

Covarrubias penalista

P. JULIAN PEREDA

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto

P R E S E N T A C I O N

Tenemos el gusto de ofrecer el primer capítulo de la obra que estamos ya terminando sobre COVARRUBIAS penalista. No cabe de dificultad la empresa; porque COVARRUBIAS no es precisamente penalista, ni trata de la materia penal directamente. Hay que leer despacio toda su producción científica y anotar lo referente a nuestra disciplina; hay que sistematizarlo luego de alguna manera más o menos técnica, para darle unidad y arremeter después con su traducción fiel y clara. El trabajo mayor ha sido el de confrontar y buscar las citas del Derecho romano y canónico, solamente indicadas en el texto, con muchísimas erratas y en las que se centra muchas veces la fuerza de la argumentación. He puesto en notas las citas propias de COVARRUBIAS, que tanto dificultan y entorpecen la lectura, y van en letra cursiva; va también en notas, con asterisco y ligera sangría, la traducción de las referencias al Derecho romano y al canónico, para poder entenderle mejor, así como también las relativas al Derecho patrio.

Necesariamente se ha de echar de menos lo que tanto agrada en nuestros clásicos cuando tratan ex profeso una materia; es decir, las nociones previas, la delimitación de lo que intentan probar; el *status quaestionis*, que tanto contribuyen a la claridad y precisión. Trata, con todo, ampliamente algunas cuestiones y, reunido todo y sistematizado, puede presentarse un casi completo Derecho penal. Lo he dividido en parte general y especial y en la primera considero la voluntariedad, que no la trata en sí misma, sino al estudiar el homicidio; luego las causas de justificación, como la legítima defensa y el hurto famélico; las causas de inimputabilidad y exculpabilidad, como la edad, el sueño, la embriaguez, el miedo, la ignorancia, el error. Veo después el *iter criminis*, el concurso de delitos y delinquentes; la pena y sus clases, la extradición, etc. En la parte especial, presento el estudio de muchos delitos concretos: primero la blasfemia y el perjurio y luego los que van contra la vida, honra y propiedad de los particulares. Al

empezar cada uno de los capítulos, explico y aclaro el pensamiento de COVARRUBIAS y lo comparo con el saber actual.

He manejado la edición de Ginebra del 1762, aunque muy imperfecta, con muchas erratas, supresión de palabras y aun de líneas, y las citas muy trastocadas; he ido compensándolo con la de Lyon de 1584, mucho más perfecta, pero de lectura muy difícil y enojosa. Para las citas del Digesto y Decretales me he servido de la edición crítica de KRUEGER-MOMMSEN y FRIEDBERG-RICHTER respectivamente. Para las citas de la glosa, no poco frecuentes en COVARRUBIAS, he manejado el *Digestum vetus seu Pandectarum iuris civilis*, Turín, 1576; y en lo que toca a la glosa del Decreto y Decretales, el *Decretum Gratiani emendatum... una cum glossis, Gregorü XIII jussu*. Lyon, 1584.

CONSIDERACIONES SOBRE EL VOLUNTARISMO EN COVARRUBIAS

El voluntarismo es lo que ha dado nombre a COVARRUBIAS y lo más comentado y alabado, máxime por los extranjeros; sin embargo, no creo que sea lo más importante, ni lo más personal. No puedo negar que tal vez así lo creía el mismo COVARRUBIAS; porque al establecer determinadas conclusiones nos dice que «la decisión de esta duda y de otras muchas cosas establecidas por mí en esta materia, queda a juicio del lector y de los doctores en general contrarios»; y termina su estudio con estas palabras: «He propuesto estas cosas no ciertamente con aseveración contumaz, sino con el fin de que el lector se valga de ello, aclaradas las dificultades, para probar y defender la sentencia más común de los doctores.» Ante todo, parece que hay alguna contradicción entre estas dos afirmaciones, pues habla en la primera «de los doctores en general contrarios», y en la segunda «de la sentencia más común de los doctores».

Yo creo ciertamente que la decisión de COVARRUBIAS era la de un hombre de vigoroso entendimiento, que se encuentra con decisiones de las Decretales, antes admitidas por muchos tal como suenan y muy contrarias a su manera de pensar. Quiere buscar explicación más racional y más conforme al criterio espiritualista y de ahí su estudio profundo y su oposición completa sobre todo a los juristas de su tiempo y a los canonistas más antiguos. Teme, con todo, que se le tenga por temerario innovador y de ahí esas sus explícitas declaraciones de que lo único que desea es dar razones para que el lector se forme su criterio. Hay, pues, como si dijéramos, el grupo de doctores antiguos y de juristas contrario y el de los modernos que están con él.

Es sumamente de alabar y admirar esta su postura científica; pero deja, con todo, en pie mi afirmación primera de que no es ni lo más profundo ni lo más original de COVARRUBIAS; pues era

el sentir de los grandes escritores de entonces, como AZPILCUETA, SOTO, GONZALO DE VILLADIEGO, etc., etc., y en no pocos perfiles hubo de ser censurado y superado por otros.

* * *

En dos partes divide su estudio, centrado en el homicidio: trata en la primera del homicidio voluntario y en la segunda del casual.

Las afirmaciones no pueden ser más explícitas ni más conformes al pensamiento actual; pero no sé si en la aplicación concreta está tan a la altura; pues muy difícil había de ser el librarse del objetivismo imperante en la práctica judicial y en la mente de los juristas de entonces.

«Como buen moralista, ve que sin voluntad no puede haber pecado y saca como consecuencia que ni tampoco delito; que la voluntad es la que especifica los delitos. Afirma con mucho tino (y es lo que le ha dado nombre, aunque era el sentir común de sus coetáneos, derivado de SANTO TOMÁS) que puede ser algo voluntario sin que tienda directamente a ello la voluntad, siempre que se pretenda aquello de lo que *per se*, no *per accidens* se sigue un determinado efecto. El que quiere beber y más beber por el placer que en ello encuentra, claro que indirectamente quiere la embriaguez. «El que, por ejemplo, hiere a Sempronio, nos dice al comienzo de este estudio, con mala voluntad, queriendo injuriarle y que quede la cicatriz en su cara, pero sin ánimo de matarle, mas no pudiendo dominar su mano, de tal manera le hiera que de la percusión se sigue la muerte; sin duda que se trata de un homicidio voluntario.»

Creo que en este estudio debió precisar algo que no precisa y por eso queda un poco al aire el concepto mismo de lo voluntario. Quizá con las palabras lo precise, pero se ve por los ejemplos, que queda todo muy en penumbra. Me explicaré, pues lo creo muy importante.

Se debió precisar en qué consiste ese seguirse el efecto *per se*, no *per accidens*. ¿Ha de ser conocida y claramente prevista esa relación para que se me pueda imputar el efecto que se sigue, o basta que objetivamente se dé? Creo que, propuesta así la pregunta, COVARRUBIAS hubiera respondido lo primero, y, sin embargo, puede deducirse de este estudio que parece atenerse a lo segundo, quizá forzado por algunas decisiones de las Decretales y por los quebraderos de cabeza que trae la distinción entre pecado, delito y censura...

Así, al empezar a exponer su opinión sobre el *versari*, nos dice previamente: «Dejemos, ante todo, firmísimamente establecido que aquellos efectos que se siguen de un obrar, no pensados antes por el agente y que acontecen fuera de la intención (el sub-

rayado es nuestro), pero que se siguen *per se* y necesariamente de la acción o que, por lo menos, se siguen generalmente y suelen resultar de tal proceder, se imputan al agente.» «También hay que advertir, añade, que aquello casual que proviene de algún obrar *fuera de la intención del agente y por él no previsto*, se dice voluntario *per accidens* o querido por el actor, no *per se* y directamente. Añadamos, continúa, que ese voluntario podrá ser más o menos indirecto y tener más o menos voluntad (hablemos por ahora así) según que *la obra misma en sí considerada, sea más o menos apta* u ordenada o peligrosa; *para que se den aquellos resultados.*»

¿No se ve claro aquí que se deja un tanto de lado el elemento subjetivo y se atiende demasiado a la objetividad misma de la relación causal?

No nos rasguemos, con todo, las vestiduras; pues no sé en qué Tribunal de hoy saldría a flote el que pusiera conscientemente una acción de la cual *per se* y necesariamente se siguiera un homicidio, aunque aconteciera fuera de la intención.

* * *

Veo esta misma tendencia objetivista en el estudio tan interesante que hace de los *pocula amatoria* y *pocula ad conceptionem*, o sea brevajes para enamorar y para concebir, si de ellos se sigue casualmente una muerte. En ninguno de ellos hay intención occisiva; sin embargo, explica COVARRUBIAS, que se pueda castigar al primero como homicida, porque las hierbas empleadas para lograr el amor tienen que ser de gran virulencia, pues pretenden una transformación anímica completa; en cambio, los ingredientes de la bebida para concebir, tienden sin duda a robustecer y dar mayor vitalidad al organismo. El primero puede terminar en muerte; el segundo de suyo, no; por tanto, puede ser el primero condenado como homicida mientras que el segundo quedaría libre. Todo, pues, se hace depender de la naturaleza de las hierbas empleadas, de algo meramente objetivo.

Fuera de esto no están todos conformes con el concepto de lo voluntario que expone COVARRUBIAS. Muy importantes son las críticas que le hace SUÁREZ, quien lleva el voluntarismo a unas alturas que quizá sean exageradas aun para el voluntarismo moderno más avanzado.

COVARRUBIAS dice, cómo se podrá leer en seguida y lo hemos anotado ya, que «que entiendo por homicidio voluntario no sólo aquel en el que el homicida explícitamente tiende a la occisión y quiere matar; sino también aquel en el que se quiere voluntariamente un acto del que *per se* y no *per accidens* se sigue la muerte.» SUÁREZ le sale al paso y le dice que está muy lejos de ser cierta esta afirmación; «porque el homicidio, le dice, que se sigue de

una acción que no fué conocida como occisiva, ni mucho menos como tal querida, no se puede decir directamente voluntario, porque la voluntad no tiende directamente al homicidio; y lo confirmo, continúa, porque repugna que un resultado pueda ser directamente voluntario y directamente no querido; ahora bien, en ese caso, no sólo no se pretende matar (estudia el caso de COVARRUBIAS del que hiere a Sempronio, como lo hemos transcrito arriba), sino que se intenta el no matar y moderar la acción de modo que no se mate; luego, aunque realmente resulte un homicidio, no se puede decir que sea voluntariamente querido».

Vuelve SUÁREZ sobre el mismo tema al analizar el caso, tan estudiado por todos, del que manda azotar a otro injustamente advirtiéndole que no se le mate, y dice así, contra el mismo COVARRUBIAS, que hallaba en este caso un homicidio voluntario, si se seguía la muerte de la víctima: «Juzgo más cierto, que aquí se da un homicidio casual [quiere decir no voluntario: no estaba aún bien precisada la significación de lo casual]. De dos modos puede darse este fatal resultado en la práctica. Primero, cuando, aun siendo injusto el mandato de azotar y herir al otro, sin embargo pone en evitar la muerte, el mismo cuidado que pondría si se tratase de castigo justo; es decir, se lo encomienda a un hombre de confianza, señala los instrumentos y le indica cómo los ha de usar. En tal caso, delante de Dios no es ni directa, ni indirectamente homicida, aunque haya puesto una causa que, por su naturaleza, pueda tender a ese fin. No se puede, por tanto, dudar de que realmente es casual, pues no es voluntario en manera alguna. Pero si manda sencilla y absolutamente golpear, sin limitar modo ni instrumento, aunque verbalmente se diga que no le mate, entonces intrínsecamente influye alguna voluntad indirecta, ya que el homicidio es menos casual, pero aun entonces se debe distinguir del *simpliciter voluntarium...*, a no ser (había dicho antes) que sean tales las circunstancias y los medios empleados, tal su eficacia inmediata, que la muerte sea la consecuencia más lógica; pues en tal caso, querer esa causa es querer ese efecto. Si alguno quisiera aplicar el fuego a la mies, es indudable que quiere el incendio; si quiere dar el veneno, que sabe ser mortal, es claro que quiere la muerte, aunque finja no quererla; el que quiere absolutamente herir con una espada, dando tajos en cualquiera parte del cuerpo y de ese modo mata, claro está que tal homicidio es voluntario, porque moralmente lo mismo es querer tal causa que querer tal efecto. Pero si, aunque fuera con la espada, procura todavía no herir en parte peligrosa, entonces, aunque acaezca el morir, esta muerte no es intencional y no se podría hablar de homicidio plenamente voluntario.»

¡Y que nos diga MEZGER que por primera vez se atiende al subjetivismo del agente en la celebrada disertación de NETTEBLAT-GLANTZER: *De homicidio ex intentione indirecta commisso*,

del año 1756, cuando hacía ciento treinta y nueve años que había muerto SUÁREZ!

¡Cuántos tacharán hoy mismo de audaces estas afirmaciones tan categóricas, ni quién habrá hecho resaltar más el elemento subjetivo del delito! Vemos, pues, la clara diferencia entre COVARRUBIAS y SUÁREZ y cómo se afinan más en éste los conceptos.

No sólo trata aquí del concepto de lo voluntario COVARRUBIAS, sino que veremos a lo largo de los varios capítulos cómo hay frecuentes alusiones y aplicaciones concretas. A veces, con inclinación al elemento objetivista [no olvidemos que él se presenta como jurista, y en los juristas dominaba este sentir], como al tratar del que muere por imprudencia del médico, por lo desacertado de la cura o del régimen dado al herido, donde dice: «Creo más cierto [que es responsable de homicidio el que le hirió, aunque fuera sin intención de matar], ya que no se puede negar que el herido murió en resumidas cuentas por la herida como causa próxima. De ella se siguió la muerte; pues si no hubiera sido herido, no hubiera muerto en manera alguna como murió.»

No parece sino que estamos oyendo a VON BURI con su teoría de la equivalencia de las condiciones, tan contraria al sentir de nuestros clásicos.

En otros casos extrema el subjetivismo, según creo, por la confusión del pecado y del delito (*); como cuando dice, al tratar de la injuria, que el que hiere a Ticio seglar, creyendo que es clérigo, queda excomulgado por el ánimo y voluntad que tuvo; o, al tratar del hurto, asegura «que es cosa clara que basta para que se dé un verdadero hurto, que piense el que coge la cosa ajena que lo hace contra la voluntad de su dueño, aunque tal vez no sea así». Sin duda que, en estos casos, hay pecado de esas especies particulares; pero hoy diríamos que no hay tipicidad, y por tanto, que no hay delito. Nos asegura también, al tratar de las heridas causadas por varios, que si tienen propósito previo todos ellos y todos agreden juntamente a la víctima, que muere por una sola herida, son homicidas todos ellos, aun los que no hirieron, por razón del compromiso primero; opinión muy interesante y aún hoy fácilmente defendible, precisado bien lo del compromiso previo y que da tanta importancia a valores subjetivos.

(*) Revolviendo y curioseando por la glosa de las Decretales, he tropezado con este párrafo en el que se intenta aclarar la diferencia entre pecado, delito y crimen. De ahí se podrá deducir la confusión que reinaba por aquellos tiempos. Dice así, explicando la regla 4 en el VI de las Decretales, «*De regulis iuris*»: «Se pregunta cuál es la diferencia entre pecado, delito y crimen. Respondo que el pecado consiste *in faciendo*, o sea, en hacer; porque se dice acto malo; pero el delito es abandono del bien y se llama *delictum*, *cuasi derelictum* [en latín, *derelictum* es como abandono, dejado]. El crimen es pecado grave, digno de acusación y de condena y se llama así lo que parece sufrir acusación pública y en el tribunal se puede castigar.» En la distinción 81 del Decreto, capítulo I, se encuentra esta misma definición del crimen tomada de SAN AGUSTÍN.

Digamos algo sobre la segunda parte del estudio de COVARRUBIAS, o sea del homicidio casual, concretado en la profunda consideración del *versari in re illicita*.

Para entender bien a COVARRUBIAS y a otros clásicos, nótese que al principio propone, con todo detalle, los argumentos en contra, como lo hace SANTO TOMÁS, y los va considerando despacio, lo que puede hacer creer que está aclarando y defendiendo su parecer. No hay tal; expondrá luego su sentir y terminará resolviendo, una por una, todas las dificultades propuestas al principio.

Su parecer empieza en el párrafo: «Voy a examinar, con firme raciocinio, la verdad de esta conclusión.»

Para entenderlo mejor, aclaremos, primero, en favor de los no versados en esta materia, qué es eso del *versari in re illicita* y expondremos en seguida las diversas opiniones.

Era como un dogma jurídico que el que se pone en situación antijurídica, debe responder de todos los efectos de su obrar, aunque proceda luego con la más exquisita diligencia. Puede uno, verbi gracia, ir a cazar en tiempo de veda o con armas hurtadas, o en coto cerrado; en todo caso, de manera ilícita. Si entonces mata a alguno, debe responder penalmente del homicidio, aunque haya hecho alarde, en el cazar, de la prudencia más cuidadosa. Tres son las opiniones: veamos cuál es la que abraza COVARRUBIAS y la última perfección a la que la lleva SUÁREZ, en oposición con el mismo preclaro autor.

Lo haremos muy brevemente, procurando sólo aclarar la materia.

La primera opinión es la de los que a carga cerrada, afirmaban la plena responsabilidad del que, encontrándose en situación ilícita, causa algún daño, aunque sea procediendo con la más escrupulosa diligencia. La sostienen no pocos autores antiguos, como el PANORMITANO, EL HOSTIENSE, INOCENCIO IV, etc., pero ponen sus condiciones algunos de ellos. Es cosa de tener muy presente que los juristas nuestros, son de los de criterio más cerrado en esta materia, como GREGORIO LÓPEZ, VALENZUELA, ANTONIO GÓMEZ, etc.

La segunda es diametralmente opuesta; o sea la de los que nunca ven responsabilidad por un obrar previo ilícito. Son pocos, como MANUEL SA, DIANA, ENRIQUE ENRÍQUEZ, CONNÍCK, el cual resume así su parecer: «Aunque por la autoridad extrínseca de los doctores que lo dicen (se refiere a la glosa y a los decretistas y decretalistas) tenga alguna probabilidad la opinión de los que afirman que se hace irregular el que mata casualmente a alguno, cuando se ocupaba en algo ilícito y peligroso: juzgo, con todo, mucho más probable que ese tal nunca incurre por eso sólo en irregularidad.» La afirmación no puede ser más expresiva ni más absoluta.

Los de la tercera opinión creen que, para incurrir en responsabilidad, es absolutamente necesario que ese hecho primero ilícito

tenga alguna relación natural! al homicidio, pues sin esto no puede darse el mínimo de voluntariedad que se necesita para poder castigarle con justicia. El montar a caballo, v. gr., no tiene ninguna relación natural con las lesiones u homicidio; luego si alguno, contra la prohibición de cabalgar ó con caballo robado, sale a dar un paseo y, procediendo con entera prudencia, resulta alguna muerte, no pueda ser acusado de homicidio. «Eres, en cambio, homicida—nos dice AZPILCUETA—si, pretendiendo sólo golpear, has matado..., pues esa obra *erat quaedam via ad homicidium.*» Así lo juzgan los SOTO, AZPILCUETA, MOLINA, VILLALOBOS, etc., etcétera, y con ellos nuestro COVARRUBIAS. «En resumidas cuentas—dice—, o la irregularidad se produce por la culpa propia del mero ocuparse en algo ilícito, o por la negligencia en precaver el homicidio casual que podría producirse con aquei obrar. No procede de esto segundo, como todos los admiten, pues en la misma irregularidad incurriría aunque hubiera tenido la mayor diligencia si la muerte hubiera sido por encontrarse en situación ilícita. ¡Extraño es, ciertamente, que provenga de la primera culpa, que nada tiene que ver con el homicidio! Pues el que ilícitamente y contra la expresa prohibición montara a caballo, teniendo el mayor cuidado y diligencia para que el animal no causara daño ninguno, si con todo, por algo absolutamente causal e inesperado, se produjera alguna muerte, sería, sin duda, reo de aquella desobediencia y terquedad en cabalgar; pero no del homicidio en cuanto a la culpa, y debe, por tanto, verse libre de la irregularidad que proviene del homicidio.» Lo prueba largamente con multitud de ejemplos y termina con estas palabras: «de donde se deduce que el homicidio casual que se sigue de un obrar ilícito, entonces sólo se debe imputar cuando el acto ilícito tiende, por su misma naturaleza, a la lesión mortal o al homicidio».

Para redondear la materia profundicemos un poco.

En eso queda COVARRUBIAS y los demás doctores sin haberse hecho la pregunta ulterior tan interesante y que acabaría por dilucidar el problema.

Afirman, pues, que sólo habrá responsabilidad cuando el acto, por su misma naturaleza, tienda a la lesión o al homicidio. Se puede preguntar: ¿bastará esa tendencia objetiva o ha de considerarse también subjetivamente? Sólo SUÁREZ da este paso, a quien sigue después gran pléyade de sabios juristas. «Estoy muy conforme—dice—en que, cuando el obrar ilícito no tiene relación objetiva con el peligro de matar, no se puede hablar de pena canónica ni civil; pero cuando la tiene, pregunto: en ese obrar ilícito que, por suposición, es expuesto al peligro de causar alguna muerte, ¿se procede con toda diligencia y con el convencimiento moral de que *hic et nunc* no ha de suceder nada o no se procede con ese debido cuidado? Si no se procede con ese debido cuidado, estamos fuera del caso, pues coincidimos todos en que si se trata de un obrar ilícito y no se pone la debida diligencia, se incurre, sin

duda alguna, en la irregularidad; pero si se ha puesto toda aquella debida diligencia, es indudable que nos encontramos otra vez ante algo plenamente involuntario. Y no se me diga que la obra, considerada en sí misma, era peligrosa; pues para el estudio de la responsabilidad se ha de considerar la obra en concreto, y si, en concreto, en estas circunstancias de tiempo y lugar, no se ve peligro alguno, no puede tampoco haber responsabilidad alguna, pues el resultado es completamente casual.)

* * *

No insistimos más y con esto creo que se puede ya leer y entender perfectamente lo que dice COVARRUBIAS. Quizá quede algún lector un poco extrañado de los reparos que pongo a COVARRUBIAS, como si no estuviera yo en el coro de los que le admiran y exaltan. Lo estoy; pero ante todo creo necesaria plena objetividad en el estudio de los autores; aquí sí que puede dañar la subjetividad. Lo que puede deducirse es que no está en el estudio de la voluntariedad lo más original y más profundo de COVARRUBIAS, contra lo que comúnmente se afirma. Con esa idea comencé yo el estudio de este apartado tan importante; pero según lo veía más a fondo me iba convenciendo de lo que expongo en este preámbulo. No tengo criterio cerrado. *Videant sapientes.*

VOLUNTARIEDAD

Part. II, Relect. Clem., *si furiosus. De delictis et conatibus. I. p. 675.*

Se exige ahora que expliquemos ampliamente la irregularidad que proviene del homicidio, ya que tan frecuente es. Dos partes tiene. La primera, del homicidio voluntario; la segunda, del casual. Del homicidio necesario trataremos expresamente en la tercera parte de este tratado; pero ello pide que digamos antes algo del homicidio como tal. Es el homicidio, según SAN AGUSTÍN (1), la destrucción del cuerpo, y entiende por cuerpo el humano animado, ya que se trata de la muerte de un hombre y no lo es el cuerpo aún no animado. El hombre consta de alma racional y cuerpo; por tanto, el que hiere a un cuerpo muerto o corta la cabeza de un cuerpo inanimado, no puede ser acusado de homicidio. Nota BALDO (2) y lo confirma la razón, que no es irregular

(1) *L. 16, contra Faustum, C. 23; c. homicidium, de poenit. dist. 1. y de libero arbit. l. 1; c. si homicidium, 23, q. 5.*

C. 28. C. XXXIII. d. 1 De poenitentia.

Homicidium lege vetitum putabatur non aliud esse nisi corporis peremptio.

(2) BALD. *per textum ibi in l. 1, n. 19, C. qui accus, non poss: idem in l. sororem. C. de his qui ut indig. et in l. ex hoc iure. n. 10. ff. de just. et jur.*

el que, con ánimo homicida, mutila a un cadáver, aunque lo mismo hubiera hecho encontrándole vivo (3). Habría que castigarle por la injuria cometida contra el muerto; aparte de las penas que establece el Derecho civil contra los violadores de cadáveres y sepulcros (4).

Es homicidio voluntario el que se comete dolosamente con el mal ánimo de matar (5). Sin duda alguna que de este homicidio voluntario se contrae la irregularidad, con tal de que siga a esta voluntad de matar el acto externo de la occisión. La irregularidad exige el acto externo, como lo prueba la ley (6) y el raciocinio

(3) *Quod notat ARCHID, in cap. periculose, de poenit. dist. 1; idem in c. ult. 15, q. 1; DOCT. in c. si aliquis, de homicid.; et FELIN. in c. sicut dignum, eo tit., col. 4. ANAN. in c. sicut ex litterarum, de homicid. col. ult.; HIPPOL. in c. ult. n. 37, ff. de q.; ABB. TROT. de vero et perfecta cler. l. 2, c. 20 n.º 7; LUD. CARRER. in pract. crimin., tit. de homicid. par. 1, n. 31 et 32.*

(4) *L. qui sepulchra. C. de sepult. viol.; l. 2, par. adversus. ff. eo tit.; notat MATTH. DE AFFLICT. in cons. Neapol. 1, 3, rubr. 56. praeter ea quae de sepulchro violato traduntur jure Regio in l. 12, tit. 9, part. 7; l. 3, tit. 13, part. 1 et l. 3, tit. 18, lib. 4 Fori.*

C. VIII, 19, 4. i. qui sepulchra. De sepulcro violato.

...Mas a esta pena quedarán sujetos también los que se hubieran apoderado de cuerpos sepultados o de reliquias.

D. XLVII, 12, 3, 7 y 11. l. adversus eos y l. rei, sepul. De sep. viol.

Los presidentes intervienen con más severidad contra los que despojan los cadáveres, principalmente si hicieran la agresión a mano armada, de modo que si esto lo hubieran hecho armados y a manera de ladrones, sean castigados también con pena capital, según resolvió por escrito el divino Severo; si sin armas, impóngaseles la pena de las minas.

Los reos de violación de sepulcro, si hubieren extraído cadáveres o sacado los huesos; si son de baja condición sufran el último suplicio; si de clase más elevada, sean deportados a una isla.

Las Partidas, VII, 9, 12.

E los ladrones que desotieran o despojan los muertos para furtar los paños en que están embueltos, si lo fizieren con armas deven morir porende; mas si lo fizieren sin armas, deven ser condenados para siempre a las lavores del Rey. Essa mesma pena han los omes viles que los desotieran e los deshonoran, echando los huesos dellos a mal... mas si los que esto fizieren fuesen fijosdalgo deven ser desterrados para siempre.

Como se ve es casi una mera traducción de la ley romana. Se cita también al Fuero Real, IV, 18, 3; pero ahí sólo se trata del que roba cosas en los sepulcros, no del que viola los cadáveres.

(5) *L. l. in princ. et l. Divus. ff. de Sicariis; l. in lege Cornelia, ff. eo tit.; c. l. par. si quis hominem de pace tenen.; c. dignum de homicid.; docet ANGELUS in tract. de malef. par. scienter et dolose.*

D. XLVIII, 8, 3, l. divus Hadrianus. De sicariis.

El divino Adriano respondió por rescripto, que el que mató a un hombre puede ser absuelto, si esto lo hizo no con ánimo de matar; y que el que no mató a un hombre, sino que le hirió con ánimo de matarlo, ha de ser condenado como homicida.

Y en la Ley 14 dice: El divino Adriano respondió por rescripto: en los maleficios se atiende a la voluntad, no al resultado.

(6) *Textus elegans in c. ult. 15, q. 1.*

C. 13. C. XV. q. 1.

Si alguno no por ira, sino por disciplina diera una bofetada a otro y

que antes expusimos. Aquí entiendo por homicidio voluntario no sólo aquel en el que el homicida explícitamente tiende a la occisión y quiere matar, sino también aquel en el que se quiere voluntariamente un acto del que *per se* e inmediatamente se sigue la muerte, no *per accidens*. La voluntad del que peca y obra mal tiende a aquello que hace y a todo aquello que se sigue *per se* y no *per accidens* de su obrar. El que, por ejemplo, hiere a Sempronio con mala voluntad, queriendo injuriarle y que quede la cicatriz en su cara, pero sin ánimo de matarle, mas no pudiendo dominar su mano, de tal manera le hiere que de la percusión se sigue la muerte; sin duda que se trata de un homicidio voluntario: la voluntad del que hiere tiende a la percusión y a todo aquello que inmediatamente y *per se*, no *per accidens*, se sigue de ella, y, por tanto, al homicidio que inmediatamente y *per se* se sigue de la percusión.

La afirma expresamente SANTO TOMÁS, 1. 2. q. 20, art. 3, al decir que los pecados se agravan por los resultados que vienen después, no sólo por los pensados antes, sino también por los no intencionales, si *per se* y necesariamente se siguen del primer obrar o, por lo menos, es lo común y ordinario que se sigan (7). Pero como el lector notará que hay muchas cosas que parecen contradecir a este nuestro pensar, sobre todo aquello de que los delitos se distinguen por el propósito y la voluntad, vamos a exponerlo con más amplitud, para que las dudas se disipen.

PRIMERO. Quede por de pronto bien sentado que sin voluntad no puede cometerse ni pecado ni delito alguno. La malicia de cualquier acto malo procede de la voluntad, que es lo principal en todo pecado. La primera causa del pecado está en la voluntad, de la que proceden los actos humanos; el pecado no es otra cosa

éste por ello muriera, como suele acontecer; en cuanto a la gracia es inocente, porque ésta no se fija en la obra, sino en la voluntad; en cuanto a la ley, es reo, porque ésta requiere la obra.

Dice la glosa comentándolo: en cuanto a la ley «de la promoción» con lo que indica que no puede ordenarse.

(7) *Probat hoc ipsum text. in c. ult. de homicid. in 6; l. quoniam multa. c. ad legem Jul. de vi.; l. 1, par. ex incendio ff. de incen, ruina et naufrag.; nctat CAJET. in 2. 2. q. 64, art. 8.*

C. 3. V. 4, in. VI.

El que manda azotar a otro, aunque expresamente diga que no se le mate ni se le mutilé, incurre en irregularidad si el mandatario, excediéndose en el mandato le mutila o mata; pues el mandante cayó en culpa y debió pensar que esto podría suceder.

C. IX, 12, 6. l. *Quoniam multa. Ad legem Jul. de vi.*

Ya que bajo el sólo nombre de violencia se comprenden muchos crímenes, descubriéndose a menudo que se dieron golpes y se causaron muertes al pugnár unos por hacer violencia y al resistirse otros con indignación plugo, por si acaso hubiera sido muerto alguno... se aplique el suplicio al que intentó hacer violencia y fué causa de males para la otra parte. Y sea condenado no ya a la relegación o a la deportación a una isla, sino que sufra la pena capital.

D. XLVII, 9, 1. l. *ex incendio.*

que un acto humano malo, como se prueba por SAN AGUSTÍN, el cual afirma que no puede haber pecado si no es voluntario. Lo mismo enseña ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS (8), para quien, si por algo se hace involuntario el acto humano, por eso mismo cesa la malicia y completamente el pecado, como lo expusimos también nosotros al disputar sobre la ignorancia.

SEGUNDO. De lo dicho se deduce que los maleficios, crímenes y delitos se distinguen entre sí por la voluntad en este sentido; en cuanto que lo voluntario constituye el delito y lo involuntario libra de él, ya que por lo involuntario cesa la malicia, la cual procede de la voluntad. La voluntad, pues, distingue lo delictuoso de lo no delictuoso y diferencia al pecado de lo no pecado (9). Son muchos los pareceres que confirman esto mismo, o sea que nunca puede haber pecado o delito sin malicia del que lo comete, malicia que no puede provenir de lo involuntario.

TERCERO. Hay que considerar también que la voluntad puede tender al homicidio directamente, *per se*, y puede hacerlo también indirectamente, o sea *per accidens*. Directamente tiende la voluntad al homicidio, cuando tiene el ánimo de matar y esta es la perfecta y propia malicia del homicidio (10). Indirectamente y *per accidens* cuando la voluntad tiende a aquello de lo que inmediatamente y *per se*, no accidentalmente, se sigue el homicidio. Porque hacia aquello que se sigue *per accidens* de ninguna manera tiende

(8) *In c. l. 15 q. l. ex* AUGUST. l. 1, *retract. l. 15*; ARISTOT. 3. *Ethic. c. l.*; S. THOM. in 1. 2. q. 41. *art. ult. et q. 72, art. 1 et q. 76 omnibus ejus quaestionis articulis.*

(9) *C. cum voluntate de sent. ; l. qui injuriae, ff. de furtis ; l. verum in princ. ff. eod. tit. ; l. quod reipublicae ff. de injur.*

C. 54. X. V. 39.

Como por la voluntad y el propósito se distinguen los maleficios...

D. XLVII, 2, 54. *Qui iniuriae. De furtis.*

El que por injuriar rompió una puerta; aunque por ello hayan sido robadas cosas por otros, no está sujeto a la acción de hurto; porque la voluntad y el propósito del delincuente distingue los delitos.

D. XLVII, 10, 33. *Quod reipublicae. De iniuriis.*

Lo que según las buenas costumbres se hace para venerar a la República, aunque redunde en afrenta de alguien, como, sin embargo, no lo hace el magistrado con la intención de injuriar... no está sujeto a la acción de injurias.

D. XLVII, 2, 39. *Verum est. De furtis.*

Es cierto que si uno hurtó a una meretriz esclava de otro, no hay hurto; porque no se trata del hecho, sino de la causa de ejecutarlo; y la causa fué la pasión, no el hurto.

(10) *L. 1, C. de sicariis : l. 1, par. Divus ff. eo tit.*

C. IX, 16, 1. *Frater vester. De sicariis.*

Vuestro hermano obraría más rectamente si se presentara al presidente de la provincia y si probara que el hombre fué herido por él no con ánimo de matar, dará sentencia con arreglo a la disciplina militar, no aplicándole la pena del homicidio; porque se comete el delito si mediara también la voluntad de dañar.

D. XLVIII, 8, 14. *Divus Hadr. de sicar.*

El divino Hadriano respondió por rescripto: en los maleficios se atiende a la voluntad, no al resultado.

la voluntad, ni directa, ni indirectamente. Sirva de ejemplo lo que dice SANTO TOMÁS cuando habla de la embriaguez: ó sea, que la causa del pecado no es directamente voluntaria, sino indirecta y *per accidens*, cuando uno quiere beber vino immoderadamente; la voluntad tiende entonces directamente a la bebida immoderada; indirectamente y *per accidens*, a la embriaguez, que se sigue directa e inmediatamente del exceso en la bebida. Hasta aquí, SANTO TOMÁS. Y juntando su parecer con el del PALUDANO y el PANORMITANO (11), deduzco claramente que la voluntad del que bebe vino en demasia, de ninguna manera tiende ni *per accidens* a lo que accidentalmente se haya seguido de la embriaguez, fuera de toda previsión. Se dice la voluntad más o menos indirecta con relación al homicidio, cuando el acto en sí mismo querido, o aprehendido por la voluntad, más o menos tiende al peligro del homicidio, como se deduce de SANTO TOMÁS, y lo veremos por las conclusiones que en seguida vamos a examinar.

* * *

Mientras tanto, quiero traer aquí la respuesta de dos juristas a cuestiones semejantes a éstas y muy difíciles de hermanar.

Se lee en ULPIANO un testimonio de cierto senado-consulta (12), por el que se mandó desterrar a una mujer que, no con mal ánimo, pero sí con mal ejemplo, dió a otra un medicamento para concebir que le causó la muerte.

PAULO, a su vez, dice así (13): «Los que dan bebidas para abortar o para conseguir el amor, aunque no lo hagan con dolo, sin embargo, por el mal ejemplo, los más viles serán condenados a las minas; los más nobles, desterrados a una isla, perdiendo parte de sus bienes. Pero si se ha seguido alguna muerte, serán condenados a la última pena.» Hasta aquí el jurisconsulto. Sin duda que es cosa de extrañar que, mediando muerte, en un caso se castigue con destierro y en el otro con pena capital, no habiendo dolo en ninguno de los dos casos y mediando el mismo mal ejemplo. Añádase lo que cuenta ARISTÓTELES en su *Magna Moralia*. Como una mujer—dice—diera una bebida amatoria a un joven y éste muriera a consecuencia de ello; llamada en juicio al Areópago:

(11) PALUD.: *In 4^a sentent. distin. 32, q. 1, art. 3, col. 5 et PANORM.: In c. quia diversitatem. de consil. praeb. n. 3, juncta glossa ibi in verb. suspensus et n. 11.*

(12) *In l. 3 ff. ad l. Corn. de sicariis.*

D. XLVIII, 8, 3, 2: *Eiusdem leg. De sicar.*

...Pero en virtud de un Senado-consulta, se mandó que fuera relegada la que, no ciertamente con mala intención, pero sí con mal ejemplo, dió para concebir un medicamento, por el cual falleció la que lo había tomado.

Dig. XLVIII, 19, 38, 5. (Como está en el texto.)

(13) *L. si quis aliquid. par. qui abortionis ff. de poenis.*

go, se libró de la severidad de los jueces no por otra causa, sino porque, como era evidente, no había tenido dolo ni mala intención. Había dado el filtro por causa de amor, aunque el resultado fué muy otro. Se podía, pues, entender que no había dolo, ya que no quiso dañar, sino hacer bien.

Lo expone también claramente SÓFOCLES en las *Taquinias*, cuando nos dice que Deyanira pecó más bien por error que por voluntad, al querer dar aquella bebida para alcanzar de nuevo el amor del que se había alejado de ella. Pero, volviendo al parecer de los jurisconsultos, no temo en afirmar con aplomo que PAULO condenó con pena de muerte su caso, porque aquel acto, por su propia naturaleza, tiende a gran peligro de muerte o de lesión gravísima, ya que el aborto mismo, por la desintegración del cuerpo, es en gran manera peligroso, y las bebidas para lograr el amor se dan para que perturben, cambien y muden el juicio del amante; por lo cual, aunque no haya dolo, ni se haya ido con ánimo de matar, y, por tanto, no se pueda decir *per se* y directamente homicida voluntario, sin embargo, directamente y *per accidens* se puede decir voluntaria la tal muerte, porque el acto, por sí mismo querido o que queda dentro del círculo de la voluntad, tiende más bien al peligro del homicidio. ULPIANO, en cambio, expone el caso del que da el filtro para la concepción, el cual no es tan peligroso, ya que se elabora con elementos que aumentan las fuerzas del cuerpo y a hombres y mujeres, débiles por su constitución, los hace más vigorosos para la generación; por lo cual, no tiende este acto, aprehendido por la voluntad, al peligro de muerte, como tiende el que se da con fines de aborto o de conseguir el amor.

* * *

CUARTO. Hay que advertir que entonces será perfecto el dolo del homicidio voluntario, cuando la voluntad del que mata, directamente y *per se* tiende al acto homicida, y así tiene el ánimo de matar, como se ve en la citada ley de *sicariis*.

QUINTO. Se debe aclarar que, por lo que toca al castigo ordinario del homicidio, hay que fijarse en el verdadero ánimo de matar, en el dolo perfecto, en la voluntad dirigida al mismo acto de homicidio, a la misma muerte del hombre: de tal modo que, siempre que sea el homicidio voluntario, pero con voluntad indirecta y que resulta *per accidens*, entonces no se debe aplicar la pena ordinaria, sino cambiarla por otra, ya que disminuye el pecado por razón de la voluntad indirecta y por la imperfección del voluntario. Pues, como dice SANTO TOMÁS, la voluntad que *per accidens* tiende al pecado, disminuye la culpa del mismo pecado. Lo mismo se deduce de un célebre texto de la ley Cornelia, del que trataremos después para mayor aclaración de esta materia.

SEXTO. No será incongruo considerar ahora que los pecados

y maléficios, por lo que toca al acto exterior, no se distinguen, por lo menos materialmente, digámoslo así, por el fin que uno se propone. Enseña SANTO TOMÁS, y suyas son estas palabras, que algunos actos se dicen humanos en cuanto son voluntarios, como lo hemos dicho ya; pero en el acto voluntario hay un doble acto, el interior de la voluntad y el exterior, cada uno de los cuales tiene su objeto; pero el fin es propiamente el objeto del acto interior de la voluntad; el objeto del acto exterior es aquello sobre lo que versa el acto. Como el acto exterior se especifica por su objeto, el interior se especifica también por el suyo, que es el fin al que tiende y que viene a ser como lo formal con relación al acto exterior, ya que la voluntad se vale de los miembros como de instrumentos para obrar. Los actos exteriores no tienen razón alguna de moralidad, sino en cuanto son voluntarios, y así el acto humano se especifica formalmente por el fin; materialmente, por el objeto exterior. Por eso dice el filósofo que aquel que hurta para cometer un adulterio, propiamente es más adúltero que ladrón. Añade SANTO TOMÁS que los pecados se distinguen y diferencian por los objetos: En verdad, igual da decir que se diferencian por los objetos que por los fines, ya que todo acto, en cuanto procede de la voluntad, se especifica por el fin, o sea, por su objeto. El fin siempre tiene razón de bien, o real o aparente, ya que el mal está siempre fuera de la apetición de la voluntad, como lo explica SANTO TOMÁS, *1.2.q.8.a.1.* Siempre se tiene en cuenta el acto voluntario para la distinción de los pecados: el acto interior se explica, como hemos dicho, por el fin; el exterior, materialmente por el objeto. Por tanto, los maléficios no deben ni pueden rectamente distinguirse por el fin (14). Hay actos por su propia naturaleza tan malos que nunca pueden justificarse por causa alguna, no hay circunstancia que los pueda hacer buenos, como el adulterio, el incesto, el estupro..., y en estos casos es evidente que no pueden, por el fin, hacerse lícitos ni encontrar justificación alguna (15). Hay otros actos, malos por su naturaleza, pero que alguna causa puede hacerlos lícitos y permitidos, como el homicidio, que, siendo malo de suyo, queda permitido en la defensa legítima. En esta clase de actos mandan el derecho divino y humano que, en caso de duda, se debe presuponer la mala voluntad del que los ejecuta, mientras no se pruebe lo contrario. Otros actos son buenos por su naturaleza, que, aunque puedan resultar malos por el mal fin del agente o por alguna mala circunstancia, sin embargo, en caso de duda, se debe presuponer la buena voluntad del que los ejecute, como el reirse, el pasear y otros seme-

(14) ARIST.: 2. *Ethicorum* c. 7; D. AUGUST. *lib. contra mendacium*, cap. 7; S. THOM. 1. 2. q. 18, *maxime* art. 8; cap. *venerabilis*, par. *penultim. de sentent. excommuni. in VI.*^o

(15) *Sicut obiter notavi in Epitome ad 2. decret. part. 2, cap. 3, par 4, n. 5. et in reg. peccatum. part. 2, par. l. n. 5.*

jantes. En éstos se debe observar que, en caso de duda, se deben echar a buena parte e interpretarlos en buen sentido (16). Por tanto, los actos exteriores, de suyo buenos e indiferentes, se deben computar como buenos, a no ser que por la mala voluntad o el mal fin se juzguen como malos; más aún: simplemente se deben decir buenos estos actos; pero moralmente serán buenos o malos según sea buena o mala la voluntad, bueno o malo el fin; en cambio, los actos malos por su naturaleza, como los pecados, no pueden hacerse buenos ni distinguirse por el fin o buena intención.

* * *

Se puede tratar aquí un caso ocurrente y vistoso que suele discutirse: ¿Se puede castigar al delincuente si de su delito se sigue un bien público? De suyo, del crimen como tal, no puede seguirse bien alguno; pero accidentalmente puede salir algún bien del mal. Verbigracia, el ladrón que, entre otras cosas robadas, encuentra cartas traidoras contra la nación y gracias a ello se salva la República, ¿debe ser castigado por el hurto? (17). Esta duda debe resolverse: si alguno se apropia de cosas ajenas con ánimo de hurtar y con la voluntad por completo dirigida al hurto y, por tanto, a cosa ilícita, sin duda que peca con pecado de hurto y debe ser castigado, aunque accidentalmente, por encontrar las cartas proditorias, salvara a la República de un gran peligro (18). También trata de esta cuestión el PANORMITANO, y

(16) *L. merita. ff. pro socio; cap. estote misericordes de reg. jur. ; l. ult. tit. 10, par. 5 de quo late tractaverunt e junioribus HIPPOLYT. in rubri. ff. de fidejuss. n. 46; FRANCISCUS NICONITIUS in repetit. rubr. ff. de novi operis nuntiat. ; ANDREUS ALCIAT. in tract. de praesumpt. regul. 3, praesumptio 1; ABBAS, ANANIA et FELIN. in cap. cum delict. de accusat per textum ibi, qua ratione BART. eleganter scribit in l. quoties, par. 2. ff. de haerd. inst.*

D. XVII, 2, 51. *l. merito. Pro Socio.*

Con razón se añadió que hay la acción de hurto sólo si con falacia y dolo malo se llevó la cosa... y a la verdad las más de las veces se ha de creer, que el dueño de una parte de la cosa, más bien usa de ella por su propio derecho que no con intención de lucro.

C. 2. X. V. 41. *c. estote misericordes. De reg. jur.*

Creo que no se nos manda otra cosa en este lugar, sino que aquellos hechos, de los que es dudoso con qué intención se hagan, se deben interpretar en el mejor sentido.

Las Partidas, V, 10, 17.

...porque no deve ome sospechar que ninguno quisesse furtrar nada de aquellas cosas en que ha su parte. [Como se ve, traducción literal de la ley *Merito autem.*]

(17) SÉNECA: *Disputavit lib. 10, declamat. q. ult. ; nec ANGHARIUS ausus est definire in cap. canonum statuta de constit. fol. 19, col. 3.*

(18) *Probat textus in c. relegendes. 13. q. 5; PANORMIT. in c. novit. de judic. n. 29.*

dice que si uno coge las cosas ajenas, no con ánimo de robar y apropiárselas, sino llevado de la sospecha de que aquél tiene cartas traidoras y quiere hacer ese gran obsequio a la República descubriendo la traición, entonces, dice, no se le debe castigar como ladrón, sino llenarle de alabanzas, ya que no tuvo ánimo de hurtar ni de apropiarse las cosas ajenas contra la voluntad de su dueño, sino de descubrir la traición, lo cual le era lícito (19). No es este el caso que considera el juriconsulto (20), al decir que se debe castigar al que obra contra el mandato del jefe militar, aunque con ello traerá la victoria a la República. Lo confirma el CREMENSE; pero añade una condición: a no ser, dice, que sucediera algo imprevisto, después de la orden dada por el jefe, que aconseje el cambio y no se pueda consultar ya con él. Esta disciplina militar es ley justísima por la sencilla razón de que en tiempo de guerra la obediencia es en extremo útil a la República y su transgresión muy perniciosa, ya que casi siempre es con sumo peligro para la misma. Lo prueban también memorables ejem-

c. 45. C. XXIII. 5. C. *Relegentes*.

...pues aunque el crimen de ellos haya redundado en utilidad vuestra... no permitáis con todo que quede sin castigo tal presunción de hombres tan perversos.

A su vez la glosa añade: esto es argumento de que se debe castigar el mal, aunque de él salga el bien; como si uno castrara a un niño y con ello le hiciera mejor.

(19) *Cap. dixit Sara, ad fin. 32, q. 3; l. 2. par. postea cum Appius ff. de origine juris, quem textum mirabilem esse asserit BARBAT, in c. intelleximus de dic. colum. 3; commendat ROMAN. cons. 301; notant in specie hanc distinc. FELIN. cap. 1 colum. ult. de praesunct. et. HIERONYM.; CAGNOL. in d. l. 2. par. his. legib. latis, colum. 3. ff. de orig. iur.*

D. I. 2, 7. l. *postea cum Appius. De origine iur.*

Después cuando Apio Claudio hubo propuesto y reducido a forma estas acciones, Cneo Flavio, su escribiente, hijo de un libertino entregó al pueblo el libro que había sustraído; y tan grato fué al pueblo este regalo (lo que de ningún modo se podía hacer) que le hizo tribuno de la plebe, senador y edil curul...

c. 3. C. XXXII. q. 4, c. *dixit Sara*.

...y por fin del santo Lot, pues tuvieron sus hijas como causa de buscar descendencia, el que no pereciera el género humano y por eso se cubre la culpa privada en gracia a este menester público.

(20) *Nec tamen est simile quod Juriconsultus scribit il l. 3, par, in bello ff. de re militari; text. in c. ult. ad finem; 20. quaes. 2 ex cap. 24 primi Regnum.*

D. XLIX, 16, 3, 15. l. *desertorem. De re militari.*

El que en guerra hizo cosa prohibida por el jefe o no guardó sus órdenes, es castigado con pena capital aunque hubiera salido bien el negocio.

c. 22. C. XXII. q. 2.

Se narra el célebre caso de Jonatás y Saúl y termina así: He aquí que Saúl juró en falso; porque lo que dijo que haría bajo juramento, movido por las súplicas del pueblo no lo hizo. Sin embargo, no se le puede argüir de perjurio, porque, por lo que a él tocaba, cumplió lo que juró, pues dió sentencia de muerte contra su hijo, la que revocó no por afecto carnal, sino por los ruegos del pueblo.

plos de nuestros mayores, como Postumio Tiburcio, que condenó a muerte y ejecutó a su hijo Aulo Postumio, joven valerosísimo; quien por sí y ante sí, sin mandato de su padre, salió y destruyó a los enemigos; como lo cuenta Valerio Máximo; aunque TITO LIVIO más bien que a Postumio cree que se debe atribuir a Manlio Torcuato, quien mandó ejecutar, delante de todo el ejército, a su hijo, porque, sin saberlo su padre, luchó con el enemigo Gémino Metio, jefe de los Tusculanos, al que atravesó con su lanza al verse provocado por él (21). PLUTARCO lo cuenta también de Epaminondas y su hijo Stesibrodo.

* * *

De estos prenotandos, expuestos lo mejor que hemos podido, acerca del homicidio voluntario, por lo que toca a la irregularidad canónica, deduciremos no pocas consecuencias en cuanto al castigo de los casos concretos, y así se podrá ver lo que en este tratado se debe responder para dar con la verdadera interpretación de las decisiones del Derecho pontificio y del cesáreo que tan constantemente se citan.

* * *

Habla después de la misma materia en la página 685.

[Hemos dichos que cuando la voluntad de matar es sólo indirecta, la pena debe ser menor, porque aquella falta de voluntad disminuye la culpa y, por tanto, la pena.] Esta imperfección de la voluntad se puede deducir de muchas circunstancias, pero muy particularmente del instrumento usado para la percusión (22). Deberá, pues, el juez, para no aplicar la pena ordinaria

(21) FELIN. in *c. causam*, *colum. penult. de judic. et in cap. illud de major. et obedient.*; VALERIO MAXIMO lib. 2, c. 2, *de disciplina militari*; TITUS LIVIUS, lib. 4, *decadis* 1.

(22) *C. significasti in 2, de homicid. cujus praeter DD. ibi meminere BALD. in l. solam Cod. de test. col. 3 et alii statim citandi: text. similis in l. 1, par. sed si clava ff. de sicar. ; l. eum qui C. eo tit. ; l. 1, C. de emend. ser. ; l. equos. et ibi Bart. C. de curs. publi. 12 ; tradunt multa FÉLIN. n. 11 et ANAGNI ult. not. in dist. c. significasti ; ARET. cons. 80 et cons. 147. ALCIAT. l. 1, de dispun. cap. 17. CAROL. MOL. in Alex. cons. 15, lib. 1. DEC. cons. 9. et cons. 134. CAEPOL. cons. 33 cum tribus sequen. ; ANG. de malefi. gloss. scienter et dolose ; HIPPOL. in dict. l. 1 de sicar. núm. 2 et 32 et núm. 9 ; idem in l. nihil interest. ff. de sicar. n. 15. LUD. CARRER. in pract. crimin. par homicid. n. 22 ; est et ad haec optima gloss. in auth. de armis, quae penul. est. tradit CAEL. COTT in memorabilib. dictione, armorum.*

ria, ponderar bien la cualidad del acto a fin de poder conjeturar cuándo ha faltado el ánimo y voluntad directa de matar y, según esa imperfección y calibrando la falta de voluntad, pueda acomodar la pena; tuvo, sí, voluntad directa y perfecta de herir, pero no de matar, aunque por la percusión se haya seguido la muerte, muy por fuera de su querer. Por lo cual debe deducir por el modo de herir, por el instrumento de que se ha servido, hasta dónde llega su culpa en el homicidio; es decir, en qué grado fué indirecta o menos directa la voluntad de matar, por lo apto que era para ello el instrumento, por la calidad de la herida, muy cercana al homicidio, que se siguió de ella inmediatamente. Por ahí se puede llegar a la presunción de voluntad o a la más o menos indirecta influencia de la misma en la muerte del agredido. Como los delitos no pueden cometerse sin voluntad, cosa importante es pensarlo bien todo para conjeturar el grado de voluntad y ver hasta dónde llega la culpa del delincuente (23).

* * *

«De Homicidio casuali. El Versari in re illicita», pág. 697.

Homicidio casual se dice aquel que resulta inesperadamente, fuera de la intención del que lo comete o pone la causa, pues según ARISTÓTELES, «casual es la causa que obra fuera de la intención», y añadiré lo que dice SANTO TOMÁS, *2.2.q.64.art.2*. Las cosas casuales, hablando simplemente, ni son pretendidas ni vo-

D. XLVIII, 8, 1, 3. *divus Hadr. De sicar.*

...pero si en riña le hirió con una llave o con una sartén, aunque le haya herido con hierro, pero no con ánimo de matarle, se ha de suavizar la pena del que, en riña cometió un homicidio, más bien por casualidad, que con voluntad.

C. IX, 16, 4. *Eum qui. De sicar.*

El que asevera que hizo un homicidio no por voluntad, sino por accidente fortuito, porque parezca haberse dado ocasión a la muerte con una patada; si esto es así y no se pudiere dudar sobre ello, queremos que según se consignó en nuestro decreto marginal, esté libre de todo temor...

c. 18. X. v. 12. *C. significasti.*

...No parece que el tal sacerdote pueda verse completamente libre de la pena del homicidio; ya por razón del instrumento con que le hirió, que siendo en sí grave, no suele producir heridas de poca importancia, ya por razón del sitio en el que, aun por golpe ligero, suele quedar uno mortalmente lesionado.

C. IX, 14, 1. *Si virgis. De emend. serv.*

Si un dueño hubiere castigado a su esclavo con palos o correas, o por custodiarle le hubiera metido en prisión, no abrigue ningún temor de crimen habiendo muerto el esclavo, rechazando la distinción de días o la interpretación...

(23) L. 1. par. *Divus. vers. quod si clava ff. de sicar. quo in loco Budaie. clavi non clavo. legendum censet a quo discedit* СТЕРН. FORCAT. *dialog. 27, n. 4 in Necromantia iuris.*

luntarias; y como todo pecado es voluntario, según SAN AGUSTÍN; se sigue que lo casual, en cuanto tal, no es pecado. Sucede, sin embargo, que lo que no es por sí ni actualmente querido ni intentado, puede serlo *per accidens*, ya que llamamos causa *per accident* a la que remueve o quita el impedimento. De donde aquel que no quita lo que debe quitar, de lo cual se sigue el homicidio, es, en cierto modo, homicida voluntario. Así SANTO TOMÁS, el cual, a continuación, prueba la común distinción que los canonistas suelen emplear cuando tratan del homicidio casual, es decir, que el que se ocupa en algo ilícito, si de ello casualmente resulta un homicidio, es irregular, ya haya procedido con toda diligencia, ya haya sido negligente. En cambio, el que se ocupa en cosa lícita, entonces sólo incurre en la pena de irregularidad, cuando no haya tenido la diligencia que pudo y debió tener para que no se siguiera el homicidio. Esta opinión la deducé de la glosa (24) de muchas decisiones del Derecho pontificio y la siguen comúnmente los doctores. Y así CAYETANO dice elegantemente que esta distinción se debe admitir en cuanto a la irregularidad, pero no en cuanto al pecado; porque aquel que se ocupa en algo ilícito, si tuvo toda la diligencia que pudo y debió tener para que no se siguiera homicidio alguno, será reo de aquello ilícito que hacía, pero no del homicidio casual que resultó. Como tampoco tendrá el pecado de homicidio el que, haciendo algo lícito, lo causó sin dolo, aunque con culpa (25). Para probar esta distinción hay que acomodar a ella algunas respuestas del derecho positivo:

PRIMERO. Suele tratarse en confirmación de la primera parte el texto *Tua nos* (26) de las Decretales, pues el monje que por com-

(24) *Gloss. in c. sicut dignum, par. ult. in verbo consil., in c. continetur, de homicid.; et ubique DD. communiter.*

C. 8. X. V. 12. c. *sicut dignum*.

Dice la glosa: si no empleó la diligencia debida se le imputa por la negligencia que en esto equivale a culpa.

(25) *Gloss. ABB. ANAN. et FELIN. in c. presbyterum, de homicid.; textus optimus in c. ult. 15, q. 1; ALPHONSUS A CASTR. lib. 2 de potestate legis poenalis, c. 14, versus secunda propositio; et DOM. SOTO, lib. 5 de just. et jur. q. 1, art. 9: eandem Canonistarum distinctionem sequuntur ALBERT. TROTIVS de vero et perfecto cler., lib. 2, c. 27. GONZAL. A VILLAD. de irregularit. cap. de percussore col. 6. SOC. in c. ad audientiam de homicid. n. 38, et post alios SYLVESTER. verb. homicid. 2 colum. 1.*

(26) C. 19. X. V. 12. *Tua nos*.

Lo expongo traducido libremente, pues es muy largo en la exposición y no necesario en algunos detalles.

Se habla de un monje que entendía de medicina y abrió un tumor en la garganta a una mujer, advirtiéndola que no se expusiera al aire. La mujer, sintiéndose muy bien, no hizo caso de la advertencia y realmente murió. Se advierte que el monje intervino con toda perfección técnica. Se dice en la respuesta del Papa: Aunque obró muy mal el monje metiéndose en oficio ajeno, tan impropio de su profesión, con todo, si lo hizo por compasión y no por avaricia y era perito en cirugía y puso en ello todo su empeño... después de la debida reparación se puede tener con él misericordia.

pasión abrió el tumor de la enferma, quedó irrégular, aunque procedió con la diligencia que el médico más perito pudiera haber tenido. Para que el médico no quede responsable de la muerte del enfermo debe, en primer lugar, ser perito en su profesión y arte; debe, en segundo lugar, avisar al enfermo de lo que le puede ser nocivo para que lo evite. No se le obliga a estar siempre con el enfermo, según el HOSTIENSE, a no ser que el enfermo necesite, por su extrema gravedad, de esta continua asistencia; entonces debe estar él presente continuamente o advertir que se le atienda con toda diligencia. Así también RIPA, el cual trata largamente de los médicos imperitos y estudia su responsabilidad si por su culpa el enfermo se muere (27). ALBERTO cree que el médico ignorante por cuya culpa el enfermo muere debe ser castigado no con la pena ordinaria del homicida, sino con pena extraordinaria. Con razón decía JOV. PONTANO, in *Charonte*: «Más libremente viven los médicos a los que es permitido matar impunemente. A los médicos no sólo los absuelve la ley, sino que manda aún pagárselo encima.» Volvamos a nuestro caso. Como el monje mandó a la mujer que se cuidara del viento, y ella, no haciendo caso, se expuso y murió, queda claro que incurrió en irregularidad tan sólo por ocuparse en algo no absolutamente ilícito, sino ilícito a él, ya que no podía actuar como médico (28), pues ni el subdiácono ni el sacerdote pueden ejercer ningún arte quirúrgico que suponga adustión o incisión. Por lo cual el PANORMITANO y PABLO PARÍS afirman que el clérigo ordenado de menores y que tiene algún beneficio eclesiástico incurre en irregularidad si por actuar como cirujano muriera alguno sin culpa ninguna suya, ya que ejerce una profesión a él prohibida.

Esta opinión la creo verdadera, siempre que el enfermo muera por causa de alguna adustión o corte. Pero si el quirurgo ni abrasa ni corta, y el enfermo, herido por otro o de alguna en-

D. I, 18, 6, 7. *l. illicitas. De offic. praes.*

Así como no debe imputarse al médico la eventualidad de la muerte, así debe imputársele lo que por impericia cometió; no debe quedar impune bajo el pretexto de la fragilidad humana...

(27) Host. in *summa, de aetat. et qualit. par. orde. vers. ex post. facto. quem refert et sequitur RIPA in tract. de peste, part. ult. par. medicorum n. 48. ALBERT in d. par. sicut. Regia lex l. 6, tit. 8, part. 7.*

Partidas, VII, 8, 6.

Métense algunos omes por más sabidores de lo que non saben nin son en física e en çurugía. E acaesce a las vegadas que porque non son tan sabidores como fazen la demuestra, mueren algunos enfermos o llagados; por culpa dellos. E dezimos por ende que si algún físico diesse tan fuerte melezina o aquella que non debe... o si algún çurujano fendiesse algún llagado o lo aserrasse en la cabeça... de manera que muriesse por ende... que cada uno de los que tal yerro fazen, devè ser desterrado en alguna isla por cinco años, porque fué en gran culpa.

(28) c. 9, X. III. 50. *C. sententiam sanguinis.*

Ningún clérigo dicte sentencia de sangre, ni ejerza tal clase de vindicta, ni intervenga donde se lleve a cabo.

termedad muere sin culpa alguna del operador, o si, quemado por el cirujano o practicada alguna incisión, muere el enfermo no por la adustión o incisión, sino por la misma gravedad de su padecimiento, no contrae entonces irregularidad alguna, lo cual se deduce de las constituciones antes citadas.

A esto añadiré, con gusto, que el clérigo ordenado de menores que hace de cirujano podrá ser llevado al tribunal secular para responder de las culpas y negligencias en el ejercicio de tal arte, como muy bien lo advierte JUAN GALLUS (in q. 150).

De aquí se deduce que si un laico o clérigo ordenado de menores fuera médico y según las reglas de su profesión se dedicara a ella, y por alguna incisión, sin culpa suya, muriera el enfermo, no incurriría en irregularidad (29).

Así escribe el CARDENAL que si un monje o clérigo ejerciere como médico y fuere perito y, sin embargo, sin culpa suya, casualmente muriesen algunos enfermos, no sería irregular, ya que se ocuparía en cosa lícita que no le está prohibida. El Romano Pontífice ciertamente prohibió que fuera ordenado el médico que tuviera la conciencia manchada con alguna culpa, lo cual indica que está permitido por el derecho ser promovido a las sagradas órdenes el médico que ejerza su profesión sin sospecha de culpa.

De todo esto se deduce que es irregular aquel que cuidando de algún enfermo le dé alguna poción o medicina sin mandato del médico o contra su prohibición, si por ello muriera el doliente (30).

Con igual razón será irregular aquel que dé vuelta al enfermo, demasiado angustiado en los últimos momentos, para que muera antes y no sufra más (31).

También estos autores creen que incurre en irregularidad el que extrae la saeta del herido si por ello éste muere. Yo también opinaría así cuando al sacar la saeta hubiera tenido alguna culpa por no guardar el modo prescrito para este caso por los más peritos o por serle a él ilícita o prohibida tal operación; en otro caso no es completamente cierta tal opinión.

SEGUNDO. Se prueba también la primera parte de la proposición por el cap. *Sicut* (32), de las mismas Decretales, en el que

(29) CARD. in d. c. *tua nos et M. Soc. in c. ad audientiam, de homicid.* n. 31.

(30) INNOC. et DD. in d. c. *tua nos et MARIAN. Soc. in d. c. ad audientiam*, n. 32.

(31) SOCIN in d. n. 32 et PAN. in cap. *sententiam sanguinis, ne cler. vel monach. GONSAL. A VILLAD. de irregular. c. de percussore, colum. 5. post SPEC. tit. de dispensatione, par. juxta vers. quid si alius infirmum.*

(32) C. 20. X. V. 12. C. *Sicut*.

Como nos hemos enterado por el tenor de vuestras cartas, que cierto presbítero de vuestra orden, cogiendo, como jugando, por la cintura a una mujer embarazada, con la que había tenido repetidamente trato inhonesto, ocasionara con ello, según testimonio de la misma mujer, su aborto, por

jugando uno ilícitamente con una mujer embarazada y causándose por ello el aborto de un feto animado, se declara incurso en irregularidad al que tal hace, aunque ninguna culpa haya tenido en ello. Los doctores interpretan o aplican esta respuesta para el caso de que tuviera trato carnal con la mujer el que así juega o lo hubiere tenido frecuentemente, de manera que no incurriría en irregularidad si fuera hermano o consanguíneo el que jugara con la embarazada. Pero esta última sentencia sólo la creo verdadera para el caso de que se jugara con cuidado con esa mujer, aunque sea consanguínea; de otra suerte caería en irregularidad por la culpa en el modo de jugar, lo que debe ser sometido al arbitrio de un buen varón.

TERCERO. A lo mismo nos lleva el cap. *Dilectus* (33), en el que se resuelve que no es irregular el clérigo que montando a caballo mató a un niño sin culpa ninguna suya, porque se ocupaba en algo lícito; pero si hubiera sido para él ilícito el cabalgar, aunque la muerte hubiera sido casual; sería, con todo, irregular. Casi la misma respuesta se da en el cap. *Significasti*, de manera que si contra cierta prohibición hubiera cabalgado e hiciera, por tanto, algo ilícito incurriría ciertamente en la irregularidad, de haber sucedido lo que en el caso anterior. Así lo escribe CAYETANO y lo disputaremos en seguida. Digamos, con todo, de pasada, que este sentir de CAYETANO es consecuencia de la opinión común de todos los canonistas.

La segunda parte de la proposición se deduce de los mismos capítulos *Dilectus* y *Significasti*, en los que se ve claramente que no hay irregularidad si se hace lo que es lícito, aunque sin culpa suya haya alguna muerte casual. Esto acaece cuando lo casual proviene de la impetuosidad bravia del caballo, sin que se le pueda imputar al jinete, que no tuvo culpa ninguna (34).

lo que el presbítero, con el consejo de varones prudentes se apartó, por sí mismo del ministerio del altar; y nosotros respondemos por insinuación de vuestra devoción, que, si no estaba aún vivificado el fruto de la concepción, podrá usar las sagradas órdenes; pero si estaba ya vivificado debe alejarse del oficio del altar.

(33) C. 13. X. V. 12. *C. dilectus* y c. 17. X. V. 12. *C. significasti*. Los dos están lo suficientemente indicados en el texto.

(34) *L. 1 in p. ff. si quadrup. paup. feciss. dicat; notat BART. ad text. in d. c. dilectus ad hoc in cons. 443, libr. 4; l. idem jur. par. l. ff. ad l. Aquil. par. impetu quoque. Inst. ad leg. Aquil. Regia l. 4 et 5, tit. 8, p. 7; tit. 17, lib. 4 Fori; l. 15, tit. 13, lib. 8 Ordin.; et l. 6, tit. 15, part. 7.*

D. LX, 1, 1, 4. l. si quadrupes...

...Y así como escribe Servio tiene lugar esta acción (de pauperies) cuando excitada su ferocidad hizo daño un cuadrúpedo, por ejemplo, si un caballo recalcitrante causare daño con una coz, o un buey acostumbrado a cornear, hubiere atacado a alguno, o las mulas por su demasiada fiereza. Pero si por lo malo del lugar, o por culpa del mulero, o si cargado más de lo justo hubiese el cuadrúpedo echado la carga sobre alguien, cesará esta acción y se ejercitará la de daño con injuria.

A esto también pertenece el capítulo *Presbiter* (35), donde el maestro, obrando lícitamente al castigar al discípulo, si tiene culpa al excederse en el modo (36), incurre en irregularidad cuando se sigue la muerte. Por la culpa, por tanto, incurre en la irregularidad, ya que se excedió en el castigo, y según sea la culpa será la responsabilidad, a tenor de las leyes. Si no hubiera habido culpa en el exceso no tendría que responder en modo alguno del homicidio casual. Todos los doctores parecen pensar lo mismo, aunque FELINO se esfuerce en llevar la contraria.

TERCERO (así está en el original, repetido el «tercero»). Se prueba esa misma segunda parte por los capítulos *Johannes* y *ex litteris* (37), en los que se afirma que no es irregular el que volteando las campanas o queriendo quitarlas, por pura casualidad, sin culpa alguna suya, causara algún homicidio, ya que se ocupaba en cosa lícita. Pero si el volteo de las campanas fuera por alguna razón ilícito, afirman todos que contraería la irregularidad, aunque sin culpa suya se desprendiera la campana o el badajo y matara a alguno. Muy dudoso se me hace esto, como en seguida diremos; pero consta que sería irregular el que tocara las campanas llamando a la sedición y a las armas, si de la guerra o lucha entablada resultara alguna muerte, ya que tan causante era de ella.

Sin embargo, no admitiría ser irregular el que tocara las campana para indicar que alguno debía ser ahorcado o ejecutado por

Lo mismo se repite en el título 2, ley 8 del mismo libro IX. 1. *idem iuris* y en la *Instituta*, lib. IV, tit. 3, l. 8... *Impetu quoque mularum*.

Cita también COVARRUBIAS las par. VII, 8, 4; el Fuero Real, IV, 17, 7; las O. R. de Castilla, VIII, 13, 15; en todos estos sitios se habla únicamente de los homicidios casuales y culposos.

(35) C. 7. X. V. 12. C. *Presbiterum*.

A cierto presbítero que por causa de la disciplina pegó en la cabeza a un niño y le hirió, muriendo éste a los pocos días, le debes separar para siempre del ministerio del altar y deponerle del oficio sacerdotal, si realmente de ese golpe murió el niño o incurrió por él en enfermedad de la que se sabe que murió.

(36) *L. praeceptoris*, ff. ad l. Aquil. lege sed et si, par. ult. ff. eo tit. l. item quaeritur, par. idem Jul. ff. locati.

D. IX, 2, 6, 1. *Praeceptoris*. L. Aquil.

Porque la demasiada crueldad de un preceptor, se considera como culpa.

D. IX, 2, 5, 3. l. *Sed et si*...

Si enseñándole hubiera el maestro herido o matado a un esclavo, ¿quedará obligado por la ley Aquilia cual si hubiese causado el daño con injuria? Y escribe Juliano que queda obligado por la ley Aquilia el que, enseñándole, dejó tuerto al discípulo; luego con mucha más razón si le hubiera matado. Se propone él este caso: un zapatero, a un niño aprendiz, ingenuo, hijo de familia, que no hacía bien lo que le había enseñado, le dió un golpe en la cerviz con la horma de un zapato, de tal suerte, que al niño le vació un ojo...; por ello, dice Juliano, que no corresponde la acción de injurias...; pero no se puede dudar que compete la acción de la ley Aquilia.

(37) C. 15 y 23. X. V. 12. C. *ex litteris* y *Joannes*.

Se indica lo bastante en el texto lo que puede interesarnos.

los ministros de la justicia, aunque lo contradigan varios, pues es falso que haya puesto causa, ni próxima ni remota, para el homicidio. Ni puede ser irregular el que aporta leños u otros materiales para quemar el cadáver de un hereje; pero si se tratara de quemarle vivo, entonces sí que lo sería (38).

CUARTO. De aquí se deduce el sentido del capítulo *Exhibita* (39), donde no se considera irregular al que tiró una piedra contra otro jugando, y huyendo éste de la piedra y tropezando en otra cae, se lesiona y muere luego por torpeza del médico, pues el que tiró la piedra se entretenía en algo lícito y no tuvo culpa en lo que no pudo prever. Por tanto, el homicidio casual no se le imputa; pero si hubiera tenido culpa por tirar piedra tan pesada que de no huir le pudiera haber herido peligrosamente, entonces incurriría en irregularidad el que lanzó la piedra. Así lo advierten varios autores (40). Algunos, sin embargo, máxime ABBAS ANAN, creen que ese tirar piedras es juego lícito entre niños, pero no entre mayores, pues es peligroso, según la ley *nam ludus* de la *Aquila*.

Yo, sin embargo, creo que este juego de tirar piedras con rivalidad es ilícito entre grandes y entre pequeños por el peligro que encierra, aunque creo también que el que hiera o mata con este juego no debe ser castigado con la pena ordinaria, si por costumbre se hubiera introducido este juego o lucha (41). Si la costumbre es de poco tiempo no excusa en los tribunales de toda la pena, sino, a lo más, de una parte de ella, aunque las dichas glosas afirmen que la costumbre mala puede excusar de la pena, pero no del pecado. Puede ser lícito este juego si es para lucir la habilidad y la fuerza; pero no para hacer daño, como lo cantó Homero en la *Odisea* y lo traduce ERASMO en versos latinos.

(Omito aquí lo que se refiere a estos versos y a los juegos olímpicos, que lo trata ampliamente.)

QUINTO. Del mismo modo se deduce la verdadera interpretación de los capítulos *Continebatur* y *Lator* (42), en el primero

(38) CARD. *in hac clemen. ad fin.* Idem et FELIN. *in c. sicut dignum, de homicid. par. hi quoque.* SOCIN *in d. c. ad audientiam, de homicid. n. 62.* PALUD *in 4 sent. dict. 25. q. 4.* SPEC. *tit. de dispensat. par. juxta n. 45.*

(39) C. 20. X. V. 12. C. *exhibita.*

Se indica bien en el texto.

(40) ABB. ANAN. *et DD. ibi quibus sufragatur in simili decisione* BART. *in l. si gemina ff. arbor furtim. caesar. de quo tantisper egimus in hac parte. par. 2, n. 9.*

(41) ANCHAR. *in c. cum venerabilis, de consuetud. idem in cons. 283.* CREMENS. *in sing. 199.* CAEPOL. *in cons. 30. facil ad id gloss. in d. c. cum venerabilis et in c. denique 4, dist. gloss. in c. sane de temp. ordin. et quae late tradit.* ROCH. CURT. *in c. ult. de consuet. fol. parvo 14.* HIPPOL. *in l. 1, limit. 19, ff. si cert. pet.*

(42) C. 8. X. V. 12. c. *continebatur.*

Se trata de unos diáconos, diré con traducción libre, pero muy fiel, que volvían de su trabajo en las viñas de la Iglesia y traían al cinto y hacia

de los cuales se incurre en irregularidad y en el segundo no, habiendo en los dos homicidios casualidad y ocupándose en los dos los actores en algo lícito. La diferencia está en la culpa, pues la hay en el primer caso por no haber puesto la diligencia debida para evitar la muerte, diligencia que se tuvo en el segundo y por eso no se incurre en la pena canónica, según opinión común, que encuentra lícito, aun entre los clérigos, ese ejercicio de palestra. Consta ciertamente que este juego y los similares para ejercitar el valor y fuerzas son lícitos; más aún: si alguno, deteniéndose según la naturaleza del juego, para no quedar vencido, causara alguna muerte no es reo de homicidio (43).

Yo, a la verdad, creo que sólo son lícitos a los clérigos, por lo menos a los ordenados *in sacris*, aquellos juegos para ejercitar las fuerzas que no llevan, según el común sentir, peligro de heridas o muerte, lo que se prueba con muchos testimonios (44).

atrás, las curvas podaderas. Para entretener lo pesado de la vuelta, iban lanzando sus bastones por el camino y era ley del juego, que cuando un bastón caía sobre otro, el dueño del primero *uteretur alio ut equo*, saltara a caballo sobre el del segundo. Dice expresamente que los diáconos se contentaban con que su bastón se montara sobre el del compañero, por parecerles lo otro menos digno. Pero iba con ellos un seglar y al quedar su bastón sobre el de uno de los diáconos, saltó sobre éste, con tan mala suerte, que se hirió con la podadera y murió al poco tiempo. Se acudió a la autoridad suprema sobre el supuesto homicidio y (aunque nos sorprenda), la respuesta es «que sin licencia expresa del Romano Pontífice no pueda subir a otras órdenes mayores, ni se le permita officiar en lo sucesivo como diácono».

C. 9. X. V. 12. c. *Lator*.

Pedro clérigo. dador de las presentes, nos propuso de viva voz, que, como jugase un día con otro clérigo, aconteció que éste le echó por tierra y se hirió con la navaja que Pedro llevaba al lado, de lo que murió. Mandamos que, descubierta la verdad, si sucedió así y no hay otra causa que lo impida, permitas al dicho Pedro que sea promovido a las sagradas órdenes.

(43) *L. solent. ff. de aleae lusu et aleat. l. qua action. par. si quis. l. ex plagis, par. cum pila. ff. ad leg. Aquil. gloss. ALBER. et JASON in l. in executione par. ult. ff. de verborum obligat. DEC. cons. 9. SOCIN. cons. 16, lib. 1. HIPPOL. in pract. par ulterius, n. 9.*

D. XI, 5, 2, 1. *l. solent. De aleat.*

Un senadoconsulto prohibió jugar dinero, excepto si alguno jugara a tirar la lanza o el dardo o a correr, saltar, luchar o pelear y esto se hace por probar el valor.

D. IX, 2, 7, 4. 1. *Qua actione...*

Si ejercitándose alguno en la lucha o en el combate gímnico, o los púgiles entre sí, hubiere uno matado al otro; si realmente le mató en público certamen, no tiene lugar la ley Aquilia, porque se entiende causado el daño por causa de la gloria y del valor, no por injuria...

Y en la ley 52 del mismo libro y título, en el párrafo 4.º se dice:

Jugando muchos a la pelota, uno de ellos, al intentar recogerla, atropelló a un esclavo pequeño, que al caerse se rompió una pierna. Se preguntaba si el dueño del esclavo puede reclamar por la ley Aquilia contra aquel que le tiró. Respondí que no, porque parecía que lo hecho más fué por casualidad que por culpa.

(44) *In c. 1 et c. sententiam sanguinis. ne cleric. vel monach. et in c. 1. de torneament.*

Y baste con esto para aquellos que se ocupan en cosas lícitas y, sin embargo, incurren en irregularidad por la culpa en no precaver aquello que podía causar alguna muerte. Sin embargo, la culpa levisima no creo que baste para la irregularidad (45), aunque la glosa afirme que basta la culpa levisima si se hacia algo ilícito. Los ejemplos con que quieren probarlo el HOSTIENSE y JUAN ANDRÉS más bien son de culpa leve que de levisima, así que yo opino que es más exacta la opinión del ABAD para quien, si la culpa levisima se da *in omittendo*, no hay irregularidad; pero si cuando la culpa levisima *est in committendo*, aunque, según la glosa, cuando se da *in committendo*, la culpa levisima es más bien leve (46). Aun la culpa levisima *in omittendo* puede bastar a veces para la irregularidad, como, por ejemplo, cuando a uno se le contrata por determinado precio para algo y queda así obligado a toda diligencia, como afirman no pocos.

De todo esto deduzco que el homicidio causado por una persona particular nunca se le puede imputar a irregularidad si no tiene culpa y alguna malicia de pecado.

Porque el que completamente se ve libre del pecado de homicidio debe también verse libre de la pena de irregularidad que proviene del homicidio privado. Se fijan en esta ilación muy particularmente el PALUDANO y ALFONSO DE CASTRO (47), porque la irregularidad del homicidio, aunque se puede dar o se dé sin pecado en persona pública, ya que en todo caso es voluntario; en la privada siempre exige pecado o alguna culpa, pues si no sería

C. 9. X. V. 50. c. *sententiam sanguinis*.

Ya le hemos citado antes; añadamos que dice la glosa: «Se prohíbe a los clérigos todo aquello de lo que se sigue o se puede seguir pérdida de la vida o derrame de sangre».

C. 1. X. V. 72. c. *Felicis memoriae. De Torneamentis*.

Se refiere más particularmente a los militares; es, por tanto, argumento a *fortiori* y dice así:

Siguiendo las huellas de nuestros predecesores Inocencio y Eugenio, Papas de feliz recordación, prohibimos esos detestables mercados o ferias, que llaman vulgarmente torneos, a los que suelen acudir, previo pacto, militares y para ostentación de sus fuerzas y audacia, se atacan temerariamente, de donde suelen resultar muertes y peligros al alma. Si alguno de ellos muriera, no se le niegue la penitencia si la pide, pero carezca de sepultura eclesiástica.

(45) *In c. quaesitum, de poenit. et remis. ubi PANORAMITANUS hoc notat et Gons. a Villadieg. de irregular. c. de percuss. col. 7. RAVENNA in d. c. quaesitum. ANGEL in vers. irregularit. par. 3. SYLVEST. in verbo homicid. 2. col. 2 et in par. 23. et licet gloss. in cap. significasti in primo de homicid. teneat contrarium.*

En el canon ya citado *significasti* dice así la glosa: «Aquí la culpa levisima, hace al hombre irregular».

(46) *Gloss. in l. Corneliae ff. ad Syllan, cujus nos meminimus in Epitome ad quartum Decretum 2. part. c. 6. par. 8, n. 13.*

(47) PALUD. *in 4. sent. distinc. 35, q. 1, art. 4. ALPHONSUS A CASTRO, lib. 2, de potest. leg. poen. c. 14. vers. primae principalis conclusio et in vers. secunda propositio.*

completamente involuntario o casual sin culpa, el cual nunca lleva la pena canónica.

De aquí también se deduce que, aunque se deba considerar la causa próxima, no la remota (48), sin embargo, no siempre es necesario que la causa sea próxima o inmediata, sino que a veces será suficiente para la irregularidad la remota, mientras no lo sea demasiado, lo que se debe dejar al juicio de un buen árbitro.

Por lo que toca al homicidio casual que proviene del que se ocupa en algo ilícito, es admitido comúnmente por todos que incurre en irregularidad, aunque la muerte sea casual y muy fuera de su voluntad e intención y hubiera tenido la diligencia que pudo y debió tener.

* * *

Voy a examinar, razonándolo, la verdad de esta conclusión. En resumidas cuentas, o la irregularidad se produce por la culpa propia del mero ocuparse en algo ilícito, o por la negligencia en precaver el homicidio casual que podría producirse con aquel obrar. No procede de esto segundo, como todos los confiesan, pues en la misma irregularidad incurriría aunque hubiera tenido la mayor diligencia si la muerte hubiera sido por encontrarse en situación ilícita; luego la irregularidad proviene de la primera culpa. ¡Extraño es, ciertamente, que provenga de la primera culpa, que nada tiene que ver con el homicidio! Pues el que ilícitamente y contra la expresa prohibición montara a caballo, teniendo, sí, el mayor cuidado y diligencia para que el animal no causara daño alguno; si, con todo, por algo absolutamente casual e inesperado, se produjera alguna muerte, sería, sin duda, reo de aquella desobediencia y terquedad en cabalgar; pero no del homicidio en cuanto a la culpa, y debe, por tanto, verse libre de la irregularidad que proviene del homicidio causado por una persona privada, como lo hemos probado antes.

Añado que si la irregularidad se da por la culpa primera del

(48) *Gloss. communiter recepta in c. de caetero, de homicid. gloss. in l. si mulier ff. rerum, amot. et causa propinqua sit illa quae damnum dat, non accedente alia extrinseca causa. l. qui domum, ff. locati notat ABB. in discretionem de eo qui cognov. consanguin. uxoris suae, quae quidem causa dicitur aliter immediata. ut explicat DEC. in authent. praeterea, C. unde vir et uxor. colum. 8. BART. in l. 1. ff. de act. et obligat. CAGNOL. in rubr. ff. sive in proemio Pandectarum, colum. 1. omnium latissime, ANDREAS TIRAQUELLUS in libel. de causa cessante, limitatione 20. Eleganter CICERO ex Medae fabula...*

C. II. X. V. 12. c. de caetero. De homic.

Por lo demás, sábete que el diácono que pareciera dar causa al homicidio, no parece que pueda ser promovido al sacerdocio.

La glosa, que es lo que aquí nos interesa y lo que cita COVARRUBIAS, dice así: «Advierte que el que pone la causa del daño, parece causar... mayormente si es causa cercana al efecto, no si parece remota. Lo mismo se diría de la remota si lo hiciera con ánimo de dañar o con menor diligencia».

versari in re illicita, sin duda habría que ponerla en muchos casos de los que dudan, con razón, los más insignes doctores canónicos y civilistas, y la mayor parte afirman que no puede darse. Veamos algunos:

PRIMERO. Pongamos el caso del que, contra la prohibición, fabrica cartas para jugar y el que con ellas juega mata a otro por disputas que se suscitan. Sin duda, que el que fabrica aquellos naipes, se ocupa en cosa ilícita, de la cual, por causas ajenas a su voluntad, ha surgido un homicidio, imposible de evitar aun con la mayor diligencia. Sin duda, que se ha dado aquella primera culpa, y, sin embargo, que éste no es irregular lo prueba clarísimamente SOCINO... Luego no basta la primera culpa para incurrir en irregularidad.

SEGUNDO. Lo mismo se puede decir del artífice que, con hierro robado, hace una espada y el que la compra mata a otro con ella. El artífice no cae en irregularidad, como lo nota ALFONSO DE CASTRO. Si bastara la primera culpa, ciertamente sería irregular, lo que es completamente falso.

TERCERO. Se trae también el caso del que cometió un adulterio, y por esa causa el marido mató a la mujer: el adúltero no cae en irregularidad. Lo mismo piensa el doctísimo ALFONSO DE CASTRO, porque el homicidio no se sigue *per se* y necesariamente del adulterio, sino ocasionalmente y fuera o por encima de la intención del adúltero. Sin embargo, si bastara la primera culpa para la irregularidad, sin duda posible, caería en ella.

CUARTO. Considero en concreto los capítulos *Dilectus* y *Significasti*, y digo que si alguno tuviera prohibido el salir de casa, o por el juez o por el superior, y no haciendo caso de tal prohibición, saliera montado a caballo, y, sin otra culpa suya, el caballo matara a alguno, ciertamente no incurre en irregularidad. En cambio, habría que decir que era irregular si bastara aquella culpa primera, es decir, aquel obrar ilícito. Lo afirma CAYETANO, como lo dijimos antes, pero no tenemos su opinión.

QUINTO. La misma consideración se debe hacer del que toca las campanas en tiempo de interdicto (c. *ex litteris*), llamando al oficio divino, lo cual es ilícito; sin embargo, si casualmente, por desprenderse el badajo, matara a alguno sin otra culpa que tocarlas ilícitamente, no creo que se le pueda tener por irregular, y lo sería si bastara la primera culpa. Muchos casos semejantes podríamos exponer que dejan muy al aire aquella distinción en cuanto a la última parte (del incurrir en la pena canónica por el mero ocuparse en algo ilícito). Vamos, pues, a exponer nuestra opinión y la dejamos al juicio del lector.

Dejemos, ante todo, firmísimamente establecido que aquellos efectos que se siguen de un obrar, no pensados antes por el agente y que acontecen fuera de su intención, pero que se siguen *per se* y necesariamente de la acción, o que, por lo menos, se siguen generalmente y suelen resultar de tal proceder; se imputan al

agente, como lo afirma SANTO TOMÁS, I. 2. q. 2 a 15, y lo hemos recordado antes.

También hay que advertir que aquello casual que proviene de algún obrar fuera de la intención del agente y por él no previsto, se dice voluntario *per accidens* e indirectamente, o querido por el actor no *per se* y directamente, como lo dice SANTO TOMÁS, I. 2. q. 64, a. 8.

Añadamos que ese voluntario podrá ser más o menos indirecto y tener más o menos de voluntad o volición directa (hablemos por ahora así), según que la obra misma, en sí considerada, sea más o menos apta u ordenada o peligrosa para que se den aquellos resultados. Y, según esto, serán considerados más o menos contingentes, y por ello voluntarios, como consta de lo que llevamos dicho.

De todo lo cual se deduce que aquellos efectos que se siguen de un obrar, no *per se*, ni necesariamente, ni como suele acontecer en general, sino *per accidens*, no se pueden imputar, ni directa ni indirectamente se pueden incluir en la voluntad del que obra, ni hay para qué considerarlos aquí.

Expuestos, pues, estos principios con todo detalle y explicándolos diligentemente, se deduce que el homicidio casual que se sigue de un obrar ilícito, entonces sólo se debe imputar para contraer la irregularidad, cuando el acto ilícito tiende por su misma naturaleza a la lesión mortal o al homicidio, como lo explica SOCINO (49) y lo sienten así FELIPE FRANCHI y GONZALO DE VILLADIEGO; o cuando el homicidio procede de aquel acto ilícito *per se* y necesario, no *per accidens*, como lo prueba ALFONSO DE CASTRO, o por lo menos cuando aquel obrar ilícito, querido *per se*, es peligroso por su naturaleza, o con frecuencia o muchas veces se sigue de él la muerte. Después de la primera edición de esta obra lo he leído en DOMINGO SOTO. Esto, pues, es lo que enseñan los Pontífices en sus decisiones, que establecieron la irregularidad por el homicidio casual que se sigue de un obrar ilícito, aunque sea fuera de la intención del agente y empleada toda la diligencia que pudo y debió poner. Esto mismo se confirma en gran manera por la razón, en el último capítulo de homicidio, in VI, cuando se dice que se imputa aquel homicidio que se sigue, fuera de la intención, de un obrar ilícito, es decir del mandato de injuriar a uno; porque tuvo culpa en el mandar y debió pensar que esto podía suceder.

De lo cual se infiere la diferencia que media entre el ocuparse en algo ilícito y el obrar ilícitamente en cuanto al homicidio casual. En este último se imputa el homicidio porque tiene máxima culpa y porque al mismo tiempo se ocupa en cosa ilícita y peligro-

(49) Soc. in d. c. ad audientiam, de homicid., n. 49. Sentiunt ANCHAR. et FRANC. in c. ult. de homicid. in 6. GONS. A VILLAD. in tract. de irregularitate c. de percussore, col. 3.

sa frecuentemente para muerte o mutilación u ordenado a ella por su propia naturaleza y necesariamente. En cambio, en el caso primero, sólo se le imputa por la culpa, si la tuvo, en no emplear la diligencia que debía y estaba en su mano para evitar que se siguiera el homicidio. Consta esta diferencia o se deduce, de las decisiones y constituciones establecidas por el Derecho pontificio. (Así está en el original, sin poner esplicitamente «primero».)

SEGUNDO. Se deduce que en esta controversia se llama acto ilícito el prohibido por razón del peligro que supone para el homicidio, muerte o mutilación. Así lo deduzco del capítulo *tua nos* junto con el capítulo *Sententia sanguinis*. De modo que si el acto no se prohibiera por este peligro, sino por otra causa, su transgresión no supondrá ninguna, o a lo más mínima culpa del homicidio, y alguna culpa es necesaria para que se le pueda imputar el homicidio al particular en orden a la irregularidad, como ya lo hemos dicho.

TERCERO. Se sigue, pues, que si un seglar, médico peritísimo, por alguna causa que no tocara a la pericia de su profesión, sino como pena impuesta por otras razones, tuviera prohibición del juez de ejercer por algún tiempo su profesión; si, no obstante esta prohibición, lo siguiera haciendo en secreto y, por alguna incisión, hecha con toda pericia, por culpa del enfermo se siguiera su muerte, no caería en irregularidad, pues la ilícita transgresión del precepto judicial no dice relación a la culpa del homicidio casual, ya que no se le prohibió por el peligro del homicidio, como se ve en el capítulo *Sententiam sanguinis*, por la que a los clérigos ordenados *in sacris* se les prohíbe ejercer como cirujanos, porque de las incisiones y adustiones suelen provenir muertes. Pero la decisión de esta duda y de otras muchas cosas establecidas por mí en esta materia, queda a juicio del lector y de los doctores en general contrarios.

CUARTO. Se deduce también qué se debe decir del clérigo que, entretenido en una caza ilícita, sin culpa y procediendo con toda diligencia, atravesara y matara a un hombre con una flecha, creyendo que era una fiera, como le sucedió a Cephalo, y lo narra OVIDIO (*l. 3. de arte amandí*), que mató a su esposa Procin con la flecha voladora disparada contra una fiera. ¿Caería en irregularidad el clérigo? Cierto que si esto sucediera al clérigo que podía cazar y no se ocupaba en nada ilícito, no habría lugar a irregularidad alguna, lo cual se deduce de SOCINO el joven y ALFONSO DE CASTRO (50), los cuales, en este caso concreto, creen que caería en la pena, canónica si se entretenía en caza prohibida e ilícita, aunque hubiera tenido toda la diligencia requerida para evitar el homicidio. Sin duda admitiría yo esta opinión, si la caza estuviera

(50) SOCIN. *junioris*, cons. 58, lib. 1. ALFONSO. A CASTRO *in d. lib. 2, de potest. leg. poenal. c. 14, vers. nec refert.*

prohibida por el peligro de homicidio, muerte o heridas que suelen acontecer en ese modo de cazar. Pero si la caza estuviera prohibida por el bien parecer, como sucede a los clérigos, o para guarda y conservación de los animales, entonces no aprobaría ni admitiría esta opinión, si no hubiera más culpa, en aquel hecho, que la de ocuparse en caza ilícita.

Y se fundamenta esto en lo que hace poco decíamos, pues la culpa de la caza ilícita no tiene relación ninguna con el homicidio, sino tan sólo con la transgresión del precepto establecido de no cazar, lo que no basta para constituir la irregularidad propia del homicidio privado como hemos dicho. Y se ve claro, porque si no estuviera prohibida la caza, no se contraería irregularidad alguna de esta clase, como todos lo admiten; luego la irregularidad no se debe deducir de aquella culpa que nada tiene que ver con el homicidio, sino con la transgresión del mandato, cuya violación, según las sanciones canónicas, no produce irregularidad.

QUINTO. Con gusto deduzco de todo esto el sentido del capítulo *sicut de homicidio*, al preguntar si en aquel caso proviene la irregularidad de aquella culpa que tuvo el que jugaba inhonestamente y por causa de la pasión con una mujer; o de aquella otra cometida al jugar con mujer embarazada, de tal manera que pudiera temerse el peligro de un aborto. Ciertamente la irregularidad no nace de la primera, sino de la segunda. No de la primera, porque aquélla de ningún modo se orienta por su naturaleza al homicidio o al peligro de aborto, ni se refiere por nada al resultado de aborto u homicidio, y para la irregularidad del homicidio privado alguna culpa es necesaria, como lo hemos probado, o, por lo menos, esa culpa es en extremo remota al homicidio o aborto que luego resultó. Además, si aquella primera culpa bastara para la irregularidad, seguiríase que sería irregular el que por pasión y lascivamente jugara con alguna mujer, con ignorancia invencible de su embarazo, si se seguía el aborto a causa del juego, lo que me parece sumamente dudoso y no conforme al derecho. Sé muy bien que por su justa e invencible ignorancia, es inmune completamente y se ve libre de la culpa del aborto, ya que ignoraba aquella cualidad que es necesaria para tal culpa y para que el acto no sea completamente involuntario. Luego la irregularidad no proviene de la primera culpa, sino de la segunda, porque aquel juego con mujer en estado era peligroso; por lo menos, muy frecuentemente da ocasión al aborto; y es, por tanto, ilícito, imprudente y, en consecuencia, reprobable. Por todo lo cual, la irregularidad por el homicidio casual, en este caso concreto, se da porque el agente ejecuta un acto que lleva peligro de muerte y ocisión; y, por ello, prohibido.

SEXTO. Si la primera culpa no se tiene en cuenta para la irregularidad, dudosa se nos hace aquella interpretación del texto *Sicut*, común a todos los autores, de la que ya nos hicimos eco.

Pues aunque fuera hermano o consanguíneo el que imprudentemente jugase con la mujer embarazada, como jugó el presbítero aquel a quien se refiere el Romano Pontífice, debería ser tenido por irregular, porque hacía algo ilícito y prohibido, por ser peligroso para el aborto; ni puede suceder sin culpa alguna, por el peligro que lleva consigo.

He propuesto todas estas cosas no ciertamente con aseveración contumaz, sino con el fin de que el lector se valga de ello, aclaradas las dificultades, para probar y defender la sentencia más común de los doctores.