

APÉNDICE II

CONTINUACION DE LA TENTATIVA

En diferentes ocasiones he notado la gravedad del problema sobre si cabe establecer la continuación en la *tentativa*, haciendo observar que la jurisprudencia toscana todavía no se ha pronunciado sobre este punto. Veo ahora, que el T. S. de Florencia, en decreto de 2 V 1870 (*Diario de las Leyes*, año II, núm. 6), con ocasión del recurso *Zecchi*, ha resuelto afirmativamente. El razonamiento del T. es sencillísimo. Según el art. 80 del C. t., existe delito continuado cuando a un justiciable se objetan *varias violaciones de la misma ley cometidas en un mismo momento de acción o aunque en tiempos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminosa*. Cierto es que una tentativa punible constituye *violación de ley*. Luego varias tentativas procedentes de la misma resolución criminosa, pueden constituir el delito continuado.

Pero quien apoyado en la decisión referida creyese sancionado de un modo *absoluto* que la repe-

tición de tentativas constituye *siempre* la *continuación*, formaría en mi sentir un juicio aventurado. Sabemos que los Tribunales de casación no establecen máximas *absolutas* cuando deciden la *improcedencia* del recurso, porque el T. regulador puede ser llamado a establecer una máxima general cuando decreta la *anulación* de una sentencia por infracción de ley; pero cuando rechaza, juzga solamente el *caso especial* sometido a su examen, y decide que *en ese caso* la ley fué bien aplicada. De modo que es libre, sin incurrir por ello en contradicción, de resolver después la mala aplicación de la ley en otro caso, el cual, en apariencia, análogo al precedente, ofrece, sin embargo, alguna diferencia de hecho, que la superior sabiduría del T. juzga motivo suficiente para una resolución diversa. Por lo mismo, antes de considerar establecida con la decisión de 1870, una regla absoluta, por cuya virtud toda *repetición de actos ejecutivos* de un delito constituye *siempre* continuación, conviene fijarse por un momento y distinguir de casos. Existe, en primer lugar, gran diferencia entre el concurso de una *tentativa* con *delito consumado* y la concurrencia de varias *tentativas*, que no pasan de tales.

Donde se trate del concurso de una *tentativa* con delito consumado, puede dudarse en primer término si aquellos dos hechos constituyen diferentes violaciones de la *misma ley*, porque una es la ley que castiga la tentativa y otra la que pena el delito consuma-

do. Prescindamos, sin embargo, de esto. En la primera hipótesis es ineludible el criterio de la *diversa acción* y de la *discontinuidad* de las acciones. La única consideración de la existencia de *varias violaciones* de ley, no es bastante a excluir el delito único dando vida al delito *continuado* de un modo absoluto y constante; porque sería absurdo aplicar semejante regla a *varios actos ejecutivos*, que si bien constitutivos cada uno de ellos de violación de ley, no son más que parte y continuación de la misma *acción*. En tal caso se dirá, que el delito *consumado absorbe* todos los actos ejecutivos precedentes, los cuales se encarnan y compenetran en él para formar un solo ente jurídico. La cosa resulta palpable valiéndonos de algunos ejemplos.

Ticio ha puesto por obra la fabricación de falsa moneda, prepara el metal, abre troqueles, pero no ha fundido todavía la moneda. Es responsable de *tentativa de fabricación*, que constituye indudablemente violación de ley. Si es sorprendido y descubierto se le castigará por tentativa de falsificación de moneda. Pero no es descubierto. Transcurridos algunos días, vuelve a su obra, perfecciona los troqueles y funde la moneda, que resulta ya perfecta y disponible para la expendición. Se ha consumado el delito de falsificación de moneda. Si en el proceso se llega a comprobar lo ejecutado por Ticio hoy para consumar el delito y lo que hizo ocho días antes para dar *comienzo a la ejecución*, ¿se dirá que existen tentativa

de falsificación y falsificación de moneda consumada, recíprocamente continuadas entre sí? ¿Es posible afirmarlo? El más o el menos de pena del falsificador ¿dependerá de que haya fabricado toda la moneda en un día o en varios? Por tal manera, la *inexperiencia* se convierte en agravante, y la *habilidad* criminal en atenuante. ¿O se dirá que todas las falsificaciones de moneda son delitos continuados, porque no se consuman mediante un solo hecho instantáneo como algunos homicidios, sino que requieren una *repetición de actos*? Tal sería la consecuencia indeclinable impuesta por la lógica a quien tomase como absoluta la regla de que allí donde se dan *varias violaciones de la misma ley*, hay siempre delito continuado; porque siempre, absolutamente siempre, los *primeros actos ejecutivos* de un delito constituyen *una violación de ley* punible ya: de modo, que el delito continuado será excluido tan sólo en los reatos *qui perficiuntur unico actu*. La *unidad del delito* se identificará con la *unidad del acto ejecutivo*. Otra cosa no puede ser.

Un ladrón se ha introducido en mi habitación; llegó a romper la cerradura de mi escritorio y se disponía a robarme el dinero, cuando volví a la habitación para recoger un objeto olvidado. Si sorprendo al ladrón y lo entrego a la justicia, ésta lo penará por tentativa de hurto cualificado; el hecho *sin duda alguna*, constituye *violación de ley*. Pero el ladrón, al sentir mis pasos, se esconde bajo mi le-

cho; tomo el objeto olvidado; no he visto al ladrón ni observado la fractura del escritorio y salgo apresuradamente. Pasado un intervalo de tiempo, el ladrón se reanima; sale de su escondite, vuelve hacia el escritorio y me roba el dinero. *Segunda violación de ley.* Es diversa de la primera y conduce a pena distinta y más grave. Porque existen aquí *dos violaciones de ley distintas*, que llevan, si aisladamente las consideramos, a dos penas también distintas; ¿las imputaremos como *dos delitos*, en lugar de reputarlas uno solo? ¿Se usa por ventura de benignidad reuniéndolas bajo una sola imputación, mediante el recurso de la continuación? Lo contrario sería trastornar todas las prácticas usuales. Raros son, en verdad, los delitos, que en los actos ejecutivos preliminares de la consumación no presenten *una violación de ley*, que considerada aisladamente, revela un hecho completo punible especialmente, ora como tentativa, ora como acto criminoso de por sí subsistente. Aun el homicida, si antes de asestar el golpe de cuchillo sujetó al adversario, lo maltrató y arrojó por tierra, se hace por esto solo responsable de un hecho, que debería castigarse como lesión personal perfecto o como tentativa de homicidio. Aun aquel que atacó a una mujer, que se defiende, y le descompuso el vestido, comete *violación de ley*, que puede castigarse como ultraje violento al pudor o como tentativa de violencia carnal, aunque la mujer haya logrado evadirse, saliendo intacta de

aquella lucha. Pero si nuevamente es dominada y en ella se consuma la violencia carnal, y, por lo tanto *nueva violación de ley*, ¿se imputarán ambos títulos y se le declarará responsable de dos delitos? La pretendida regla, en virtud de la cual se adopta la pluralidad de delitos y la doctrina de la continuación donde aparezcan diversas violaciones de ley, no es admisible en absoluto, antes bien ha de considerarse como excepción especialísima.

Existe una regla más antigua, más clásica y universal, a saber: los *medios* criminales enderezados a un fin también criminoso, se compenetran con éste y de aquí resulta una figura punible, cuyos caracteres se determinan por razón de los *medios* o por motivo del *fin*, según la gravedad respectiva, que prevalece. Esta regla unificatriz ha de eliminarse, ante todo, en los casos en que se habla de delito continuado. Lo primero es demostrar la *dualidad* de los delitos, en donde está el substratum indispensable a la continuación. Una vez establecido, procede entonces indagar la identidad de la ley violada y de la determinación para decir al justiciable: te imputo *un solo delito continuado* cuando debiera imputarte *dos* y castigarte por ambos.

La teoría de la continuación sólo puede aplicarse, sin incurrir en sofisma, a la única hipótesis de la cual nace. Se admite para moderar las exorbitantes consecuencias de la doctrina de la acumulación de penas, evitando así la condena de un hombre, por

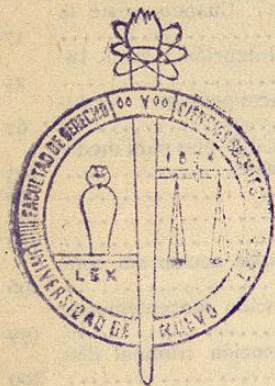
ejemplo, a cincuenta años de prisión o de noventa años de casa de fuerza. Semejante efecto no se produce, ni es de temer, cuando las diversas *violaciones de ley* son otros tantos actos *ejecutivos* de una misma *acción*, aunque cada uno de ellos, si quedase *aislado*, hubiera podido constituir en sí mismo un delito punible, porque representa *una violación de ley*. No basta por sí sólo, el criterio de las diferentes violaciones de ley a dar la fórmula, que resuelva el problema de la imputación, porque nos llevaría a absurdos intolerables. Es indispensable referirlo a una fórmula ulterior, siempre que a la pluralidad de los *actos* ejecutivos siga la pluralidad de *acciones*, y naciendo de ésta la *pluralidad de delitos*, puedan disminuirse sus efectos merced a la benigna ficción del *delito continuado*. Procedieron por lo tanto, con sobrada ligereza los que imaginaron haber hallado la definitiva resolución del problema en la sentencia antes referida del T. de C. Decidió un caso especial y en esto no ha lugar a crítica alguna, pero la fórmula adoptada para ello no es acomodable y buena para todos los demás casos. Una fórmula absoluta aplicable a todas las necesidades será siempre el *desideratum* de la ciencia. Cuál sea ella no lo puedo decir, pero tengo por cierto que la verdadera fórmula para definir la *continuación* ha de tener por contenido una *discontinuación*, lo cual debe acontecer así en la hipótesis en que se combine una tentativa con el sucesivo delito *consumado*, como en la

combinación de varios actos, cada uno de los cuales contenga en sí mismo una tentativa punible. Para aplicar la doctrina de la continuación, que mitiga la imputación, pero agrava la pena, es indispensable tener preventivamente *dos delitos*, dos entes jurídicos separados y distintos; mas no basta la dualidad de los entes jurídicos, porque todo acto ejecutivo constituye en sí mismo un ente jurídico; se requiere, además, la dualidad de *hechos*, la dualidad de *acciones*, sin las cuales todos los entes jurídicos nacidos de los actos ejecutivos singulares, se unifican en uno sólo de aquéllos. Es necesaria una cierta *diformidad*, cierta *interrupción*; en una palabra aquello que yo llamo *discontinuación*, que es difícil de definir. Si el ladrón intentó romper la verja de hierro y no lo consiguió, y después, proveyéndose de falsa llave se introdujo mediante ella en mi casa, pueden determinarse aquí dos distintas *acciones*. Pero si el ladrón falsificó la llave falsa, la aplicó a mi escritorio y no consiguió abrirlo, y después, limando la llave o fabricando otra más apropiada, puede recomenzar su mal designio y abrir el mueble, aquel primer acto ejecutivo que quedó en contacto y el segundo acto ejecutivo y consumativo, serán únicamente *momentos de una sola acción* y a mi juicio, de un solo delito. La cuestión, sin embargo, demanda más amplios estudios.

Pisa y Marzo, 1871.

INDICE

	Párrafos.	Páginas.
Prólogo del traductor.....	»	7
Abreviaturas.....	»	23
Notas.....	»	25
Ensayo de una Bibliografía especial sobre tentativa y complicidad.....	»	47
Grado en la fuerza física del delito.....	1	55
I. Conato.....	2	56
Consideración primera.—Cuándo existe la tentativa.....	17	67
A. Elemento moral.—Intención.—Fin.—Indagación objetiva.....	25	72
B. Elemento físico.—Acto peligroso.—Indagación subjetiva.....	62	102
Consideración segunda.—Reglas para medir la imputación del conato.....	103	133
Cualidad.....	106	135
Cantidad.....	125	145
II. Complicidad.....	182	191
Primer caso. Concurso de acción sin concurso de voluntad.....	196	199
Primer aspecto.—Intención inocentemente distinta.....	199	200
Segundo aspecto.—Intención criminal distinta.....	200	201
Tercer aspecto.—Intención negativamente indirecta.....	221	219
Cuarto aspecto.—Intención imperfecta.....	235	229
Segundo caso.—Concurso de voluntad sin concurrencia de acción.....	241	234
Primera figura.—Mandato.....	249	239
Segunda figura.—Consejo.....	266	252
Tercera figura.—Sociedad.....	277	257
Tercer caso.—Concurso de voluntad y de acción.....	283	261
Casos anormales.—Modificaciones de las reglas ordinarias de la complicidad.....	338	306
Apéndice I.—Un caso especial de tentativa.	»	342
Apéndice II.—Continuación en la tentativa.	»	361



BIBLIOTECA



1190000909

