

q 25

TESIS
LEIDA Y SOSTENIDA
POR EL BACHILLER
D. JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA,
ANTE EL
CONSEJO UNIVERSITARIO

Despues de rendir las demás pruebas para
obtener el grado de Doctor en Jurisprudencia.

MONTEVIDEO—1860.

IMPRENTA DE **La República**.

*Leyendo la obra
enrique brascacal
P. D. M.*

J. J. S.

TESIS

LEIDA Y SOSTENIDA

POR EL BACHILLER

D. JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA,

ANTE EL

CONSEJO UNIVERSITARIO

**Despues de rendir las demás pruebas para obtener
el grado de Doctor en Jurisprudencia.**

PI.371



B.1.644
MONTEVIDEO—1860.

IMPRENTA DE **La República**.

EXMO. SR. DR. D. EDUARDO ACEVEDO, MINISTRO DE
GOBIERNO Y RELACIONES ESTERIORES.

Montevideo, Agosto 16 de 1860.

El gran deseo que he tenido siempre de manifestar á V. E. mi aprecio y mi respeto, me anima á presentarle este humilde trabajo, esperando que V. E. se servirá aceptarlo bondadoso.

La aceptacion de V. E. me servirá de estímulo en la profesion á que aspiro, tanto mas cuanto que es V. E. una de las primeras ilustraciones de mi Patria, y el mejor modelo para los que se dedican á la noble carrera del foro.

Soy de V. E. affmo. S. S. y compatriota

JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA.

S.R. BACHILLER D. JOAQUIN REQUENA Y GARCÍA.

Mi querido Requena:

Anoche recibí su disertacion con las benévolas palabras que le ha dictado la amistad que me profesa, y que le viene de herencia.

Mucho se las agradezco, así como la distincion que me hace al dedicarme su primer trabajo científico.

Haciendo votos porque el éxito corone sus esfuerzos, me repito suyo affmo.

(firmado) EDUARDO ACEVEDO.

Agosto 17 de 1860.

SEÑORES DEL CONSEJO UNIVERSITARIO:

El cumplimiento de un honroso deber me trae ante vosotros á rendir la última prueba que segun los estatutos Universitarios es necesaria, para coronar los desvelos en la difícil carrera literaria que he tenido la fortuna de concluir en la Universidad de mi Pais. Contando con la benignidad conque me habeis hecho el honor de distinguir en mis anteriores pruebas, no he trepidado en creer y esperar de vuestra ilustracion un fallo que será para mí un grande estímulo y aliento en las tareas que aun me restan para alcanzar la noble profesion á que aspiro.

Muy lejos estoy de creer que mi pobre trabajo pueda llenar las exigencias de vuestra ilustracion, pero sí creo que á lo menos satisfará á vuestra benevolencia. Animado por ella entro ya á ocuparme del asunto á que se contrae

mi disertacion. Esta versará sobre un punto de derecho penal respecto del que la doctrina de nuestro ilustrado Catedrático se presenta en disconformidad con una ley que se rejistra en uno de nuestros códigos: la Ley 2, Tit. 34, Part. 7^a. Aquella doctrina nos enseña que á pesar de lo que dice esa ley de partidas no ha de aplicarse la pena ordinaria del delito consumado, al delito frustrado y menos á la tentativa del delito.

Esto es lo mas conforme con los buenos principios de la ciencia, lo mas ajustado á las reglas de equidad; y lo mas conveniente á los verdaderos intereses sociales. Agregaremos todavía que tambien es lo mas arreglado á la legislacion vigente del pais.

II.

Concretándonos primeramente á la tentativa, encontramos que en el derecho Romano, segun lo afirma el ilustrado Sr. Goyena, existen pocos testos sobre la tentativa, del delito, y que estos se hallan en contradiccion. Que la ley 18, tít. 19, lib. 48 del digesto dice: «Nadie sufre pena por solo el pensamiento; que la ley 14, tít. 8 del mismo libro dice con igual concision, “en los delitos se atiende no á la voluntad sinó al éxito” pero que los intérpretes, limitan esta última ley al homicidio, y á algunos otros delitos mas graves exigiendo que el ánimo se haya manifestado por algun acto próximo al homicidio; y que por ultimo dicen que al presente la tentativa cuando no llega á consumarse es castigada con pena estraordinaria.

Se vé pues, continúa el mismo autor, que el derecho Romano adolece de alguna oscuridad en cuanto á la pena de la tentativa, aunque lo mas seguro es que tiene la misma del delito consumado.

Tomadas las leyes de partidas del derecho Romano que es su fuente principal, la ley 2, tít. 31, part. 7.^a ya citada, encierra aquellas dos leyes Romanas, pero esplicándose con mayor claridad, puesto que requiere que la tentativa se haya manifestado por un principio de ejecucion y que el delito no se haya consumado por circunstancias independientes de la voluntad del que lo intenta. “Comenzando á meter por otra” (dice la ley) que non finque por él de lo cumplir.»

Veamos ahora cuales son los principios dela jurisprudencia criminal mas generalmente recibidos y observados.

Beccaria en su obra de los delitos y de las penas dice:

«Es necesaria una pena porque importa prevenir hasta las primeras tentativas de los delitos; pero como puede mediar algun intervalo de tiempo entre estas tentativas y la ejecucion, conviene reservar una pena mayor para el delito consumado, á fin de dejar al que lo comenzó algunos motivos que puedan apartarle de su consumacion.»

Magistrados versados en materia criminal, dice Mr. Carnot, citado por Goyena y un gran

número de presidentes de los Tribunales de Assissas habian celebrado que el código hubiese autorizado á los Tribunales para que no aplicasen al caso de simple tentativa sino las penas inferiores á las que la ley declara aplicable cuando se ha consumado el delito.

M. Rossi en su tratado de derecho penal se expresa en estos terminos:

«En medio de estos encontrados debates mi opinion es que el sentido comun y la conciencia pública han hablado constantemente el mismo lenguaje: el delito no se ha consumado luego debe ser menor su castigo. No debe ser conducido al cadalso indistintamente el asesino cuya víctima yace en la tumba y aquel cuya víctima designada gracias á la interrupcion de la tentativa se halla tal vez entre los espectadores del suplicio.»

Pacheco, establece estas dos reglas como únicas:

«1.^a Que las penas destinadas á castigar la tentativa del crimen deben ser menores que las que recaerían si se hubiesen consumado los crímenes mismos.

«2.^a Consiste en que por su naturaleza son y deben ser variables; que mas corta y menos severa 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 llega-

ron mas adelante los hechos y faltó menos para completar aquel.»

Se deja ver pues que todas estas opiniones están acordes con la doctrina sentada en la tesis, y que por consiguiente la pena de la tentativa debe ser menor que la del delito consumado y aun que la del delito frustrado.

que el delito se consuma con el resultado de la muerte o de la privación de la libertad, pero que no se consuma si el resultado es una lesión corporal, la privación de libertad o la muerte de un animal, o si el resultado es la suspensión de un suceso crimen. Tanto la tentativa como el consumo del delito requieren la voluntad del autor en el momento en que se ejecuta el delito.

Entendemos por delito frustrado cuando el agente ha ejecutado todos los actos que tenían por objeto el llevar á cabo una decisión criminal, el consumar un crimen y sin embargo esta acción no ha producido el resultado, el efecto material que se esperaba de ella, (por ejemplo) un hombre con el objeto de procurar el aborto de una muger embarazada, le dá una bebida, pero se administran ciertos medicamentos que impiden que la bebida produzca sus efectos. Se conoce pues que ya ha dejado de ser tentativa de delito, pues el delito no puede suspenderse ya por la voluntad de su autor, no puede haber ya lugar al arrepentimiento; con todo no puede decirse que el crimen se haya consumado, porque el objeto que su autor se pro-

puso, no se llenó en todas sus partes; porque el resultado no ha correspondido á las miras del delincuente, porque el crimen se frustró. Pero aun en este caso, no se ha de imponer la pena, como si se hubiese consumado el delito, sinó otra menor; así lo aconsejan los buenos principios de la ciencia, y lo reclama el sentimiento de la humanidad.

El autor del delito frustrado no produce el mismo perjuicio material que el del delito consumado, y esto no puede menos de considerarse, al fijar la medida de la pena porque la ley no solo debe tener presente la mayor ó menor criminalidad de la intencion revelada por el delito, sino tambien el mal, daño y la alarma que causa á la sociedad.

En corroboracion á esto, dice el ya citado Rossi:—«Los hombres no confunden ni han confundido nunca el autor del delito frustrado con el del delito consumado.» Hay mas: los mismos delincuentes hacen esta distincion en el fondo de su corazon; cualquier hombre ha podido experimentarle en los actos de descuido. El que por una imprudencia cualquiera ha estado expuesto á causar un mal de consideracion, y el que lo ha causado efectivamente, no siente el mismo pesar los mismos remordimientos.

Pacheco, en sus lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840 dice: «por lo que toca á la penalidad del delito frustrado

tampoco debe prescindirse de hacer la real y efectiva. Lo mismo en este que en todos los casos en que el crimen se frustra, es de completa razon que no se imponga tan duro castigo como correspondería al crimen real y verdadero, mas, lo es tambien que se pene en proporcion de la alarma del escándalo y de la perversidad. Faltando el mal á que se tendia, las leyes de nuestra justicia humana no pueden prescindir de tenerlo en consideracion para disminuir la pena que existiendo habría debido imponerse.

La consideracion de que consumado el crimen, el delincuente ha conseguido los placeres ilejítimos que tanto anhelaba, contribuye á diferenciar y juzgar de distinto modo el delito consumado del delito frustrado; si la espacion debe ser proporcionada á esos goces debe ser menos grave cuando no ha podido obtenerlos; por estas consideraciones creemos debe imponerse pena mas leve al delito frustrado que al consumado.

III.

Por delito consumado entendemos. Cuando la obra criminal que un individuo se ha propuesto, ha sido realizada en todas sus partes, cuando los deseos del delincuente han sido satisfechos.

Todos los autores y todos los códigos están conformes en la pena establecida para este delito y creo no tener nada que añadir.

Despues de las razones emitidas se vé claramente que debe imponerse, *pena mas leve en la tentativa que en el delito frustrado y que la de este debe ser menor que la del delito consumado*, por eso consideramos que la ley de Partida no está basada en los verdaderos principios del derecho ni en la equidad, pues ella suprime una de las cualidades esenciales de la pena cual es

la *proporcion*. Dicha ley dispone lo siguiente:—

«Mas si despues que lo oviesse pensado se trabajasse de lo fazer, é de lo cumplir, comenzandolo de meter en la obra, maguer non lo cumpliese de todo, entonce seria en culpa; é meresceria escarmiento, segund el yerro que fizó, porque erró en aquello que era en su poder, de se guardar de lo facer, si lo quisiera; é esto seria como si alguno ouisse pensado de fazer alguna traycion contra la persona del Rey, é despues comenzasse en alguna manera á meterlo en obra, assi como fablando con otros, para meterlos en aquella traycion que auia pensado él, ó faziendo jura, ó escrito con ellos; ó comenzandolo á meter por obra en alguna otra manera semejante destas, maguer non la ouiese fecho acabadamente. Esso mesmo seria, si viniese en voluntad á algund ome, de matar á otro, si tal pensamiento malo como este comenzase á lo meter por obra, teniendo alguna ponzoña aparejada para darle á comer ó á bever ó tomando algund cuchillo, ó otra arma yendo con él para matarlo; ó estando armado asechandolo en algund lugar, para darle muerte; ó trabajandose de lo matar en alguna otra manera semejante desta, metiendolo ya por obra; ca maguer non lo cumpliese meresce ser escarmientado assi como si lo oniesse cumplido, por que non fincó por el de lo cumplir, si pudiera. Otro si dezimos, que si alguno pensasse de robar, ó forzar alguna muger vírgen ó muger ca-

sada é començasse á meterlo por obra trauando de alguna dellas, para cumplir suspensamiento malo, é levandola arrebatada; ca maguer non passase á ella merece ser escarmentado bien assi como ouiesse fecho aquello que cobdiciava, pues que non fincó, por quanto el pudo fazer, que se non cumplio el yerro que auia pensado. En estos sobre dichos tan solamente ha logar lo que diximos, que devén rescebir escarmiento los que pensaren de fazer, el yerro, pues que comienzan á obrar del maguer no lo cumplan.»

Esta ley en su primera parte está conforme con los principios enunciados, como resulta de las siguientes palabras: «Mas si despues que lo hubiese pençado se trabajase de lo fazer é de lo cumplir, comenzandolo de meter en obra, *maguer no lo cumpliese de todo*, entonce se ria en culpa é merecería escarmiento segun el *yerro que fizó.*» Es decir: segun la gravedad del delito que emana de la tentativa ó de los males que ella cause. En esta disposicion de la ley resulta su conformidad con los principios que establecen la proposicion de la pena.

Esta cualidad como la observa nuestro texto es todavía el desideratum de la ciencia, del que seguramente nos alejaríamos si hubiera de tomarse como regulador la última parte de la ley que acabo de transcribir. Grande es la dificultad que se presenta para establecer la exacta proporcion entre los delitos y las penas,

pero es una regla generalmente recibida, que los delitos mas graves han de ser castigados con penas mas rigorosas y que las circunstancias atenuantes del delito disminuye la pena al paso que la aumentan las circunstancias agravantes. Si pues la mas ó menos gravedad del delito, el mayor ó menor mal que causa, es lo que regula la proporcion de la pena, porqué ha de prescindirse de ese regulador cuando se trata de la tentativa ó del delito frustrado?

Todos convienen en que aunque la tentativa del delito no puede constituir el mismo delito, que la tentativa de homicidio (por ejemp.) no constituye el homicidio, hay sin embargo en dicha tentativa un hecho criminal mas ó menos grave. Lo mismo debe decirse del delito frustrado, del delito que no llega á consumarse. Luego tenemos que la tentativa y la ejecucion no consumada del delito, están en la escala de actos criminales, y de consiguiente es de rigurosa aplicacion á ellos, la regla de proporcion de la pena que debe seguirse con relacion á los delitos en general. La misma ley de Partida como lo acabo de observar se conforma á esa regla; pero se separa de ella en odio á ciertos delitos y es esta excepcion la que combatimos fundandonos en las doctrinas que dejamos consignadas en este escrito.

Semejante excepcion de la ley destruye la proporcion de las penas, las convierte en excesivas y exorbitantes y por consecuencia en

perniciosas en vez de saludables.

Esa excepcion representa todavia los restos de la antigüa ferocidad de los pueblos, de aquellas horrendas cruezaes que tanto aflijan la humanidad y que han desaparecido ya del mundo ilustrado. «Importantísimo beneficio esclamaba D. José Marcos Gutierrez, jurisconsulto sabio y religioso que tanto se ha distinguido en el foro Español; «importantísimo be- « neficio que debemos principalmente á nues- « tra sacrosanta y divina religion, á una religion « que nos recrea con la esperanza de una felici- « dad pura é inalterable, y que á unos males « pasajeros sostituye unos goces sempiternos; « á una religion que á los remordimientos mu- « chas veces suficientes, añade el fuerte freno « de un infierno ó lugar de tormentos intermi- « nables, y á una religion cuyo divino Maestro « predicó siempre la virtud, la bondad, la hu- « manidad y la caridad.» (Práctica Criminal, om. 3º.)

IV.

Todo esto, sin embargo, no basta para responder á la siguiente cuestion—la doctrina del texto del aula es arreglada ó no á la lejislacion vigente del pais?

Nuestro texto nos enseña que la pena de la tentativa y del delito frustrado, debe irse aproximando á la marcada por la ley para el delito, *à pesar* de lo que dice la ley de Partida transcrita, pero si esa ley estuviese en vijencia, su disposicion constituiría la doctrina legal, y entonces no nos sería lícito prescindir de ella al tratar de los delitos y de las penas segun nuestra lejislacion.

Entiendo pues, que al enseñarnos una doctrina opuesta á esa ley de Partida, que eso equivale el enseñárnosla *à pesar* de lo que la ley

dice, no se ha querido que aprendamos una doctrina contraria á la ley, sinó que desatendamos esa ley porque no forma parte de nuestra lejislacion criminal.

Ensayaré el demostrarlo.

le muy obviamente rebasando lo establecido. Aunque
que creemos que cumpliendo con las observaciones
deberá y tiene que ser el efecto, tal es la norma
de acuerdo con la cual se han establecido, más allá
mismas de lo que el legislador ha querido, el un
obligatorio en su caso. **V.** Tanto si cumple con
los mandados, como si no, será en todo caso
que las observaciones existentes se le amparan ó no, como
el legislador estableció que los que no amparen
nunca obsequiarán al que cumpla con las normas establecidas
en otra parte de la ley, aunque ésta sea más severa.

Según la ley 1.^a de Toro, el Código de las Partidas es un Código supletorio á que no debe recurrirse sinó en defecto de disposiciones para el caso ocurrente, en los ordenamientos, fueros, y leyes recopiladas; luego estableciendo éstas las penas de los delitos á ellas debemos recurrir.

Pero estas leyes que se rejistran en el título 23, libro 8 de la R. C. solo imponen (por ejemp.) pena de muerte al que efectivamente mata y solamente hacen extensiva esa pena al que hiera sin que el herido muera de la herida, mediando asechanza, habla, ó consejo. Esto importa que para el legislador es tan grave y odioso el acto de herir con alevosía, como el de matar sin ella. Ambos constituyen dos delitos distintos con una

misma pena, yaunque quisiera argüirse que hay desproporcion en las penas, no puede deducirse de la disposicion de esas leyes, que la misma pena se aplique al homicidio frustrado que al consumado. Por el contrario esa misma excepcion de la ley prueba la regla general y la doctrina que sostnemos, y aun las *confirman* como lo observa el Sr. Garcia Goyena asentando «que la tentativa del delito no es castigado «por nuestras leyes con la pena ordinaria del «mismo, ó como si se hubiera consumado.»

Aunque con sola esta respetable autoridad la demostracion que me he propuesto quedaria hecha, puedo agregar aun el argumento irresistible que fluye de otra disposicion vigente en nuestros códigos; tal es la pragmática de 23 de Febrero de 1734, contenida en el auto 49, tit. 44, lib. 8. R. C. la cual señala pena menor á los que «*acometiendo* para ejecutar el hurto «no lograron el intento, ni la perfecta consumacion del delito por algun accidente ó aca- «so.»

Hé ahí consignados y respetado en esta ley los principios que rigen en la materia. Y existiendo esta ley tan esplicita, sería lícito, señores, aplicar la disposicion de la ley de Partida? ¿Puede ella considerarse vijente? Sin duda que una negativa formal y unánime será vuestra contestacion, porque no pudieran contestar de otro modo los que enseñan y los que aprenden en las escuelas de un pais católico, de carácter suave, de cos-

tumbres moderadas y de instituciones liberales.

Creo, pues, que á virtud de cuanto dejo consignado en este escrito con que he ocupado la benevolente atención de los señores del Consejo, puedo cerrarlo ya con la proposición siguiente:

«La doctrina del texto que enseña, que á pesar de lo que dice la ley 2, tít. 34, part. 7.^a, no puede aplicarse á la tentativa del delito ni al delito frustrado, la pena del delito consumado, es ajustada á la legislación vigente en la República.»

He dicho.

Joaquín Requena y García.

V.^o B.^o—FERREIRA.

V.^o B.^o—NARVAJAS.

Rector de la Universidad—DR. D. FERMIN FERREIRA.
Vice-Rector—DR. D. JOAQUIN REQUENA.
Catedrático de la facultad—DR. D. TRISTAN NARVAJA.
Padrino de Tesis—EL MISMO SEÑOR.
Padrino de Grado—DR. D. GUALBERTO MENDEZ.
Secretario titular—DR. D. JOSÉ GABRIEL PALOMEQUE.
Secretario interino—DR. D. MARTIN BERJINDUAQUE.

REPLICANTES.

DR. D. JOSÉ ELLAURI.
BR. D. LAURENTINO XIMENEZ.
BR. D. JOSÉ LUIS VILA.

DOCTOR REQUENA!

Un uso universitario, honroso cuanto grato para mí, me impone el deber de recordaros en esta solemne ocasión, á que habeis querido asociarme, la grandeza de la profesion que abrazais, los serios deberes que ella os impone, inspirándoos la fuerza y la resolucion de cumplirlos.

No tengo necesidad de decir cuan árdua y superior á mis fuerzas sería esta tarea, sinó me viene sostenido y animado por la benevolencia de este auditorio, á quien ciertamente honro, exaltando la nobleza y esplendor de vuestro ministerio.

Sois desde ahora, doctor Requena, llamado á tomar parte en la accion de la justicia, á facilitar la obra del magistrado, á ilustrar su religi-

on, preparando sus decretos. Asociado á sus trabajos, sois por lo mismo solidario de sus deberes y responsabilidad. Si aspirais á llenar cumplida y dignamente la mas alta mision que sea dado al hombre investir, cuando llamado á ser el oráculo de la ley, usa del derecho mas sagrado, pero tambien mas formidable, que haya sido confiado á la sociedad, consagrado á la justicia el amor exclusivo y dominante de las almas privilegiadas, que despoja á la virtud en sus momentos de prueba, hasta de las apariencias del sacrificio, y solo se satisface con los goces austeros de una conciencia firme y serena.

Por ley de vuestro ministerio sois el consejero y consolador de todos los pobres y oprimidos; sin humillar la desgracia con vuestros desdenes, estais obligado á buscar la verdad y á hacerla brillar ante la justicia, esa forma abstracta de la divinidad á que acabais de ofrecer un nuevo culto.

Llamado en todos los instantes por vuestra institucion á tomar parte en las opiniones é intereses que dividen á los hombres, investigar la verdad, demostrarla y persuadirla es la mas elevada mision del jurisconsulto, es vuestra obra por excelencia. Convencer y persuadir á los hombres por medio de la palabra es el mas notable empleo de las mas nobles facultades del espíritu. Aspirad al secreto de ese arte maravilloso consagrando un culto asiduo y apasionado á los escritos imperecederos de esos ilustres va-

rónes, que han sido grandes por la palabra y el pensamiento, grandes por el estilo, que han defendido noblemente las grandes causas y que en todas las épocas de la humanidad se han mostrado los generosos campeones de sus intereses y mas sagrados derechos!

Habituaos desde temprano á la templanza, á la benevolencia y á la dulzura, pues en el manejo de las diversas funciones á que sereis llamado, en la represion de los crímenes y delitos, sobre todo, deben brillar esas virtudes, tanto mas necesarias cuanto que serán sujetas á mayores pruebas. Sin la calma nuestro espíritu pierde la libertad, la palabra, la moderacion y hasta la misma justicia nos parece una violencia! Guardaos, empero, de confundir esos sentimientos de un corazon siempre elevado con la debilidad, ese desfallecimiento moral que todo lo compromete; os hablo solo de aquellas virtudes que dejando á la conciencia sus generosas indignaciones y á la ley sus severidades necesarias, conservan, sin embargo, la calma y dignidad que convienen á la fuerza y á la razon.

Consagrad todos vuestros instantes al estudio y reflección de esa ciencia augusta que ocupándose de las relaciones sociales, cubre con su égida tutelar los intereses mas importantes de la sociedad. Inspirad á los que reclamen vuestro sostén y auxilio, gratitud, respeto, admiración y amistad; — preparad, anticipadamente, para vuestra vejez agradables y deliciosos recuerdos;

que pueda decirse un dia que habeis existido útilmente; haceos, en fin, digno de vuestra profesion, tanto por la excelencia y generosidad de vuestra alma, como por las luces y sagacidad de vuestra razon.

Doctor Requena: en la hermosa profesion á que ya perteneceis tomad por guia las nobles inspiraciones del alma, por auxiliares las grandes lumbreras de vuestra ciencia, y por modelo y ejemplo en el foro oriental, á vuestro digno padre, cuyo saber, y raras cualidades lo colocan en un rango eminente!

GUALBERTO MENDEZ.

