

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 indicirlas 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 aumentándose 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.

grados á la señalada por la ley para el delito.”¹ Por esto ese mismo criminalista, que despues comentó ese Código, ha dicho, hablando de este artículo: “él ha sido claro y justo en este punto. Considera que el crimen frustrado es menor que el crimen, y que la tentativa es ménos aún que aquel primero. Y esa consideracion es exacta: en el crimen frustrado puede haber tanta maldad moral como en el verdadero crimen; pero no se causó el mal que en éste se causa. En la tentativa ni el mal ni la perversidad son tan grandes, toda vez que el primero ha carecido de efecto, y que la segunda no era aún imposible de enmendar ó de contener. Donde cabe el arrepentimiento, la intencion no ha llegado completamente á despeñarse.”²

Entre nosotros tampoco son meras teorías estas exigencias de la justicia, sino formales preceptos de la ley positiva; esto que la ciencia tiene ya demostrado y puesto fuera de toda posible discusion, nuestros Códigos penales lo han sancionado de la manera más terminante. Léjos de que ellos confundan en una penalidad comun el conato, el delito intentado, el frustrado y el consumado, los distinguen y clasifican, castigándolos de muy diverso modo. Al conato lo déclaran punible “solamente cuando no se llega al acto de la consumacion del delito por causas independientes de la voluntad del agente,”³ exigiendo aun en este caso, como requisito indispensable para el castigo, que “los actos ejecutados den á conocer por sí solos, ó acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenia intencion de perpe-

1 Artículo 62.

2 Comentarios de Pacheco al artículo citado.

3 Art. 20 Código penal del Distrito.

trar.”¹ Y tomando en cuenta la muy desigual gravedad de todos esos actos ilícitos, al mismo conato en esas condiciones constituido, le imponen sólo “la quinta parte de la pena que se aplicaria al delincuente si hubiera consumado el delito;” al intentado “la de un tercio á dos quintos de la que se impondria, si el delito se hubiera consumado;” al frustrado la “de dos quintos á dos tercios de la que se aplicaria, si se hubiera consumado el delito:” en cuanto al plenamente ejecutado y consumado, nuestras leyes, hasta incidiendo en repeticiones, como para disipar toda duda, como para rendir debido homenaje á la justicia, consagran esta regla de interpretacion en materia criminal: “cuando la ley señala una pena sin expresar si es del conato, del delito intentado, del frustrado ó del consumado, se entiende que habla de este último.”² Así han sancionado nuestros Códigos los principios que la ciencia proclama como fundamentales en el punto de que se trata: así han execrado la iniquidad que se comete, no distinguiendo grados en el delito, y haciéndolos á todos iguales ante la pena, sin pesar ni medir, ni la perversidad de la intencion que los engendra, ni los efectos del mal social que causan.

III

Me era preciso anticipar estas breves indicaciones sobre la filosofía del derecho penal, sobre la doctrina de la jurisprudencia comun, para abordar, libre de toda di-

1 Art. 21 Código citado. De advertirse es que estos arts. 20 y 21 están literalmente copiados en el Código de Guanajuato bajo igual numeracion.

2 Arts. 202 á 205 Código penal del Distrito.

ficultad, de toda duda la cuestion constitucional que me ocupa: despues de haber visto brillar con la luz de la evidencia las verdades que acabo de exponer y que nadie se atreverá á negar impunemente, ya puedo, seguro de obtener fácil respuesta, repetir estas preguntas: ¿ la segunda parte del art. 23 de la Constitucion autoriza el mismo castigo para el conato que para la consumacion de los delitos que, por reputarlos como la última expresion de la criminalidad, juzga dignos de la última pena? ¿ Ese precepto que en odio al cadalso encerró en estrechísima excepcion á los crímenes más atroces, para que á ellos, y nada más que á ellos, se castigara con el suplicio que se propuso abolir, ese precepto puede entenderse en el sentido de pasar por encima de esas verdades, de los principios de justicia que respeta la misma ley que no repugna la pena capital? . . . Aunque plantear la cuestion con esta claridad, es resolverla; todavía es menester analizarla con más detenimiento, lo vuelvo á decir, supuesto que entre nosotros existe un decreto, que cree lícito castigar con la muerte *el simple conato* del delito de robo.

Apénas se necesita más que registrar la crónica del Constituyente y fijarse en los vivos y animados debates á que dió motivo aquel art. 23, para comprender el espíritu que lo anima, para medir el alcance que tiene. Impugnado elocuentísimamente en las excepciones que demarca, por los que negando á la sociedad todo derecho de castigar con la muerte, pedian la supresion inmediata y absoluta del cadalso para todos los delitos, y "sin que se levantara una sola voz en defensa de la bárbara pena de muerte," como lo observó uno de los diputados que tomaron parte en la discusion, él fué sos-

tenido por lo tocante á esas excepciones, en nombre de imperiosa necesidad, que exigia conservar la sangrienta pena para los crímenes más atroces, para aquellos en que la perversidad del delincuente y la gravedad del mal social han llegado á su último extremo, para aquellos en que, en su respectiva esfera, la razon nada puede concebir de más odioso, repugnante y perjudicial; y reputando aquel Congreso de esa clase, de ese carácter á la traicion á la patria en guerra extranjera, al robo en caminos, al incendio, al parricidio, al homicidio con alevosía, premeditacion ó ventaja, á los delitos militares graves y á la piratería, puso fuera del principio que proclamó, aboliendo la pena de muerte, á todos esos crímenes por miéntras no se estableciera el régimen penitenciario. Y de más está decir que cuando los motivos de la excepcion se tomaban de la enormidad del crimen, imposible era que dentro de ella se quisieran incluir otros delitos, que por cualquier motivo esa gravedad excepcional no alcanzaran. Con toda seguridad puede afirmarse que, si en la Cámara se hubiera propuesto que al pensamiento, al deseo, á la resolucion de cometer uno de esos crímenes exceptuados, ménos aún, que á su *simple conato* se castigara con la muerte, lo mismo que á su perpetracion, un voto unánime de censura, de horror, habria condenado proyecto tan inícuo, proyecto tan contrario al espíritu eminentemente humanitario y filosófico que dominaba á esa Asamblea. Si ante la razon, la justicia y la ciencia, la mera tentativa de un crimen atroz, es siempre delito ménos grave que otro consumado, que el Constituyente no quiso que se castigara con la pena capital, inconsecuencia imperdonable habria sido que él hubiera consentido en que dentro de la excepcion que marcó,

entraran y cupieran todos los actos que preceden á la consumacion del delito.

Con sólo leer las actas de las sesiones de los días 25 y 26 de Agosto de 1856,¹ se adquiere el más pleno convencimiento de que léjos de confundir los autores de la Constitucion ante una pena comun los diversos grados de los crímenes atroces que exceptuaron, en tanto los dejaron sujetos al último suplicio, en cuanto que los consideraron como la extrema expresion del último grado de la perversidad, como el perfecto complemento de todo el mal social que pueden causar, cuando han llegado á su pleno desarrollo. No, los constituyentes que sabian que desde los tiempos de Ulpiano la máxima de *cogitationis penam nemo patitur*,² es una máxima ante la que se han inclinado con respeto hasta los déspotas más abominados; los constituyentes que sabian que es un principio de la ciencia consagrado en las leyes de los países cultos, el que establece que “la pena señalada al delito consumado, no se entiende impuesta tambien al intentado,” estuvieron muy distantes de autorizar la irritante iniquidad de sujetar á la misma pena, pena tan terrible como la de muerte, á todos los actos que van formando y constituyendo los crímenes atroces de que hablaron, desde el pensamiento que los engendra, hasta el último acto de ejecucion que los consuma. El imaginar siquiera que la Asamblea que, inspirada en las humanitarias ideas de los filósofos de nuestro siglo, intentó la más trascendental de las reformas penales, la supresion del cadalso, cayera en el error de igualar á la tentativa con

1 Zarco.—Historia del Congreso Constituyente, tomo 2º, páginas 221 y siguientes.

2 Ley 18, tít. 19, lib. XLVIII. D.

la consumacion del delito para castigarlos con la misma pena, sobre todo, cuando ya la ley comun tenia proscribita y condenada esa extremada injusticia; el imaginar eso, es no ya injuriar la memoria del Constituyente, sino mostrarse por completo ignorante de su historia, de sus tendencias, del espíritu reformador y progresista que presidió á su obra. No, las actas á que me he referido dan elocuentísimo testimonio de que para los autores de la Constitucion no fueron indiferentes todos los grados que el delito va recorriendo, para confundir en una pena igual lo mismo al deseo de delinquir, que al acto preparatorio, que *al simple conato*, que al hecho último que deja perfecto al crimen, porque la verdad histórica es que los constituyentes reservaron la última pena sólo para el último grado de la criminalidad, que creyeron encontrar en la consumacion de los atroces delitos que enumeraron.

Dicho esto, probado queda ya, que no se puede interpretar el artículo 23 que estoy estudiando, en el sentido de que él permita imponer la misma pena de muerte al simple conato y al delito consumado. Son, en consecuencia, por completo inaceptables estas aseveraciones del promotor fiscal: “el artículo no habla de delito consumado, ni de delito frustrado, sino de *salteador de caminos*, y tiene este carácter, tanto el que asalta en un camino para robar y consigue su objeto, como el que asalta con el mismo fin, aunque no lo consiga, porque las circunstancias de que alguno sea salteador, se constituyen porque alguno asalte, y el asalto tenga lugar en un camino, y no porque el salteador no haya podido robar.” Y es insostenible todo eso, porque tal modo de entender el texto supremo se revela contra la