien iba dirigida la carta de que le había autorizado para abrir su correspondencia, cuando aquél manifestó en su indagatoria que lo había hecho para ver si la carta era sospechosa, y esto mismo dijo al interesado cuando se la entregó después de abierta; no siendo tampoco aceptable la exención de responsabilidad que establece el art. 8.°, núm. 12 del Código, porque aun cuando fuese cierto que obraba en virtud de orden superior (lo que

el procesado afirmó en su indagatoria, y no probó), no venía obligado á la obediencia; no pudiendo afirmarse legalmente en absoluto que toda obediencia excusa los delitos, sino que la misma Ley pone el correctivo y la limitación de que aquélla ha de ser *debida*; y no tiene ciertamente este requisito la que se presta á violar el secreto de la correspondencia privada, que no puede abrirse sino con mandato judicial y con las formalidades que la Ley exige y siempre ha exigido; que, por lo mismo, no estando probado que existiese mandato del Alcalde, fundado en otro del Gobernador de la provincia, y no siendo, aunque le hubiera habido, justamente *debida* la obediencia que quebranta la Ley y los derechos de los particulares, no puede invocarse la exención de responsabilidad, fundada en la obediencia debida. (Sentencia de 29 de Marzo de 1876, publicada en la *Gaceta* de 29 de Julio.)

CUESTION III. *Encontrándose en la puerta de la casa del Secretario del Ayuntamiento de un pueblo, éste, el Alcalde y varios vecinos, hubo de acercarse una mujer á pedir al segundo una peseta de jornal que había ganado su hijo en los caminos; y como se negase á entregarla, se suscitó cuestión, en la que tomaron parte en favor de la interpelante varias personas, lo que dió lugar á que el asunto tomase mayores proporciones, y á que, dando el Alcalde la voz de «fuego,» disparasen el Secretario y un vecino varios tiros de revólver, que hirieron gravemente á distintas personas: ¿podrán en este caso los autores de estos disparos y lesiones invocar legalmente en su favor la* **exención de responsabilidad criminal** *que determina el art. 8.º, número 12 del Código, por cuanto al hacer uso de sus armas cumplieron la orden del Alcalde y obraron, por tanto,* **en virtud de obediencia debida?**—En el recurso interpuesto por los reos contra la sentencia condenatoria de la Audiencia de Granada resolvió el Tribunal Supremo la negativa, declarando que, para estimar la circunstancia eximente de obrar en virtud de obediencia debida, es indispensable que el mandato sea legítimo y procedente el medio empleado para llevarlo á cabo, ó lo que es lo mismo, que el que manda y el que obedece obren respectivamente dentro del cumplimiento de la Ley, lo cual no puede alegarse con fundamento en el caso expuesto, porque el Alcalde no tenía atribuciones para mandar hacer fuego en el referido caso, que no pasó de la esfera de un altercado, ni los que hacían fuego tenían obligación de obedecerle. (Sentencia de 27 de Noviembre de 1876, publicada en la *Gaceta* de 6 de Marzo de 1877.)

CUESTION IV. *Aun cuando el Capitán general de un distrito hubiese dado orden á su cochero, soldado en activo servicio, de que penetrara con su carruaje en determinado sitio, ¿podrá eximirse dicho cochero de la pena de la* **falta** *de* **desobediencia** *prevista en el núm. 6.º del art. 589 del Código, so pretexto de que obró por* **obediencia debida á los mandatos de su Jefe,** *si desobedeciendo las órdenes de los guardias munici-*

cipales, de punto en aquel sitio, penetró en él con el expresado carruaje?—El Juez de instrucción del distrito de San Pablo, de Zaragoza, fundado en que el procesado, como soldado en activo servicio, debió obedecer las órdenes de su Jefe, por lo que no era responsable de la desobediencia á las de los guardias, revocó la sentencia del Juez municipal y absolvió al procesado. Mas interpuesto recurso de casación contra dicha sentencia por el Ministerio Fiscal, citando como infringido el núm. 6.º del art. 589 por no haberse aplicado, y el 8.º núm. 12 por aplicación indebida, declaró el Tribunal Supremo *haber lugar* á él: «Considerando que el núm. 6.º del art. 589 del Código penal dispone que serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y reprensión los que ofendieren de un modo que no constituya delito á los agentes de la Autoridad cuando ejercieren sus funciones y los que en el mismo caso los desobedecieren; y que al participarle los guardias municipales Juan Muñoz y Antonio Gau, cumpliendo órdenes superiores, á Cipriano Campos Castro, que iba guiando el coche del Excmo. Sr. Capitán general de Aragón, que no pasase el carruaje al corral de la Plaza de los Toros, desobedeció penetrando en él, profiriendo las expresiones de que pasaría aunque fuese por encima de la cabeza de Dios, cometiendo la falta prevista y penada en el número y artículo referidos: Considerando que el Juzgado sentenciador, al absolver al procesado y no imponerle pena alguna dentro del criterio que establece el artículo 620, ha cometido error de derecho é infringido el núm. 6.º del art. 589, el 620 del Código penal, al no imponer pena alguna á la falta de desobediencia dentro del criterio que establece este último artículo, y la circunstancia 12 del art. 8.º, al aplicarla indebidamente, porque la obediencia del procesado, caso que existiera un mandato que no consta, no fué en cosa lícita y permitida, sino en otra ajena á las facultades de su jefe.» (Sentencia de 7 de Noviembre de 1885, publicada en la *Gaceta* de 28 de Febrero de 1886, pág. 75.)

CUESTION V. *El* **Alcalde y Concejales de un Ayuntamiento interino** *que, obedeciendo una orden del Gobernador civil de la provincia, se niegan á poner en posesión de sus cargos á los individuos del Ayuntamiento propietario, á pesar de haber transcurrido cincuenta días desde que se decretó la suspensión de éste sin haberse mandado proceder á la formación de causa, y á pesar de haber sido aquéllos requeridos al efecto por el Ayuntamiento suspenso, ¿podrán eximirse de la pena del delito de* **usurpación de atribuciones,** *á que se refiere el art. 190 de la ley Municipal, por haber obrado en virtud de* **obediencia debida?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que es terminante disposición del art. 190 de la ley Municipal que la suspensión gubernativa de los Regidores sólo puede durar cincuenta días, pasados los que, sin que se hubiera mandado proceder á la formación de causa, volverán los sus-

pensos de hecho y de derecho al desempeño de sus funciones municipales, considerando culpables de usurpación de atribuciones á los que los hubieren reemplazado, si espirado aquel plazo y requeridos para cesar por los Concejales propietarios, continuaran desempeñando funciones municipales: Considerando que por más que sea un hecho probado que al negarse D. Hermenegildo Cabello, como Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Santa María de Cayón, nombrado por el Gobernador de la provincia, á poner en posesión al propietario á que había sustituído, á pesar de haber transcurrido cincuenta días desde que fué decretada su simple suspensión y de haber sido requerido formalmente al efecto, lo hizo en obedecimiento de una orden de la misma Autoridad que lo había nombrado, eso no obstante, contrariando esa orden el terminante precepto de aquel artículo, ni el Gobernador podía por sí ir contra la disposición expresada de una ley vigente, ni el Alcalde y Ayuntamiento estaban en el caso de obedecer una orden dictada sin competencia, cuya ejecución envolvía, además, un delito definido en el mismo artículo de que se hacían responsables, no siendo atendible, por lo tanto, la excusa de que obraron en virtud de obediencia, que en este caso no era debida; porque no existía tampoco relación de dependencia entre el Ayuntamiento y el Gobernador respecto á un precepto cuyo cumplimiento encomienda la Ley al primero con absoluta independencia de esta superior Autoridad, á la que no da intervención alguna en el asunto, al paso que hace responsable al Ayuntamiento de su incumplimiento: Considerando, en su virtud, que habiéndose ajustado á estos preceptos la Sala sentenciadora, no ha cometido las infracciones en que se funda el recurso, ni incurrido, por consiguiente, en el error de derecho que se le atribuye, etc.» (Sentencia de 10 de Febrero de 1886, publicada en la *Gaceta* de 11 de Agosto, págs. 21 y 22). Véase, además, el artículo 510.

Art. 8.°... 13. El que incurre en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima ó insuperable. (Art. 8.°, núm. 13, Cód. de 1850.)

Ya vimos (art. 1.°) que el delito consiste en una *acción* ú *omisión* voluntaria penada por la Ley. Las doce causas de exención de responsabilidad criminal que preceden, se refieren á los delitos que consisten en una *acción*. La de este número tiene por objeto determinar cuándo deja de ser punible la *omisión*, ó lo que es lo mismo, cuándo estará exento de responsabilidad criminal el que deja de ejecutar lo que la Ley le manda hacer. Pues bien, la exención de responsabilidad criminal procederá cuando el que incurre en la omisión se halle impedido por causa *legítima*

ó *insuperable*, ó sea por todo motivo que legal, moral ó físicamente le haya impedido hacer lo que la Ley preceptúe.

CAPÍTULO III

De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal.

ART. 9.º Son circunstancias atenuantes:

1.ª Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. (Art. 9.º; 1.ª del Código de 1850.—Art. 95, Cód. Ital.)

Las circunstancias *exentivas* de que se ha ocupado el legislador en el capítulo precedente se fundan, como hemos visto, en la *carencia total de libertad, inteligencia, intención y culpa* en el agente productor del hecho punible, y por eso *destruyen, borran* toda responsabilidad en el orden penal respecto de aquel en quien concurren.

Las circunstancias de *atenuación*, que son materia de este capítulo, se basan en la *disminución* de la libertad, inteligencia é intencionalidad del culpable, y por lo mismo producen el efecto, así en el orden moral como en el jurídico, de disminuir ó minorar la responsabilidad de aquél.

Consigna este artículo, en primer término, como circunstancias atenuantes las que se expresan en el artículo anterior, cuando dejan de concurrir *todos* los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal en sus respectivos casos.

Las circunstancias de exención que comprenden *materialmente* varios requisitos ó elementos, y que por lo tanto, no concurriendo todos, pueden convertirse en *atenuantes*, son las de los núms. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del artículo anterior. Pero téngase presente que en los tres casos de *defensa* de los núms. 4.º, 5.º y 6.º, y en el del daño producido en propiedad ajena con objeto de evitar un mal, de que se ocupa el núm. 7.º del artículo anterior, si sólo falta uno de los *tres* requisitos que respectivamente comprenden, la *atenuación* de la circunstancia es tan grande, que no rebaja la pena del delito al grado mínimo, conforme á la regla 2.ª del art. 82, sino á *la inferior en uno ó dos grados* con arreglo al art. 87, y que cuando dejen de concurrir alguno ó algunos de los varios requisitos que se exigen en el caso del núm. 8.º de dicho art. 8.º, tampoco se aplicará la pena en

el grado mínimo, sino que deberá aplicarse la del delito de *imprudencia temeraria* (art. 581), conforme á lo dispuesto en el art. 85.

CUESTION I. *Las circunstancias eximentes que no constan de varios requisitos numéricamente determinados, como son las de los núms. 1.º, 8.º, 9.º, 10, 11, 12 y 13 del art. 8.º, ¿podrán en algún caso estimarse como* **circunstancias atenuantes?**—Al proponer esta cuestión en las ediciones anteriores de este Código, la resolvimos afirmativamente (1). Sin embargo, el Tribunal Supremo ha establecido la doctrina contraria, ó sea la de que dichas circunstancias eximentes no pueden convertirse en atenuantes, porque no constan materialmente de varios requisitos determinada y numéricamente señalados. «No puede invocarse, dice, la circunstancia de haber obrado en virtud de obediencia debida (art. 8.º, núm. 12), en el concepto de atenuante, porque el Código, en su art. 9.º, núm. 1.º, se refiere á otras eximentes *que exigen determinados requisitos*, y en las que pueden muy bien concurrir, si no todos los que den lugar á la exención, algunos, al menos, de los que en ellos se prefijan.» (Véase la última parte del Considerando 7.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Marzo de 1876, publicada en la *Gaceta* de 29 de Julio.)—En otra Sentencia se establece la misma doctrina con relación á las circunstancias eximentes 8.ª y 11 del art. 8.º: «Considerando que la infracción, también alegada, del artículo 9.º, circunstancia 1.ª, con relación á los casos 8.º y 11 del artículo 8.º del Código, no es estimable, *en razón á la no pluralidad* de requisitos en dichos casos, que han de aceptarse en el conjunto de accidentes que los constituyen, etc.» (Véase el Considerando 5.º de la Sentencia de dicho Tribunal Supremo de 29 de Octubre de 1879, inserta en la *Gaceta* de 25 de Enero de 1880.)—Advertiremos, sin embargo, que en esta última resolución parece que ha dicho el Supremo Tribunal más de lo que quiso decir, con relación al caso 8.º del art. 8.º, pues que esta circunstancia eximente, que consiste en la ejecución de un acto lícito con la debida diligencia, que causa un mal por mero accidente sin culpa ni intención de causarlo, puede convertirse, y se convierte de hecho y de derecho, en una

---

(1) Decíamos entonces: *Aun cuando las circunstancias eximentes de los números 1.º, 9.º, 10, 11, 12 y 13 del art. 8.º no comprenden varios requisitos, ¿pueden en algunos casos ser circunstancias atenuantes?*—Nosotros creemos que sí, pues aunque *materialmente* no constan dichas circunstancias de varios requisitos, determinada y numéricamente señalados, como en los casos de los núms. 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º, ello es que *moralmente* no pueden menos de considerarse como hechos también complejos, susceptibles del más y del menos, y por lo tanto, opinamos que deberán estimarse como circunstancias atenuantes la *locura* ó *imbecilidad* incompletas (núm. 1.º), la *violencia física* (núm. 9.º) que no se aprecie como de todo punto irresistible, la *intimidación* (núm. 10), el *cumplimiento del deber*, etc. (núm. 11), la *obediencia debida* (número 12) y la *omisión forzosa* (núm. 13), que no sean tan caracterizadas como requiere la Ley para eximir de responsabilidad.

circunstancia atenuante, cuando no concurren todos los requisitos que en dicho artículo se exigen para eximir de responsabilidad criminal; y lo prueba evidentemente así el art. 85 del Código, comprendido en la sección segunda del capítulo IV, título 3.º, del libro I, que establece las reglas oportunas para la aplicación de las penas en consideración á las *circunstancias atenuantes* y agravantes, en cuyo art. 85 se preceptúa que «*cuando no concurrieren todos los requisitos* que se exigen en el caso número 8.º del art. 8.º del Código para eximir de responsabilidad, se observará lo dispuesto en el art. 581,» con lo cual es indudable que dicha circunstancia eximente, incompleta, por más que no conste de requisitos numéricamente determinados, se convierte en circunstancia *atenuante*, y en atenuante de tal entidad é importancia, que no produce el efecto tan sólo de la imposición de la pena en *el grado mínimo* (que es el efecto general de las demás circunstancias atenuantes del art. 9.º, con sujeción á la regla 2.ª del art. 82), sino que convierte el hecho punible, en orden á su calificación y pena, en una simple *imprudencia temeraria* ó *con infracción de reglamentos*, cuya pena es de mucho inferior al grado mínimo de la señalada por la Ley al delito que constituiría el hecho, á ser éste malicioso é intencional.

CUESTION II. *¿Constituirán la circunstancia atenuante 1.ª del artículo 9.º del Código la* **locura** *ó* **imbecilidad incompletas?**—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que la atenuante 1.ª del art. 9.º se refiere indudablemente á los casos de exención de responsabilidad cuando no concurren todos los requisitos necesarios para producirla, entre cuyos casos no se puede comprender el 1.º del art. 8.º, porque la imbecilidad y la locura constituyen un estado ó condición única que, no sólo no se forma por la concurrencia de requisitos, sino que los excluye y rechaza; razón por la que no se ha debido estimar como circunstancia atenuante el estado de perturbación mental en que se supone en el recurso que se hallaba Aniceto del Río cuando delinquió, etc.» (Sentencia de 19 de Diciembre de 1881, publicada en la *Gaceta* de 10 de Abril de 1882.)—Igual doctrina se establece en otra Sentencia posterior: «Considerando, dice, que entre la razón y la locura *no hay estado medio* en el orden legal, etc.» (Sentencia de 3 de Octubre de 1884, publicada en la *Gaceta* de 10 de Diciembre.)

CUESTION III. *Sin la* **agresión ilegítima**, *¿podrán existir una ú otra de las dos circunstancias restantes del núm. 4.º del art. 8.º del Código, para apreciarlas como circunstancia* **atenuante**, *á tenor de lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 9.º del Código?*—El Tribunal Supremo ha resuelto la negativa: «Considerando que tampoco es de apreciar el motivo de atenuación del núm. 1.º del art. 9.º, que también invoca el recurrente, porque faltando como falta por parte de José Canut la *agresión ilegítima*, que

es requisito fundamental de la defensa, *faltan necesariamente las otras dos condiciones* que determina el citado núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, etc.» (Sentencia de 5 de Mayo de 1886, publicada en la *Gaceta* de 15 de Agosto, pág. 75.)

Art. 9.º... 2.ª La de ser el culpable *menor de diez y ocho años*. (Art. 9.º, 2.ª, Cód. de 1850.—Art. 39, 1.ª, Cód. Austr. —Art. 66, Cód. Napolit.—Art. 18, Cód. Brasil.—§ 3.º, Código Suec.—Arts. 90 y 91, Cód. Ital.—Arts. 74, 75 y 77, Código Belg.)

Menor de diez y ocho años y mayor de quince.—Téngase presente que esta circunstancia de atenuación es también *privilegiada;* que su efecto no es el de la regla 2.ª del art. 82, sino que á tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 86, es aquél mucho mayor, pues que *siempre* debe aplicarse la pena inmediatamente *inferior* á la señalada por la Ley. (Véase como importantísima la *Cuestión I* del comentario del citado art. 86.)

Art. 9.º... 3.ª La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. (Art. 9.º, 3.ª, Cód. pen. de 1850.—Art. 20, Cód. Port.—Art. 391, Cód. Napolit.)

Los delitos en que esta circunstancia atenuante tiene más aplicación son los que consisten en ataques contra las personas. Las cuestiones ó casos prácticos que exponemos á continuación darán á conocer, mejor que ninguna regla, cómo y cuándo debe inferirse ó no la existencia ó concurrencia en el hecho de esta circunstancia de atenuación.

CUESTION I. *El sereno que al detener á un sujeto por sospechoso y por resistirse á seguirle, y al dirigirle éste algunas palabras ininteligibles, le descarga con el chuzo un palo en la cabeza, causándole una lesión mortal de necesidad, de la que fallece el día siguiente, ¿podrá invocar á su favor esta circunstancia de atenuación que comentamos?*—La Sala de lo criminal de la Audiencia de Madrid no apreció en este homicidio más circunstancia que la agravante 11 del art. 10, sin ninguna atenuante, y condenó al sereno á diez y ocho años de reclusión. Mas el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de Enero de 1873, publicada en la *Gaceta* de 24 de Febrero, dió lugar al recurso de casación interpuesto por el procesado, por infracción del art. 9.º, núm. 3.º, fundándose en que la intención de no haber querido causar éste un mal tan grave como el que produjo se desprende del

hecho de haber golpeado al interfecto, no con la parte superior del chuzo, que debía ser de hierro ó acero, y con la que hubiera sido más practicable la muerte, sino con el palo ó mástil donde estaba sujeto, y del hecho, además, de no haberle golpeado sino una vez y de no haber hecho uso de la pistola.

CUESTION II. *Tratándose de un* **robo** *en cuadrilla,* **con motivo ó con ocasión del cual resulta homicidio,** *¿cabe invocar útilmente la aplicación de esta circunstancia de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal tan grave como el que produjo?*—El Tribunal Supremo, en Sentencias de 16 de Diciembre de 1870 y 23 de Febrero de 1872, publicadas en las *Gacetas* de 25 de Enero de 1871 y 11 de Mayo de 1872, ha resuelto la negativa, fundándose en que el hecho de reunirse varios malhechores armados para ejecutar un robo excluye tal circunstancia, siendo, como son, consecuencia de tal acto los demás subsiguientes, porque van inherentes al modo y forma constitutivos de cometerle.

CUESTION III. *Cuando se ha apreciado ya la circunstancia atenuante de* **embriaguez** *en el procesado, ¿cabe apreciar al propio tiempo la de* **no intención de causar todo el mal producido?**—El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de Diciembre de 1871, publicada en la *Gaceta* de 11 de Enero de 1872, ha resuelto la negativa, fundándose en que no deben apreciarse como circunstancias atenuantes de *diverso carácter* aquellas que están ligadas entre sí de tal modo que la existencia de la una supone necesariamente la coexistencia de la otra.

CUESTION IV. *Al que mata á otro dándole dos puñaladas en el pecho, ¿cabe aplicarle la atenuante de este número?*—No, ciertamente, pues que la intención de los delincuentes la demuestran sus actos y los efectos de éstos, y por consiguiente, el que clava por dos veces el puñal en el pecho de la víctima no puede alegar que no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. (Véase el considerando 3.º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 1871, publicada en la *Gaceta* de 6 de Abril.)

CUESTION V. *Tratándose de un homicidio, cuando resulta de la causa que el tiro disparado por el procesado á su contrario, si bien le ocasionó una lesión mortal de necesidad, fué dirigido á la parte inferior del cuerpo, estando además el arma cargada con perdigones, ¿bastarán estos datos á hacer creer el aserto del procesado de que dirigió su puntería á las piernas del ofendido con ánimo de inutilizarlo solamente, pero no de producirle la muerte?*—Indudablemente, y la sentencia que no aprecia en este caso la circunstancia de no haber tenido el ofensor intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido, y aplica la pena del delito en su grado medio, y no en el mínimo, infringe el artículo y número que comentamos, así como el 82 en su regla 2.ª (V. la Sentencia del Tribunal