

AMPARO
PEDIDO CONTRA LA PENA DE MUERTE Á QUE FUÉ SENTENCIADO
EL REO DE CONATO DEL DELITO DE ROBO CON ASALTO.

1ª ¿Consiente la segunda parte del art. 23 de la Constitucion que se castigue lo mismo el simple conato que la consumacion perfecta de los graves delitos para los que reservó la pena de muerte? ¿Puede el legislador nivelar ante el cadalso tanto el deseo de matar, como el conato de incendio, como la perpetracion de un robo con asalto? El precepto que en odio al patíbulo encerró en estrechísima excepcion los crímenes que serian merecedores de la muerte, no puede interpretarse en el sentido de ampliar esa excepcion, para comprender en ella el simple conato, porque los motivos que la fundan, se toman de la enormidad del delito, y la simple tentativa no puede tener la gravedad del crimen consumado. La razon, el espíritu y la letra del artículo constitucional condenan esa interpretacion.

2ª ¿Puede un decreto local decretar la pena de muerte contra más delitos que los expresados en aquel art. 23? Si las Legislaturas de los Estados nunca pueden suspender las garantías individuales, porque esta es atribucion exclusiva de los Poderes federales, en los términos que lo ordena el art. 29, mucho ménos pueden alterar *las que aseguran la vida del hombre*, porque esto está prohibido aun á esos Poderes. Interpretacion y concordancia de los artículos 23 y 29 de la Constitucion.

Estéban Hernandez pidió amparo ante el juez de Distrito de Guanajuato, contra la senténcia del juez de Celaya que lo condenó á muerte por el conato de asalto por el que lo juzgó. Para conocer bien este importante negocio, es bueno tener á la vista la sentencia; dice esto literalmente:

En la ciudad de Celaya, á los diez y ocho dias del mes de Febrero de mil ochocientos ochenta y dos, el C. Lic. Luis Cárcoba, Juez de Letras del Partido, habiendo visto esta causa instruida contra Estéban Hernandez, de veinticuatro años, soltero, jornalero y vecino

de la hacienda de Tenería de Valdés, por conatos de robo con asalto. Vistas todas las constancias procesales, lo expuesto por la defensa, y cuanto más fué de verse y tenerse presente.

Resultando: que en la tarde del cuatro del corriente venian Norberto Villanueva y su hijo Tomás, de la hacienda de Santa Rosa, para esta ciudad, y al pasar inmediatos al monte de Tenería de Valdés, vieron tras de una cerca de espinas á dos individuos desconocidos, con las caras cubiertas con pañuelos colorados, quienes al descubrir á los citados caminantes se dirigieron á la puerta del monte, por donde éstos tenian que pasar; observando esto los Villanueva, se detuvieron; pero excitados por los malhechores con expresiones insultantes á continuar su marcha, retrocedieron emprendiendo la carrera y dirigiéndose á pedir auxilio á Don Manuel San Roman, que á la sazón se presentó en el camino, acompañado de sus mozos Antonio Jimenez y Cenobio Sierra: prestado el auxilio, é internándose al monte Jimenez, encontró á los dos hombres con las caras tapadas con pañuelos, quienes al verlo echaron á correr, á pesar de la intimacion que se les hacia para que se detuvieran, por lo cual Jimenez les disparó un balazo; entónces se pararon, apartándose á uno y otro lado para dejar en el centro á su perseguidor, á quien, segun éste, acometieron con sus garrotes, en cuyo acto les disparó aquel otro tiro con el que hirió á uno de los malhechores, haciendo luego su aprehension y recogióndole el garrote, una hoz y un pañuelo colorado, con que se cubria la cara, y escapándose el compañero.

Considerando: que de los dos ofendidos que han declarado acerca de la tentativa de asalto de que iban á

ser víctimas, sólo Norberto Villanueva es perfectamente idóneo, conforme al art. 19 de la ley núm. 35, pues el dicho de Tomás, por su edad menor de veinte años, sólo induce una presunción; pero administrados esos testimonios con el hecho de la aprehensión del reo Estéban Hernandez en el mismo punto, con las mismas armas, yendo acompañado del que se fugó, y estando ambos tapados de la cara, todo de acuerdo con la relación de los quejosos; el haber emprendido primero la fuga y hacer luego resistencia á su aprehensión; no dar razón satisfactoria de su presencia en aquel lugar, que pretendió explicar de una manera inverosímil, asegurando no conocer al compañero, de quien, sin embargo, había aceptado la invitación para ir al campo; cambiarse el nombre al ser aprehendido; y finalmente, la declaración de los perseguidores San Roman y Sierra, que afirman haberles dicho el reo que por primera vez iba á robar: todo esto forma una serie de indicios tan bien enlazados unos con otros, que no dejan duda del intento que el reo aprehendido y su compañero tenían de asaltar á los Villanueva, lo que empezaron á poner por obra dirigiéndose á su encuentro é incitándolos á acercarse; de cuyo intento desistieron sin duda por la presencia inesperada del señor San Roman y sus mozos; estando por lo mismo llenados los requisitos de los arts. 20 y 21 del Código penal, y comprendido el caso en el art. 4º de la ley núm. 35.

Por lo expuesto, con fundamento en el artículo citado y en el 44 de la misma ley, así como en la doctrina de Escriche, en las voces "indicio," "prueba en materia criminal" y "juicio criminal," par. 75, caso 2º; es de fallarse y se falla en los términos siguientes:

1º Se condena á Estéban Hernandez, por el conato

de asalto á Norberto y Tomás Villanueva, á la pena capital, que sufrirá en los términos del art. 26 de la citada ley núm. 35.

2º Se sobresee en la calidad de por ahora en cuanto al reo prófugo desconocido.

3º Se declara exento de responsabilidad á Antonio Jimenez, por la herida que infirió al reo presente en su persecución y aprehensión.

Hágase saber al procesado y su defensor, póngase al primero á disposición de la autoridad política con testimonio de este fallo, dándose los avisos que previene la ley de la materia, y elévese la causa á la superioridad para los efectos legales.

Así, definitivamente juzgando, lo decretó y firmó el supradicho ciudadano juez. Doy fe.—*Luis Cárcoba.*—*Antonio Patiño.*

Al márgen: "1ª Sala.—C. Ministro Ibañez."—Guanajuato, 7 de Marzo de 1882.—De acuerdo con el parecer del ciudadano fiscal 3º, y con fundamento en la fracción 1ª del artículo 229 del Código de procedimientos criminales, se confirma la suspensión del procedimiento contenida en la providencia de sobreseimiento interinario que respecto del prófugo desconocido dictó el ciudadano juez letrado de Celaya en el fallo de 18 de Febrero próximo pasado, confirmándose igualmente la declaración de no haber lugar á proceder en contra de Antonio Jimenez, por la herida que al aprehenderlo infirió á Estéban Hernandez.

Comuníquese esta resolución al ciudadano juez expresado, previa notificación fiscal.—*Ibañez.*—*Pablo Malacara.*—Concuerdan á la letra con sus originales que obran de fojas 41 á la 45 y 55 de la causa respectiva, de donde

se sacó el presente testimonio para remitirse al juez de Distrito, como está mandado.

1ª Secretaría. Guanajuato, 21 de Marzo de 1882.—
Pablo Malacara.

El juez de Distrito concedió el amparo; la Suprema Corte revisó su fallo en la audiencia del día 21 de Octubre de 1882, y el C. Vallarta fundó su voto en las siguientes razones:

I

Dispútase otra vez en este negocio sobre la constitucionalidad del decreto número 35 de la Legislatura de Guanajuato, por la aplicación que de él se ha hecho al presente caso: declarado ya por esta Corte que varias de las disposiciones que él contiene son contrarias á los preceptos de la ley suprema, se acusa hoy del mismo vicio á la que equipara y confunde en una pena comun la tentativa con la consumacion del delito de robo. Para plantear en términos precisos la cuestion de que aquí se trata, es necesario comenzar por definir el hecho que da materia á este juicio, y por conocer textualmente la prescripcion legal, cuya constitucionalidad se niega. Ningun documento puede ser más autorizado para puntualizar todas las circunstancias de ese hecho, que la sentencia misma que ha condenado á muerte al quejoso, y contra la que este amparo se ha pedido; en su parte conducente ella dice así: “todo esto (habla de las prue-

bas que analiza) forma una serie de indicios tan bien enlazados unos con otros, que no dejan duda *del intento* que el reo aprehendido y sus compañeros tenían de asaltar á los Villanueva, lo que empezaron á poner por obra dirigiéndose á su encuentro é instándolos á acercarse, de cuyo intento desistieron sin duda por la presencia inesperada del Sr. San Roman y sus mozos; estando por lo mismo llenados los requisitos de los arts. 20 y 21 del Código penal, y comprendido el caso en el art. 4º del decreto número 35.” Y la letra de este artículo es la siguiente: “Tambien se castigará con la pena capital *el simple conato* de los delitos mencionados (el robo y el plagio), siempre que éste sea punible conforme á los artículos 20 y 21 del Código penal vigente.”¹

No se necesita decir más para comprender que de ese fallo que aplicó tal ley al caso que ya conocemos, surge bien formulada esta cuestion constitucional, que es la prominente en este amparo y la única de que me propongo hablar: ¿consiente la segunda parte del art. 23 de la Constitucion que se castigue con la muerte la tentativa, el *simple conato*, el mero *intento* de los gravísimos crímenes, para los que reservó esa última y terrible pena? ¿No considera en nada el precepto constitucional la generacion del delito, y son iguales para él todos los grados de criminalidad que éste va recorriendo, de tal modo que cualquiera de ellos pueda compararse con el último que perfecciona y consuma el hecho ilícito? ¿Puede el legislador nivelar ante el cadalso lo mismo el deseo del incendiario, que el simple conato de homicidio, que la perpetracion de un robo con asalto? Aunque así pre-

¹ El texto íntegro de este decreto está visible en las págs. 191 y siguientes de este volúmen.

cisadas en sus propios términos constitucionales esas cuestiones, se presentan tan claras, que ni la sombra de una duda puede oscurecerlas; como mirándolas bajo diverso aspecto, el juez comun, el promotor fiscal, y lo que es más grave aún, el legislador local se han empeñado en resolverlas en un sentido que, puedo ya anticiparlo, la Constitucion no tolera, menester es dilucidarlas, para interpretar y fijar la inteligencia de un texto supremo en materia tan sagrada, como lo es la vida del hombre; para saber si por circunstancia alguna las verdades científicas que él consagra, las garantías individuales que otorga pueden negarse, suspenderse aun en ocasiones extremas; para asentar en firmes bases la doctrina que haya de decidir este amparo. Penetrado de su alta importancia, procuro, hasta donde mis fuerzas alcanzan, exponerla conforme á nuestros principios constitucionales.

II

Si consultamos á los criminalistas que han escrito despues que Beccaria fundó la ciencia penal, por más rehacios que algunos se muestren á los progresos que ella ha hecho en nuestro siglo, encontraremos por todos reconocido como principio fundamental, el que proclama que el pensamiento, el deseo de delinquir, no pueden igualarse á la resolucion comenzada á ejecutar, al intento, por cualquier motivo frustrado, de causar un mal social, y que ninguno de esos diversos actos debe confun-

dirse con la consumacion del hecho ilícito, para el efecto de castigarlos á todos con una misma ó idéntica pena. No conozco autor que respete la civilizacion que ha alcanzado nuestra época, que no enseñe que el delito tiene diversos grados, desde que el pensamiento criminal se acoge, hasta que la accion prohibida por la ley se realiza; que no sostenga, que no pudiendo caer bajo el imperio de ésta los actos que no traspasan el umbral de la conciencia, y que, sin embargo, comienzan á engendrar el delito, no se debe tampoco someter á igual castigo á los que ya han salido á luz, revelados por hechos exteriores, cualesquiera que hayan sido los resultados de la intencion dañada de infringir la ley penal. No quiero ser profuso en citas, y para afirmar la doctrina que ha de cimentar mis ulteriores demostraciones, me limitaré á transcribir la que profesa un distinguido publicista español, que prefiero á cualquier otro criminalista, así por ser muy conocido en nuestro foro, como porque á su autoridad indisputable reúne el mérito de haber iluminado con clarísima evidencia las más oscuras teorías penales. Así habla ese autor, estudiando y analizando la generacion del delito:

“Desde la inocencia hasta el crimen hay una porcion de grados y de actos más ó menos visibles, más ó menos materiales; pero siempre verdaderos, asignables, sujetos al análisis de la razon y de la ciencia. El pensamiento del mal es lo primero que se presenta como una nube que mancha la apacibilidad y pureza del ánimo; sigue el deseo con sus vacilaciones y sus dudas, sigue la resolucion, sigue tal vez la participacion ó acuerdo con otras personas, sigue en algunos casos la amenaza, siguen frecuentemente los actos preparatorios. y todavía

despues de todo eso puede haber principios de ejecucion suspendidos por la voluntad de los mismos delincuentes, puede haber tentativas abortadas, puede haber, por último, crímenes frustrados, y todavía sin haber crímenes verdaderos.

“Comencemos diciendo algunas palabras sobre el pensamiento, el deseo y la resolucion del crimen. Todos ellos tienen una esencia comun, consistente en que están reducidos á actos interiores, y que no los acompaña nada de material, de externo, de asignable á la vista como verdadero crimen ó como principio de crimen. El órden social no se ha turbado, ni existe aún, cuando existen ellos solos, ninguno de los males materiales ó mixtos que indican la presencia de un delito y de un delincuente. Puede haber en esos pensamientos, en esos deseos, en esas resoluciones, todo el mal moral, puramente moral que quiera suponerse. Pero ni el poder ni el derecho de la justicia humana llega á poder apreciarlos y castigarlos: su naturaleza la limita á corregir sólo los males que causan daño asignable á la sociedad.

“Síguese en el órden que indicábamos poco hace, y como preliminar posible de muchos crímenes, la existencia de actos preparatorios para su comision. No sólo se ha admitido y acariciado el pensamiento del mal; no sólo se ha resuelto decididamente ejecutarlo, sino que se principian á practicar hechos exteriores con objeto de preparar las vias para aquel, de proporcionarse los medios, de allanar los obstáculos que se opongan á su realizacion. Dáse principio á los actos que han de facilitar la ejecucion del crimen; pero el crimen mismo no está principiado todavía. ¿Qué es lo que corresponde en semejantes casos á la justicia humana? Ella no tiene

todavía accion, por regla general, sobre la persona que ha resuelto ser delincuente. Si esos actos particularmente son inofensivos; si todo el mal de su ejecucion consiste en la moral que se deriva del intento con que se los pone por obra, dicho se está en eso mismo, que aun no se ha entrado bajo la jurisdiccion de los poderes del mundo. Todo lo que compete y es un deber de la autoridad, consiste en la vigilancia respectiva á los que indiquen con sus actos la posibilidad de pensamientos criminales. mas de los hechos de policia á los del procedimiento penal, hay una importante distancia.

“Prosigamos en nuestro análisis, y despues de los actos preparatorios encontraremos la tentativa del delito, el principio de su ejecucion. Este hecho cae sin duda bajo el poder de los tribunales: cualquiera que sea la causa que impida la consumacion del crimen intentado, sea que éste se frustre por un acontecimiento extraño á la voluntad de su perpetrador, sea que abandone arrepentido el intento que le condujera, sea, por último, que se le sorprenda y aprisione, cualquiera que fuese, repetimos, la causa de que el crimen se malogre, siempre hay ya ejecutada una parte de él, siempre hay un acto positivo, evidente, asignable, de los que son objeto de nuestra justicia. Los tribunales pueden y deben obrar, porque material y moralmente hay ya razones para castigo y expiacion.

“Pero al exponer este juicio, cuya exactitud salta á los ojos, ocurre naturalmente una pregunta. Puesto que la tentativa de un crimen es justiciable de nuestra autoridad, ¿habrá derecho y deberá imponerse á su perpetrador la misma pena que si hubiere llegado á co-

meter todo el delito á que se dirigia? El aprehendido cuando iba á cometer un crimen, ¿deberá ser castigado de la misma suerte que si aquel crimen se hubiera ya completamente realizado? Hé aquí cuestiones interesantes que los legisladores han solido resolver en diverso sentido, y en que la razon, sin embargo, no puede aprobar sino una resolucion única y sola. . . .

“No será posible que ningun caso de tentativa se castigue con la misma pena, con que lo habria sido la consumacion del crimen completo. Mirada la cuestion bajo el aspecto moral, nadie nos asegura de que el delincuente habria perseverado hasta el fin en su propósito, sin que una idea de arrepentimiento y de retorno al bien hubiera venido á tocar su corazon. Mirada bajo el aspecto material, considerado el daño que la sociedad y los individuos han padecido, tampoco cabe duda en que es infinitamente menor que el que habrian experimentado si el crimen hubiera tenido éxito ó cumplimiento. Al fin en la tentativa, como tal tentativa, y dejando aparte los delitos de otra especie que puedan ir envueltos en ella, no existe ni queda otra cosa que un mal de alarma, muy inferior al que presagiaba su tendencia. Tenemos, pues, que ni material ni moralmente se pueden comparar la naturaleza y consecuencias del delito intentado con las del consumado; y no habiendo entre uno y otro igualdad de ningun género, no es ménos notorio, á todas luces, que seria una injusticia procaz é irritante el confundir en la pena lo que se halla tan separado y remoto en la criminalidad. Nunca, por consiguiente, se castigará la tentativa como se hubiera castigado el delito.

“¿Pero deberá al ménos castigarse de alguna suerte? Dos reglas deben establecerse con este motivo. . . .

Ellas son tales, que bastará indicarlas para que sean admitidas inmediatamente, porque son de las que llevan el convencimiento con la misma exposicion. La primera es, que las penas destinadas á castigar las tentativas de crimen, deben ser menores que las que recaerian si se hubiesen consumado los crímenes mismos. La segunda consiste en que por su naturaleza son y deben ser variables; que más cortas y ménos severas cuando la tentativa se interrumpió en sus primeros pasos y á gran distancia de la conclusion del delito, deben ir aumentando y agravándose proporcionalmente, segun llegaren más adelante los hechos y faltó ménos para completar aquel. . . . De más está el decir que en ningun caso podrá igualar el castigo de los delincuentes de tentativa, al que sufririan si se hubiese llevado á cabo el delito á que aspiraban.”¹

Y si esta final conclusion, tan magistralmente sostenida, expresa ya una verdad que el sentido comun percibe, que la razon impone, que la ciencia consagra, muy de tomarse en cuenta es que esa verdad no impera sólo en la esfera de las abstracciones, sino que vive en las leyes de los países cultos, que le han rendido homenaje sancionándola en sus Códigos. Así el penal de España, que se ha inspirado en las teorías filosóficas del criminalista que acabo de citar, declara que “siempre que la ley señala generalmente la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado,”² reconociendo como la justicia á grito herido lo pide, que á los autores de tentativa de delito no se puede castigar con la misma pena que á los que lo consuman, sino “con la inferior en dos

¹ Estudios de Derecho penal por D. Joaquin Francisco Pacheco, Lec. VII.
² Artículo 60.