

y H. de los Inocentes o L., combatieron dicha sentencia en derecho porque apreció y castigó como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto contra los hermanos D., mientras que siendo aquéllos cometidos en idéntico lugar, al propio tiempo, con el uso de llave falsa y con fractura y en perjuicio de las mismas personas debían apreciarse y penarse como un solo delito.

Considerando bien fundado dicho motivo, por cuanto habiendo la referida sentencia apreciado en derecho que el hurto consumado y el hurto intentado, de los cuales son autores los acusados, constituían dos diversas imputaciones, penándolas separada y distintamente, aplicó mal los arts. 72 y 75 del C. p. y violó el 80, que limita la regla general determinada en el C. mismo, relativa a los delitos continuados, a los cuales ha de imponerse una sola pena, si bien aumentada dentro de los límites legales: *Anales de jurisprudencia, 1854, parte primera, columna 595.* P. Q. M. Casa la sentencia en la parte penal, estatuida por la sentencia del T. R. de apelación de Lucca de 12 IV 1864, condenatoria de D. F. y H. de los Inocentes o L., y remite la causa al T. Real de Florencia para que allí sea vista y decidida a los efectos de los arts. 559 y 562 de las Declaraciones e Instrucciones de 9 XI 1838.»

Resuelto el punto de tal manera por medio del T. regulador, creo que en adelante no se producirá duda alguna entre nosotros a este propósito. Cuan-

do ocurra la sorpresa del ladrón consumada ya una parte del hurto, pero no todo lo que pretendía, no podrá hablarse contra él de dos delitos ni de acumulación de penas, sino que deberá imputársele un solo título, aplicándole la pena de éste. Hasta aquí el problema aparece resuelto según la opinión expuesta en mi anterior artículo. Pero queda por indagar cuáles fuesen los motivos determinantes del pensamiento contrario en el T. R. de Lucca, y resta también meditar algún tanto sobre las ulteriores consecuencias en aplicación del principio establecido por el T. S.

§ 1.º La frecuencia con que en mi larga práctica he disputado con el Ministerio público sobre el punto de la unidad o de la acumulación de penas, me revela (no creo engañarme) la causa del error jurídico censurado por el T. S. al T. R. de Lucca. Según nuestro C., es condición de la unificación jurídica de dos acciones criminales, que la única resolución criminal haya llevado a más de una violación de la *misma ley*. Luego toda la duda estriba en la inteligencia del verdadero concepto a que alude el legislador toscano, cuando requiere para la unificación jurídica aquel extremo de la *identidad de ley* violada. Algunos pensaron (objetándomelo diversas veces en el foro), que esta fórmula quería significar varias violaciones del *mismo artículo de la ley*. Me explicaré. Trátase de un hecho que produce dos lesiones graves. Ambas se comprenden en un solo

artículo del Código; luego se dan varias violaciones de la misma ley. Pero se trata, por el contrario, de una lesión grave y otra leve. Pues (se me dice) hay que aplicar dos penas, acumulando la de la lesión grave con la de la leve; no pueden éstas mirarse como una lesión continuada; no pueden unificarse en una sola represión, porque no es una sola la ley violada: son dos distintos artículos. Lo mismo he oído repetir tratándose de un hurto cualificado, que además de concurrir con otro de la misma especie, concurría con uno simple. E igualmente he oído sostener otro tanto en muchos casos análogos.

Conjeturo que el T. R. de Lucca rindió homenaje a esta doctrina, cuando creyó imposible considerar como un solo delito continuado el hurto intentado y el hurto consumado por Librusti. La tentativa se castiga en el art. 45; el hurto consumado en el 376. Los acusados violaron una ley con el primer hecho y otra con el segundo; no se puede hablar de unidad ontológica y menos aún sostener la unificación jurídica, porque no se trata de varias violaciones de la misma ley. Es, por lo tanto, necesario infligir las dos penas. Semejante interpretación, censurada por el T. S. con gran sentido, es inaceptable, porque conduce al absurdo. Lo demostraré evidentemente. Según esa doctrina, si Ticio, en medio de una riña, ha herido gravemente a dos individuos, no se vacila en aceptar la unificación. Está prohibido imponerle más de tres años de cárcel.

Pero si Cayo, en la misma riña, hirió a otros dos individuos, gravemente al uno, ligeramente al otro, es diverso entonces. Hay dos leyes violadas: no estamos en el caso de la absorción, sino en el de la acumulación y, por lo tanto, es imposible imponer a Cayo los mismos tres años de cárcel por la lesión grave y ocho meses además por la herida ligera. Si Cayo pregunta el motivo, la causa de ese recargo de ocho meses de pena en relación con la impuesta a Ticio, será preciso responderle: porque la segunda lesión producida por Ticio era grave y la causada por ti era ligera. Sempronio consuma sucesivamente dos hurtos, ambos cualificados. Seyo consuma uno solo y el otro no pasa de tentativa, o el primero era cualificado y el segundo no pasa de simple. La consecuencia es idéntica a la del ejemplo anterior. A Sempronio no se le puede imponer, a lo sumo más que el máximo de la pena de un hurto. A Seyo sobre el máximo de dicha pena puede imponérsele la de tentativa o la de hurto simple. ¿Por qué? Porque el segundo hurto de Sempronio era cualificado o consumado, y el segundo de Seyo era simple, o no excedió de tentativa.

¿Es posible mantener como buena una interpretación que a tales absurdos conduce? ¿Es posible que cupiera en la mente del legislador toscano sancionar tales exorbitancias? El sentido moral y el sentido lógico se rebelan contra ello. La razón debe encontrar diversa interpretación y muy distinto

propósito, para no dar motivo a esas injusticias.

Cuando el legislador toscano prescribió para la unificación jurídica la *identidad de la ley* violada, no entendió referirse con la palabra ley a la estricta consideración de un número; no hizo alusión al artículo o al párrafo. Al suponerlo así se viola la letra del precepto, porque éste no dice *artículo de la ley*, sino *ley*. Luego el pensamiento por mí combatido, agrega arbitrariamente, en el precepto que trata de interpretar, una frase no contenida en él. Si apelamos después a la razón del precepto, resulta clarísimo que el legislador quiso referirse con la palabra *ley* a una cosa abstracta, no material; por modo alguno se contraía a la accidentalidad de una página, de un número, de una fecha. Miraba más alto en la ley protectora del derecho. Quería, en una palabra, expresar la *identidad del derecho* atacado. Esto significó con las palabras *misma ley*, esto es, la ley primitiva, que proclama la inviolabilidad por parte del hombre, de cada uno de los derechos de la humanidad. Una es la ley que protege el derecho de la integridad; una la que ampara la propiedad; una la que guarda el honor; una la que defiende el pudor; una la que garantiza la religión; una la que mantiene incólume al Estado, y así de las demás. Así lo entiendo y veo con perfecta claridad que quien ofendió el honor y quien atacó la propiedad violan dos leyes distintas. Pero no entiendo que cuando uno ha atacado dos veces a una misma persona, haya de

decirse que ha violado dos diversas leyes, porque la primera de sus víctimas estuvo imposibilitada por treinta y un días, y la segunda durante treinta. El número del artículo, el apartado, no son más que accidentes exteriores de la forma dada al precepto cuya intrínseca sustancia y cuya índole jurídica no alteran. Si el legislador hubiese querido esto, habría claramente exigido la identidad de la pena, pero de ésta no habló, como tampoco había hablado de artículos.

Es indispensable apelar a la razón fundamental de la teoría de la continuación. Ella no se contrae a una u otra penalidad especial. Deriva de un principio de alta justicia, que no tolera la duplicidad de pena respecto a dos acciones, cuando el elemento intencional de ambas es el mismo, aunque el elemento material se exteriorice en dos actos diversos. Y no lo permite, porque al castigar el primer acto se hace cargo al acusado del elemento de la perversidad psicológica que lo inspiró, cuyo elemento, una vez calculado a cargo del culpable, no puede, en buena justicia, volverse a calcular por segunda vez en el segundo hecho. Hay, sí, dos delitos, bajo el aspecto material; existe uno solo por relación al elemento intencional. Es más depravado el que por dos veces toma la resolución de delinquir, que el resuelto una sola vez, y la justicia exige: que dos actos materiales y un solo acto de intención pesen menos en su balanza, que dos actos también mate-

riales y dos de la voluntad. Esta es la única razón plausible de la teoría de la continuación. De otra suerte se reduciría a un empírico recurso de fácil benignidad. Pues si nos atenemos a este principio fundamental, es claro, que cuando el legislador toscano quiso una sola determinación criminosa, la exigió verdaderamente tal en todas las relaciones de su existencia ideológica. La quiso única, no tan sólo subjetivamente, como puede serlo la resolución de un malvado, que se proponga robar a una mujer y al propio tiempo estuprarla, sino objetivamente, esto es, enderezada a la lesión de un mismo derecho, porque sin unidad de fin, la verdadera unidad ideológica no existe. Por ello, además de expresar el criterio de la unidad ideológica subjetiva con la frase *una misma resolución criminal*, quiso expresar el criterio de la unidad ideológica objetiva merced a la frase de *una misma ley*. Si así es, la palabra *ley* en este caso no significa otra cosa que el *mismo derecho*.

Cuando un malvado delibera delinquir no piensa en violar el art. 20 o el art. 100. Piensa violar un derecho de otro, mediante cuya lesión se promete recabar un bien sensible. La unidad ideológica de la determinación no se rompe porque en la redacción de un C., tales circunstancias sometan un hecho a determinado artículo y tales otras lo incluyan en otro. Se interrumpe aquella unidad cuando se piensa en violar el derecho de propiedad, y además, aun-

que sea al mismo tiempo el derecho del honor. Las violaciones de ambos derechos representan en la mente que las acaricia dos fines diversos, y si no se verifican en aquélla por razón del nexo de medio a fin, es preciso reconocer que las dos voliciones, aunque contemporáneas y en su génesis no separadas por un segundo de tiempo, fueron distintas. Por lo mismo, llamado el delincuente a responder de los dos hechos conjuntamente, con la materialidad del primero, se le imputa el primer acto de volición y con la materialidad del segundo, se le imputa el segundo acto de volición, sin que haya duplicidad de imputación. Otra cosa acontece si la duplicidad de volición se pretende derivar de la accidental diversidad del artículo de la ley violado. Prescindiendo de considerar, que el inferir una herida leve y no grave; el intentar un robo y no consumarlo no entra en los cálculos y previsiones del delincuente, no es menos cierto, que en la esfera de tales previsiones por modo alguno concurre el cálculo del número del artículo o la ley, que servirán para castigarlo una vez descubierto. La decisión del T. S. en la causa Librusti es, por lo tanto, acertada e incriticable, por más ajustada a la letra de la ley y más conforme a los principios fundamentales de la ciencia, y porque impide consecuencias de exorbitante injusticia.

§ 2. ¿Cuáles serán las consecuencias de esta regla en las aplicaciones de la práctica? Esta indagación trae consigo dos distintas cuestiones: la prime-

ra se refiere a la determinación del *título*; la segunda ocurre al apreciar cuándo habrá de tomarse en cuenta la *unificación ontológica* y cuándo la *jurídica* simplemente. La primera duda sólo puede resolverse mediante la teoría de la preferencia. Convencido que el culpable de un delito consumado y de una tentativa debe declararse responsable de un sólo delito continuado y someterse a la penalidad relativa, establecida por la ley para dicho delito, aumentada dentro de sus límites legales, es indudable que en muchos delitos será aplicable la correspondiente al delito consumado, porque en estos delitos, por ejemplo el homicidio, el estupro, no experimentando ordinariamente variación alguna en su medida por efecto de la *cantidad natural*, debe suponerse que el delito consumado es siempre mayor que la tentativa. Por consiguiente, la penalidad de los dos delitos unificados mediante la continuación deberá buscarse en el artículo de la ley que castiga el hecho consumado.

Pero en los crímenes que de ordinario muestran variedad en la *cantidad natural*, puede cambiar en relación a ésta la medida de su penalidad, sucediendo a las veces, que la mera tentativa sea objeto de mayor pena que el delito consumado, no obstante corresponder ambos al mismo título. Acontece esto con más frecuencia en el hurto, allí donde la ley reconozca como norma de la pena aplicable el criterio de la cantidad natural, esto es, la importancia ma-

yor o menor de la cosa robada. Según este criterio, un hurto consumado de diez liras es menos castigado que una tentativa de hurto de mil liras. En semejante combinación no es posible considerar como superior el delito consumado a la tentativa en el mismo maleficio. Donde un justiciable sea reconocido culpable de hurto consumado y de tentativa unificados entre sí por el vínculo jurídico de la continuación, aunque ontológicamente sean distintos, no puede decirse exactamente que aquél se sujeta a la penalidad del hurto consumado, porque esta penalidad pueda ser menor de la señalada a la tentativa y sería absurdo eximirle de la pena merecida en el último caso, por la sencilla razón de haber ya consumado otro hurto, como lo sería igualmente eximirle de la pena del hurto consumado a causa de su tentativa de otro hurto. No es aplicable, por lo tanto, constantemente una fórmula concreta, sino la abstracta de la preferencia. Es necesario examinar el valor respectivo del objeto en la sustracción intentada y en la consumada; confrontar la respectiva penalidad establecida por la ley, según los dos valores y aplicar la pena más grave a la delincuencia continuada resultante de las dos acciones, sin parar mientes en la preferencia ideal del delito consumado sobre la tentativa, porque ella es absorbida por la preferencia real de la pena. Esta combinación se presenta muy favorable en el C. t.; en cierto modo es palpable en el caso Librusti. El Tribunal

Real de Lucca lo condenó a diez y ocho meses de cárcel por el hurto consumado del reloj, teniendo en cuenta el escaso valor de éste, y a tres años por la tentativa de hurto de los mil seiscientos francos. Pues el decreto del Tribunal Supremo prohibiendo la duplicidad de las penas, quiso que la una fuese absorbida por la otra, y en verdad la del delito consumado se absorberá en la de la tentativa. Pero si la condición de los respectivos valores hubiese sido al contrario, la absorción habría debido verificarse en sentido opuesto. Me parece esta solución libre de toda dificultad.

La segunda cuestión es mucho más difícil y contestable. Veamos, ante todo, los resultados que de ella derivan para comprender su importancia. Cuando se disputa si dos acciones criminosas deben calificarse como dos distintos delitos o como uno solo continuado, la resultancia de la diversa solución es por extremo sensible. En el primer caso se aplicarán las dos penas; en el segundo sólo podrá aplicarse una. En el primero podrá darse la acumulación de los dos *máximum*; en el segundo no será permitido exceder en la pena la medida de un *máximum*. Bajo este aspecto, pues, la disputa es vital. Por el contrario, al disputar si dos acciones criminales son por su naturaleza un solo delito a causa de la conexión material o por la conexión ideológica de medio a fin, o si han de ser unificadas jurídicamente a virtud de la continuación, aunque on-

tológicamente sean diversas, la disputa tiene ya menor importancia, según el C. t. a lo menos, porque es cuestión de *minimum* únicamente. De hecho la continuación entre nosotros, después de otorgar a favor del justiciable la reducción de la imputabilidad de los dos hechos a la de uno solo, obra en su agravio aumentando la pena al *máximum*¹ dentro de sus límites legales, lo cual se reduce en sustancia, a que el Juez no es árbitro de aplicar el *minimum* de la pena determinada tratándose de un delito continuado, sino que ha de exceder en algo de aquel *minimum*, sea en días, sea en meses, según la naturaleza de la pena.

Ahora bien; si con arreglo a nuestro C. el Juez puede obrar dentro de los límites de la pena relativa sin dar cuenta de su juicio o sin que la ley le imponga limitación alguna en este su arbitrio, es evidente que la disputa dará escaso resultado práctico, aparte aquellos casos en los cuales el Juez, por un piadoso interés hacia el acusado, quisiese aplicarle el *minimum* y no pudiese a causa del obstáculo de la continuación. Fuera de éstos, el Juez podrá ceder a la insistencia de la defensa, que sostiene la tesis del delito único, negando la continuación y no obstante infligir el *máximum* de la pena; como otras veces, podrá resistir a la tesis de la de-

¹ A estas cuestiones, por extremo importantes y frecuentes en la práctica, se refieren los arts. 65, 88 y 90 de nuestro C. p. (N. del T.)

fensa y declarar la continuación, pero imponer pena muy inferior al *máximum*. Así la disputa en la práctica llega a reducirse con frecuencia a mera cuestión de palabras.

A pesar de todo, la definición del criterio, que separa la unidad ontológica de la unificación jurídica, es importante científicamente y muchas veces incierta en algunos delitos, por ejemplo los de hurto. Cuando los dos hechos criminales están separados por cierto intervalo, por ejemplo, si el ladrón, después de haber hurtado un objeto, vuelve a la casa y se apodera de otro, no hay duda alguna: existen dos delitos. Pueden unificarse mediante la continuación a causa del nexo ideológico de la única resolución criminal. Pero bajo el punto de vista material son dos acciones criminales distintas. Si no medió interrupción de tiempo ni de lugar, y todos los actos se sucedieron constituyendo una misma acción, entonces hay motivo para dudar y razón de distinguir la pluralidad de los *actos* de la pluralidad de las *acciones*. Esto es indispensable especialmente en el hurto, en cuyos noventa y nueve casos, de ciento, los ladrones se apoderan de más de un objeto, y, por consiguiente, casi siempre puede objetárseles, que al apoderarse de uno de aquéllos consumaron el delito, lo cual es cierto; que al tomar otro objeto consumaron igualmente otro delito, también verdad, siendo, por lo tanto, responsables de hurto continuado.

La práctica constante de los Tribunales contradice este criterio. Diarios son los hurtos de varios objetos, y los ladrones son siempre imputados de hurto sin hablar de continuación. Si Frediani y Libusti hubiesen consumado el hurto del dinero como consumaron el del reloj, hubiéranse visto traducidos en juicio con la imputación de un solo hurto. Lo cual puedo asegurar citando innumerables ejemplos de ladrones, que introducidos en una casa o en una tienda sustrajeron muchos y varios objetos: dinero, telas, objetos de plata, alhajas y cuanto hallaron a mano. Pues no obstante, que la aprehensión de cada uno de dichos objetos representase un hurto consumado, la acusación los imputó e imputa como culpables de un solo hurto, sumando el valor total, sin hablar nunca de continuación derivada de la multiplicidad de los objetos sustraídos, porque deducir la continuación del hurto de la pluralidad de los objetos robados, es en verdad una exageración. Pues de ¿dónde nacen en el caso que nos ocupa la vacilación y el conflicto? La circunstancia que obscurece y dificulta la aplicación del verdadero principio respetado tranquilamente en otros casos, nace de una exagerada deferencia hacia el nominalismo; nace de ser uno de los hurtos consumados, e intentado el otro. Esto hizo considerar imposible la unificación jurídica al T. de Lucca, y a otros presenta como imposible también la unificación ontológica. Paréceme, salvo el respeto debi-

do a otras opiniones, que la circunstancia de la imperfección de un acto criminoso y la perfección de otros, cuando son parte de un todo, que, completo, habría constituido un solo delito, no basta a romper esta unidad. Mi inteligencia no alcanza a comprender cómo de un ente único, si se hubiera completado, resulte el fenómeno de formar dos por sólo el de quedar aquél incompleto en una de sus partes. Comprendo que matemáticamente la fracción constituya, respecto de la unidad, una cantidad heterogénea, porque no pudiendo sumarse juntamente los dos, no llegan a formar una cantidad única, y por el contrario, uno y medio han de considerarse dos cantidades. Pero ontológicamente y mucho menos jurídicamente, no puede decirse lo mismo.

Para demostrar esta creencia me basta una sola observación. Si el quedar imperfecto uno de los actos basta para destruir la unidad de la acción criminal, llegaremos inevitablemente a esta consecuencia: el Juez toscano puede castigar con el *mínimum* de pena al que robó dos relojes; deberá castigar más severamente al ladrón de uno que fué sorprendido en el momento de robar el otro. A este último no puede aplicarle el *mínimum* sin incurrir en censura por violación de la ley. Esto quiere decir que constituye circunstancia agravante la sorpresa *in fraganti* del hurto. La teoría del hurto *manifesto* no es de nuestro tiempo. O ha de negarse la unidad del hurto cuantas veces se roba más de un objeto,

o ha de negarse a la imperfección de un acto en poder de romper esa unidad. Seamos lógicos si queremos ser justos¹.—Pisa 5 Septiembre 1864.

1 El T. R. de Florencia adoptó estos principios en su sentencia de 17 IX 1864, condenando a Frediani y Librusti por un solo hurto sin hablar de *continuación* y obedeciendo a la *preferencia* de la tentativa sobre el consumado. Véanse los términos de su decisión, que confirma los dos puntos por mí sostenidos.

«Examinados con arreglo a derecho según los términos expuestos por el T. S. en su decreto de 13 de Julio próximo pasado, por virtud de los cuales no pueden considerarse y castigarse como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto contra los hermanos Dumas, sino que verificados en el mismo lugar, al propio tiempo, con los mismos medios, esto es, uso de llaves falsas y fractura en perjuicio de las mismas personas, han de apreciarse juntamente y castigarse como un solo delito.

Considerando que para determinar la especie y la cuantía de la pena debe servir de norma el título de delito que se presentaba como más grave, el cual en el caso presente es, sin duda, el de tentativa, aunque sin prescindir del otro para tomarlo en cuenta para la evaluación y agravar la pena dentro de sus límites legales.

Condena a D. F., en tres años de cárcel y a de los Inocentes en tres años y diez y seis meses de cárcel a causa de ser reincidente.»